

ESPAÑA



NIHIL PRIUS FIDE
NOTARIO

Cuadernos de Derecho y Comercio 64

Consejo General
del Notariado

Diciembre
2015



Cuadernos de Derecho y Comercio 64

Diciembre 2015
Revista semestral
Consejo General del Notariado

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

Todos los trabajos publicados son originales.

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

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

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

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

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel García Collantes Notario de Madrid
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
José Miguel Embid Irujo Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia	Fernando Rodríguez Artigas Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Salvador Torres Ruiz Notario de Granada	Angel Rojo Fernández-Río Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Gaudencio Esteban Velasco Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Patricio Toscano Romero Abogado del Estado

COLABORADORES PERMANENTES

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

COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

La venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria/The extra-judicial sale of chattel mortgages, por <i>Federico Adan Domenech</i>	13
La extensión de la garantía hipotecaria respecto del devengo de intereses en el concurso. La masa como tercero perjudicado/ The extension of the mortgage guarantee with respect to the accrual of interest in insolvency. the estate as a harmed third party, por <i>Ricardo Cabanas Trejo</i>	43
Límites a propósito de la autorregulación del comercio electrónico: una aproximación desde el Derecho comparado/Limits of self-regulation in electronic commerce: an approach from comparative law, por <i>David López Jiménez</i>	73
Problemática de las medidas de aseguramiento en la norma reguladora del percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas/Problems with assurance measures in the norm regulating the receipt of sums advanced for the construction and sale of homes, por <i>Eugencia Fernández Baldomero</i>	109

PRÁCTICA JURÍDICA

Ventajas de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la reforma del RDL 1/2015: comparativa con convenios concursales y acuerdos de refinanciación/Advantages of out-of-court settlements for payment following the amendment to rdl 1/2015: comparison with insolvency arrangements and refinancing agreements, por <i>Alfredo Meneses Vadillo</i>	133
--	-----

SUMARIO

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

SCPs: Transformarse o morir. análisis de los cambios en la tributación de las sociedades civiles con objeto mercantil en el ejercicio 2016 al hilo de la resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2015 relativa a la personalidad jurídica de la sociedad irregular/ General partnerships must convert or disappear partnerships which pursue a commercial object will be subject to corporation tax on their profits in 2016. about the resolution of the dgrn on the civil legal personality of irregular corporations, por <i>Leticia Ballester Azpitarte</i>	147
---	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho Contractual

Pérdida de la condición de comunero por el incumplimiento de su obligación de pago y otorgamiento de poder a una sociedad gestora/Loss of the status of joint partner through failure to comply with a payment obligation and conferral of powers of attorney on a management company, por <i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	165
--	-----

Derecho Societario

Comentario a la resolución de la RDGRN de 10 de julio de 2015. análisis del artículo 160 de TRDLEG /2010, de la ley de sociedades de capital tras la reforma por la ley 31/2014: autorización de la junta general para la transmisión de activos esenciales/ Loss of the status of joint partner through failure to comply with a payment obligation and conferral of powers of attorney on a management company, por <i>Miguel Llorente Gonzalvo</i>	185
---	-----

RECENSIONES

Álvarez Royo-Villanoya, Segismundo: La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital, por <i>José Javier Rojas Martínez del Mármol</i>	221
--	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE LA HIPOTECA MOBILIARIA

FEDERICO ADAN DOMENECH

Profesor Agregado de Derecho Procesal y Acreditado como Catedrático de la Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN

La venta extrajudicial de la Hipoteca Mobiliaria constituye un expediente de jurisdicción voluntaria. Este proceso ha sido objeto de modificación, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, texto normativo que concede una nueva redacción a las normas 86-88 del cuerpo legal, de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la Posesión. Como consecuencia de las reformas, y a efectos de conceder respuestas a los interrogantes que puedan originarse en la práctica, en este artículo se analizan los nuevos presupuestos de la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria, así como su vigente tramitación.

Palabras clave: venta, extrajudicial, hipoteca mobiliaria, jurisdicción voluntaria.

THE EXTRA-JUDICIAL SALE OF CHATTEL MORTGAGES

FEDERICO ADAN DOMENECH

Assistant Professor of Procedural Law and Accredited as Full Professor at the Rovira i Virgili University

ABSTRACT

The extrajudicial sale of chattel mortgages is regarded as a matter of voluntary jurisdiction. This process was modified as a result of the entry into force of Law 15/2015, of 2 July, on Voluntary Jurisdiction, a regulatory text that rewrites regulations 86-88 of the Law of 16 December 1954 on Chattel Mortgage and Pledge Without Transfer of Possession. Because of these changes, and in an attempt to provide answers to the questions that may be raised in practice, this article analyses the new implications of the extrajudicial sale of chattel mortgages and the current procedure.

Keywords: sale, extrajudicial, chattel mortgage, voluntary jurisdiction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIÓN TERMINOLÓGICA.

1. Actividad legislativa. 2. Argumentos en torno a la constitucionalidad/inconstitucionalidad de la venta extrajudicial. 3. Interpretación unitaria del ordenamiento jurídico.—III. PRESUPUESTOS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE LA HIPOTECA MOBILIARIA. 1. Inexistencia de regulación específica de la obligatoriedad de la existencia de una cláusula de aceptación de la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria. 2. Requisitos regulados en la LHMYPDS para la incoación de la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria. 3. Otros requisitos para la venta extrajudicial. 4. Legislación supletoria.—IV. TRAMITACIÓN DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL. 1. Legitimación. 2. Competencia. 3. Inicio. A) Cantidad exacta que sea objeto de reclamación, por principal e intereses. B) La causa de vencimiento. C) El título o títulos de crédito, revestidos de todos los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que tengan carácter ejecutivo. 4. Actuación del notario. A) Análisis genérico. B) Especial atención a las cláusulas abusivas. C) Requerimiento al deudor. a) Contenido del requerimiento. b) Sujetos del requerimiento de pago. c) Lugar donde debe practicarse el requerimiento. D) Actitudes de los requeridos de pago. E) Certificación registral. F) Notificación de la venta a titulares posteriores. 5. Celebración de la subasta. A) Publicación de la subasta. B) Reglas de la celebración de la subasta. C) Adjudicación del bien hipotecado. 6. La suspensión de la venta extrajudicial. A) Motivos de oposición susceptibles de utilización por el deudor. B) Defectuosa regulación de los motivos de suspensión. a) Inexistencia de regulación de la impugnación de la cuantía reclamada como motivo de suspensión. b) Inexistencia de regulación de la impugnación de la validez y carácter del título presentado como motivo de suspensión.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la Posesión (en adelante, LHMYPSPD), en los artículos 86-88, encuadrados en su sección segunda del capítulo primero del título quinto, regulaba el denominado procedimiento extrajudicial de la hipoteca mobiliaria.

Esta regulación es modificada con la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En concreto, su disposición final decimotercera concede una nueva reglamentación a la vía extrajudicial de realización de la hipoteca mobiliaria. En este trabajo se analizarán las modificaciones que experimenta la realización notarial de la hipoteca y sus consecuencias prácticas.

II. MODIFICACIÓN TERMINOLÓGICA

1. Actividad legislativa

La primera de las modificaciones de la que es objeto la LHMYPSPD es la sustitución del término utilizado para denominar a la vía alternativa al proceso judicial, que pretende la realización de la hipoteca mobiliaria. La denominación «procedimiento extrajudicial», utilizado originariamente por este texto normativo, en la sección segunda del capítulo segundo del título quinto es sustituida por la rúbrica de «venta extrajudicial».

Con esta sustitución, el legislador ha pretendido finalizar con la polémica existente en torno a la constitucionalidad de la realización extrajudicial de la hipoteca mobiliaria, circunstancia que ya acometió respecto de la hipoteca inmobiliaria con la vigente LEC. Los interrogantes sobre la constitucionalidad de esta vía procedimental son generados, principalmente, por la diferente interpretación

del artículo 117 CE, que atribuye exclusivamente a jueces y tribunales la función de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Históricamente, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no ha sido uniforme. Así, en la STS de 16 de octubre de 1995, se admitió la constitucionalidad del proceso extrajudicial, al manifestar que «el procedimiento ejecutivo extrajudicial tampoco vulnera el artículo 117 de la Constitución, porque el objeto de este procedimiento es ejecutar ante notario un derecho de hipoteca de origen contractual»¹. Sin embargo, posteriormente, se ha defendido la tesis contraria, al sostener, por ejemplo, en la STS de 4 de mayo de 1998, que «ni siquiera soslayando su carácter de inadmisibles ejecución privada, como practicada con publicidad notarial, mediante el artilugio de considerarla una ejecución pública notarial, cabe que se acepte su legitimidad puesto que la función notarial (tan valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución»².

Si bien debería considerarse ésta una problemática superada, debido a la modificación del artículo 129 LH por la Ley de enjuiciamiento civil, suprimiendo la referencia al procedimiento ejecutivo, no es del todo correcta esta afirmación, pues son diferentes las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo, con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC, que siguen manifestando el carácter inconstitucional de los procesos extrajudiciales hipotecarios³, aunque no es menos cierto que estos pronunciamientos se emiten respecto de procedimientos extrajudiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley procesal del año 2000.

2. Argumentos en torno a la constitucionalidad/inconstitucionalidad de la venta extrajudicial

En base a este doble posicionamiento expuesto con anterioridad, los representantes, las partes o, en su caso, los letrados pueden justificar sus diferentes pretensiones, en función de si su interés es proceder a la realización del bien mobiliario a través de la venta extrajudicial como si su voluntad es argumentar motivos que esgriman la imposibilidad de incoar esta vía alternativa a la judicial.

¹ STS, Sala Contencioso, de 16 de octubre de 1995, núm. de Recurso: 7099/1992, Roj: STS 5078/1995.

² STS, Sala civil, de 4 de mayo de 1998, núm. de Recurso: 639/1994, núm. de Resolución: 402/1998.

³ Entre otras, las STS, Sala Civil, de 13 de diciembre de 2005, núm. de Recurso: 1554/1999, núm. de Resolución: 991/2005; de 10 de octubre de 2007, núm. de Recurso: 4279/2000, núm. de Resolución: 1075/2007; de 25 de mayo de 2009, núm. de Recurso: 922/2001, núm. de Resolución: 373/2009.

Así, aquellos que consideren que la venta extrajudicial es contraria a sus intereses, podrán solicitar su inconstitucionalidad en base a los siguientes extremos:

- a) la ejecución es constitucionalmente un poder reservado a la jurisdicción;
- b) la imposibilidad de disponer de normas imperativas de derecho público;
- c) el proceso de declaración y la actividad ejecutiva se manifiestan en el único marco posible del poder judicial, que ostenta carácter de exclusivo;
- d) los principios de exclusividad e integración de la jurisdicción;
- e) la imposibilidad de sustituir la actividad jurisdiccional por la función notarial;
- f) la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva⁴;
- g) las modalidades extrajudiciales de ejecución son contrarias a la CE⁵;
- h) las resoluciones favorables a la validez de la vía extrajudicial, dictadas por la sala contencioso-administrativa del TS, no crean jurisprudencia en el ámbito civil⁶;
- i) la indisponibilidad de las normas imperativas conlleva la prohibición de aplicar, por parte de los órganos judiciales, normas contrarias a la CE⁷;
- j) el acuerdo de las partes no puede modificar la función jurisdiccional;
- k) el principio de jerarquía de las normas atribuye primacía a las reglas reguladas en la CE⁸; y
- l) la modificación terminológica del proceso de ejecución por venta es una simple modificación gramatical, siendo la venta extrajudicial una modalidad ejecutiva encubierta⁹.

⁴ Estos seis primeros motivos de oposición a la venta extrajudicial se fundamentan en la STS, Sala Civil, de 4 de mayo de 1998, núm. de Recurso: 639/1994, núm. de Resolución: 402/1998.

⁵ STS, Sala Civil, de 20 de abril de 1999, núm. de Recurso: 3887/1997, núm. de Resolución: 324/1999.

⁶ STS, Sala Penal, 13 de diciembre de 2005, núm. de Recurso: 1554/1999, núm. de Resolución: 991/2005

⁷ STS, Sala Civil, de 10 de octubre de 2007, núm. de Recurso: 4279/2000, núm. de Resolución: 1075/2007.

⁸ STS, Sala Civil, de 25 de mayo de 2009, núm. de Recurso: 922/2001, núm. de Resolución: 373/2009.

⁹ STS, Sala Civil, de 25 de mayo de 2009, núm. de Recurso: 922/2001, núm. de Resolución: 373/2009.

Con independencia de cuál sea el motivo que sustente la inconstitucionalidad del procedimiento concreto, su declaración de inconstitucionalidad tendría, como consecuencia, la declaración de nulidad de todo lo actuado¹⁰.

De forma contraria, de considerar la venta extrajudicial constitucional, los argumentos que deben dar contenido a esta línea de defensa del interesado son los que a continuación detallamos:

- a) el principio de autonomía de voluntad de las partes en el ámbito contractual, de acuerdo con las directrices del artículo 1255 del Código Civil, que permite aceptar la venta extrajudicial;
- b) la cobertura legal que concede la norma 1858 del Código Civil respecto de la enajenación de las cosas¹¹;
- c) la existencia de procedimientos análogos, como es la enajenación de la prenda, regulada en la regla 1872 del Código Civil;
- d) la existencia de jurisdicciones especiales, admitidas por la CE, conjuntamente con la jurisdicción ordinaria;
- e) el cumplimiento del principio de reserva de ley, consagrado en el artículo 149.1.6 de la CE, respecto de las normas procesales, al regularse la venta extrajudicial de las hipotecas mobiliarias en un texto con rango de Ley, como es la Ley;
- f) la modificación del término procedimiento por venta, aceptando el carácter contractual de la enajenación de la hipoteca;
- g) el carácter contractual y no judicial de la hipoteca¹²;
- h) existencia de pacto expreso de aceptación de la venta extrajudicial¹³;
- i) Realización de la venta ante un funcionario público, regulado en leyes posconstitucionales¹⁴; y,

¹⁰ SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 9 de octubre de 2001, Recurso de Apelación núm. 276/2000, AC 2002\840. No es esta una opinión unánime, *vid.* SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 17 de febrero de 2005, sentencia núm. 166/2005, de 17 de febrero, Recurso de Apelación núm. 648/2004, AC 2005\1116.

¹¹ Los dos primeros motivos son argumentados en la STS, Sala Contencioso, de 16 de octubre de 1995, núm. de Recurso: 7099/1992, Roj: STS 5078/1995.

¹² STS, Sala Contencioso, de 23 de octubre de 2005, núm. de Recurso: 7140/1992 Roj: STS 5250/1995.

¹³ STS, Sala Contencioso, de 16 de octubre de 1995, núm. de Recurso: 7099/1992, Roj: STS 5078/1995.

¹⁴ RDGNRYN, de 13 de febrero de 2004, RJ 2004\2125.

- j) Inexistencia de pronunciamiento del TC declarando la inconstitucionalidad de la venta extrajudicial¹⁵.

Si bien la mayoría de estas resoluciones judiciales se pronuncian respecto del procedimiento extrajudicial de hipotecas inmobiliarias, todos sus pronunciamientos son de aplicación analógica a la hipoteca mobiliaria, con un gravamen, pues si bien, en relación a la ejecución extrajudicial de las hipotecas inmobiliarias, la problemática histórica se intentó solucionar en el año 2000, con la entrada en vigor de la LEC, sustituyendo el término «procedimiento extrajudicial» por el de «venta», en relación a la dimensión mobiliaria de la hipoteca, esta modificación se produce quince años después con la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la cual también modifica la rúbrica de la sección segunda del capítulo primero del título quinto de la LHMYPSPD, sustituyendo el término «procedimiento extrajudicial» por el de «venta».

3. Interpretación unitaria del ordenamiento jurídico

Esta modificación conceptual intenta conseguir la coherencia interna en nuestro ordenamiento jurídico, entre los textos normativos reguladores de la venta extrajudicial tanto de la hipoteca mobiliaria como de la inmobiliaria. Sin embargo, la coherencia no resulta total, existiendo cuerpos legales que todavía mantienen el término procedimiento ejecutivo extrajudicial.

Tal situación se produce en Reglamento hipotecario, que si bien regula la venta extrajudicial de la hipoteca inmobiliaria, también resulta de aplicación supletoria a la mobiliaria. En este reglamento, el apartado c) de la sección primera del título quinto mantiene la denominación de procedimiento de ejecución extrajudicial, debiendo ser tal conceptualización objeto de modificación. El problema radica en la falta de una reforma legislativa global, realizando el legislador reformas parciales que dificultan una coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, y mientras tal circunstancia exista seguirán vigentes las dudas sobre la constitucionalidad de la venta extrajudicial, creando inseguridad jurídica.

III. PRESUPUESTOS DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE LA HIPOTECA MOBILIARIA

La utilización por parte del acreedor de la vía extrajudicial no es de libre disposición, resultando su incoación condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos acumulativos entre sí. La regulación de estos requisitos se efectúa en el artículo 86 de LHMYPSPD.

¹⁵ RDGNRYN, de 24 de marzo de 2003, RJ 2003\3957.

1. Inexistencia de regulación específica de la obligatoriedad de la existencia de una cláusula de aceptación de la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria

Con anterioridad al examen de estos presupuestos, es preciso indicar que en la LHMYPDS no se establece la obligatoriedad de consignar en la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria la voluntad de las partes de someterse a esta modalidad alternativa a la vía judicial. A nuestro entender, consideramos fundamental que se exija su inclusión en la escritura pública, a efectos de que el deudor adquiera conocimiento de la posible reclamación futura en vía notarial, y cuáles son sus consecuencias, tal y como sucede en el artículo 129 LH para la venta extrajudicial de la hipoteca inmobiliaria, al exigir en su apartado b) *que la estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura*. La consignación de estas previsiones da cumplimiento a las directrices del artículo 82 TRLGDCU.

¿Existe la posibilidad de que el deudor se oponga a la venta extrajudicial? En este punto debemos diferenciar dos supuestos. En primer lugar, de no existir cláusula en que conste la aceptación de acudir a la venta extrajudicial, el deudor podría oponerse a la incoación de ésta, por falta de uno de sus requisitos de procedimentabilidad.

En segundo lugar, de existir cláusula de aceptación de acudir a la venta extrajudicial, en función de cómo se hubiese procedido a la aceptación de la misma, el deudor podría oponerse a la tramitación de la venta extrajudicial, incoando ante el juez competente un juicio declarativo, alegando la abusividad de la cláusula mencionada, de acuerdo con la jurisprudencia del T. S., que califica de abusivas aquellas cláusulas que colocan al deudor en una situación de desequilibrio por desconocimiento¹⁶.

En este sentido, como defiende GÓMEZ GÁLLIGO¹⁷, «lo esencial es que el deudor-consumidor tenga conocimiento de causa de la transcendencia del pacto de ejecución extrajudicial en la escritura de préstamo hipotecario. Esta es la filosofía general que lleva al Tribunal Supremo a considerar que determinadas cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios son nulas por abusivas, no porque no exista desequilibrio contractual, sino porque no han sido suficientemente informadas».

¹⁶ STS, Sala civil, de 22 de abril de 2015, núm. de Recurso: 2351/2012, núm. de Resolución: 265/2015.

¹⁷ GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «La venta extrajudicial ante notario de la finca hipotecada: constitucionalidad y diferencias con la ejecución directa judicial», *El notario del siglo XXI*, núm. 51, septiembre-octubre 2013, p. 56.

De aceptarse esta realidad, en el sentido de exigir la consignación de esta cláusula en la escritura de constitución de la hipoteca, se plantearía la duda de si el registrador debe aceptar la inscripción en el Registro correspondiente de aquellas hipotecas mobiliarias que no contienen la cláusula que permite la venta extrajudicial.

2. Requisitos regulados en la LHMYPSP para la incoación de la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria

En la redacción inicial de la norma 86 LHMYPSP se regulaban dos requisitos, adicionándose un tercero con la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Todos ellos deben concurrir en la escritura de constitución de la hipoteca, por lo que la falta de uno de los presupuestos, o su incorrección, también puede ser objeto de denuncia por las partes a efectos de impedir la utilización de la venta extrajudicial.

Los presupuestos de la venta extrajudicial pueden clasificarse en tres grupos, que a continuación detallamos:

- a) Requisitos subjetivos. El primero de ellos exige que el deudor o el hipotecante no deudor señalen en la escritura pública a un mandatario, el cual el día de celebración de la venta asumirá la función de representación del deudor, pudiendo concurrir esta función en la propia persona del acreedor.

En cuanto a este requisito es preciso realizar las siguientes matizaciones:

- i) ¿Puede designarse más de un mandatario? En caso de no coincidencia en la misma persona de la condición de deudor e hipotecante no deudor, si existe conformidad en la designación en la misma persona como mandatario, no se plantea problema alguno; si, por el contrario, existen discrepancias debería nombrarse tantos mandatarios como partes en la venta extrajudicial y, en todo caso, respecto de la persona del hipotecante no deudor, pues, en definitiva, será el que asumirá la venta del bien de su propiedad.
- ii) ¿Es posible la revocación del designado como mandatario en la escritura de constitución de la hipoteca? La respuesta es afirmativa, pues durante el transcurso de la vida del contrato de préstamo hipotecario puede perderse la confianza en la persona, inicialmente, designada como mandatario. Esta cuestión puede acontecer con anterioridad a la realización de la venta, en este caso debe modificarse la escritura pública y la inscripción de la misma, señalando

un nuevo mandatario. Mayores problemas puede presentar, que la modificación de la persona se pretenda efectuar al inicio de la venta extrajudicial. Una interpretación rígida no permitiría el cambio, por ser uno de los requisitos exigidos por la LHMYPDS, el que exista el concreto nombre en el momento de formalizar la escritura. No creemos acertada esta postura intransigente, sobre todo en casos excepcionales, fallecimiento, enfermedad, cambios órganos directivos empresas o sociedades..., pero también para los supuestos de pérdida de confianza, de acuerdo con el artículo 1733 CC, que establece que *«el mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en que conste el mandato»*.

- iii) ¿Es necesario acreditar la representación en la venta extrajudicial? Consideramos una actuación innecesaria si no hay conflicto con la persona que la ha designado, el apoderamiento se efectuará en la escritura de constitución de la hipoteca. En todo caso, deberá acreditar su identidad para acreditar que es la persona designada en la escritura en cuestión.
- iv) ¿Es posible oponerse a la designación del acreedor como mandatario? El artículo 86 LHMYPDS prevé que el propio acreedor asuma la condición de mandatario del deudor o hipotecante no deudor en la venta extrajudicial. Es cierto que este texto normativo le concede cobertura legal a tal posibilidad. Sin embargo, a nuestro entender, podría plantearse el interrogante de si esta designación tiene carácter abusivo, especialmente en aquellas ocasiones en que esta designación se produce como consecuencia de la aceptación de alguna de las cláusulas contenidas en el contrato. Esta práctica, como mínimo, sería participe de los elementos definidores de las cláusulas abusivas, establecidos en el artículo 82.4 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al afirmar que serán abusivas las cláusulas que: *a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario y c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato*.
- b) Requisitos objetivos. Necesidad de fijar un valor de tasación del bien hipotecado que servirá de tipo para la celebración de la subasta. En la redacción original de esta norma, la misma se remitía a las reglas de tasación contenidas en el precepto 82 de la LHMYPDS, el cual resultó derogado con la entrada en vigor de la LEC. La Ley de la jurisdicción voluntaria le concede un nuevo texto, exigiendo en la escritura la consignación del precio de tasación de los bienes, tipo de tasación que, en todo caso, deberá ser el mismo que el establecido para el proceso judicial.

En cuanto a las normas que deben seguirse para proceder a consignar la tasación del bien en la escritura pública, es ciertamente criticable la ausencia de regulación legal concreta, que origina ante tal omisión ciertos problemas prácticos que a continuación detallamos:

- i) Establece este precepto 86 LHMYPDS que el precio lo establecen libremente los interesados, sin concretarse, de forma específica, a qué personas se hace referencia con la utilización de esta genérica terminología. Ante la indeterminada previsión, somos partidarios de adoptar un criterio restrictivo del término «interesados», incluyendo en el mismo solamente a las personas del acreedor y del propietario del bien hipotecado. Sin embargo, la práctica diaria acredita, lamentablemente, que las entidades financieras son las que unilateralmente imponen el valor de tasación del bien.
- ii) Uno de los aspectos problemáticos en torno a la tasación del bien es la depreciación de su valor entre el momento en que se produce la tasación y la celebración de la subasta. A efectos de evitar desequilibrios económicos, consideramos acertado establecer, como sostiene MONTERO-RÍOS¹⁸, índices correctores, pues su inclusión no sólo beneficia al acreedor, sino también al deudor.
- iii) Otra de las dudas que se plantean en torno a la tasación se concreta en la moneda en que debe fijarse ésta, si la misma debe efectuarse en moneda nacional —en la actualidad moneda europea— o, por el contrario, si es posible la concreción de la tasación en moneda extranjera. El artículo 15.6 del Reglamento del Registro de la hipoteca mobiliaria no lo establece, a diferencia de cuando especifica en su propio apartado cuarto que el importe del principal asegurado con la hipoteca debe ser en moneda nacional. De este manera, consideramos que la tasación del bien debe ser consignada en moneda nacional o, en su caso, en moneda extranjera indicando su equivalente en el signo monetario de curso legal en España.
- c) Requisitos de localización. Con el objetivo de garantizar la defensa del deudor o hipotecante no deudor, caso de concurrir, deben señalar un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos. Potestativamente, podrá también señalarse un correo electrónico, circunstancia que nos lleva a preguntar, si ¿la posibilidad de señalar un correo electrónico exime de indicar un domicilio físico en la escritura de constitución de la hipoteca?

¹⁸ MONTERO-RÍOS, J.: «La venta extrajudicial ante notario de los bienes hipotecados». Publicación Jornada: «La hipoteca. Ejecución hipotecaria y dación en pago», p. 6, Valencia, 26 de enero de 2012.

teca? La respuesta debe ser negativa, pues, como de forma clara establece la LHMYPDS, el electrónico será voluntario, debiéndose practicar la notificación en los dos.

Ante esta exigencia de la consignación de un domicilio en la escritura como presupuesto de admisibilidad de la venta extrajudicial, debemos preguntarnos si es posible su modificación. La LHMYPDS guarda silencio en este punto. Sin embargo, defendemos su posible modificación, de forma análoga a la regulación contenida en la ejecución hipotecaria, con la nueva redacción que concede el apartado veintitrés del artículo primero de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil al artículo 683 de la LEC, de vigencia a partir del mes de octubre de 2015. En este precepto se permite que en las hipotecas mobiliarias, tanto el deudor como el hipotecante no deudor, modifiquen el domicilio previo consentimiento del acreedor, haciéndolo constar en acta notarial y, en el Registro correspondiente, por nota al margen de la inscripción de la hipoteca.

3. Otros requisitos para la venta extrajudicial

El artículo 86 LHMYPDS omite la obligatoriedad de la inscripción de la hipoteca mobiliaria en el Registro correspondiente. Tal omisión no exime de su cumplimiento, pues «la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta ley»¹⁹.

4. Legislación supletoria

En el mismo precepto 86 LHMYPDS, una vez designados los requisitos específicos de la incoación de la venta extrajudicial, se señala que las normas de la subasta electrónica contenidas en la legislación procesal serán de aplicación subsidiaria, en relación a la práctica de la subasta ante el notario.

Esta remisión no se encuentra exenta de problemas; pretender cambiar la modalidad de la realización de la subasta para implantar la electrónica origina interrogantes en la práctica. El problema es la inexistencia de un reglamento propio de los notarios que desarrolle la legislación sobre subastas electrónicas y la adecuación del portal electrónico. En este espacio temporal de inexistencia reglamentaria, en la práctica pueden convivir tres situaciones contradictorias que generarán inseguridad jurídica.

¹⁹ SAP Sevilla, Sección 1.ª, sentencia núm. 589/2008, de 19 noviembre, Procedimiento abreviado núm. 8730/2006, ARP 2009\516.

En primer lugar, los notarios, que, ante la falta de reglamentación, procedan a realizar la venta extrajudicial de acuerdo con la tramitación de la subasta tradicional. La realización de esta venta corre el riesgo de ser impugnada por defecto de forma, al tramitarse de forma diferente a la regulación legal vigente.

En segundo lugar, puede producirse que el notario se niegue a la efectiva realización de la subasta *sine die*, en concreto, hasta la promulgación del correspondiente reglamento. Situación a la que podrá oponerse el deudor, pues durante el plazo de espera devengarán intereses de demora, que podría ahorrarse de celebrarse la subasta o, el acreedor, por considerar esta decisión contraria a sus intereses, al dilatarse la realización de la venta extrajudicial.

Finalmente, existe una vía intermedia que tiene como objetivo evitar las denuncias por defectos de forma o el perjuicio de los intereses de las partes, hipótesis que se concretaría en que el notario plantease en una comparecencia a los interesados la celebración de la subasta de forma tradicional y que las partes manifestasen su consentimiento expreso.

IV. TRAMITACIÓN DE LA VENTA EXTRAJUDICIAL

El artículo 87 LHMYPDS es el encargado de regular las normas a las que debe sujetarse la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria.

1. Legitimación

La posibilidad de incoar la venta extrajudicial se encuentra regulada de forma restrictiva, resultando solamente legitimada la persona del acreedor. Debido a ello, podemos preguntarnos si ¿puede el deudor o el hipotecante no deudor solicitar la venta extrajudicial? La respuesta debe ser negativa, la literalidad del artículo 87 LHMYPDS es taxativa, al afirmar sólo la persona del acreedor, en todo caso, consideramos esta restricción un error, pues a las personas que ostentan tanto la condición de deudor como de hipotecante no deudor se les debería conceder la posibilidad de solicitar ante notario tal venta extrajudicial.

Es posible pensar que estas personas no solicitaran la realización de su bien, por ser un perjuicio para ellas la pérdida de la posesión de éste, pero si las mismas se encuentran correctamente asesoradas, y ante la dificultad de argumentar una defensa consistente en la vía judicial, pueden preferir acudir cuanto antes a la inevitable venta extrajudicial de su bien, que de realizarse correctamente debería resultar más rápida y económica, evitando, a su vez, que sigan incrementándose los intereses de demora,

Asimismo, consideramos que, a pesar del silencio de la LHMYPDS en este punto, en caso de la concurrencia de acreedores solidarios, cualquiera de ellos se encuentra legitimado para la reclamación de la cuantía a través de la vía extrajudicial, en contraposición a los acreedores por cuotas que sólo la podrán incoar respecto de la concreta cuantía de la que son creditores.

2. Competencia

La nueva regulación de la competencia territorial del notario, atribuida por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria al artículo 87 LHMYPDS, flexibiliza el carácter imperativo de las normas, concediendo mayor amplitud al arbitrio del acreedor en cuanto a la elección del notario competente.

Así, si con anterioridad se establecía un único fuero consistente en atribuir competencia al notario del lugar donde radiquen los bienes hipotecados, la vigente reglamentación permite que la venta extrajudicial se efectúe alternativamente, bien ante notario competente respecto del lugar donde se ubiquen los bienes hipotecados, bien ante notario de un distrito colindante. A pesar de esta flexibilización, no resulta posible un pacto sumisorio de las partes y debe respetarse la asignación del expediente al notario que por turno le resulte atribuido.

La regulación competencial del Notariado en la venta extrajudicial respeta el carácter de rogación de las reglas propias de la jurisdicción voluntaria, consagrado en el artículo 3 del Reglamento notarial, supeditándose la actuación del notario al requerimiento del acreedor.

En todo caso, el notario deberá proceder a examinar de oficio su competencia en el momento que analiza el contenido del requerimiento efectuado por el acreedor, y como instancia previa a la admisión del citado requerimiento.

3. Inicio

La venta extrajudicial se inicia con la presentación de un requerimiento por parte del acreedor. ¿Existe algún formalismo especial para la presentación de este documento? No, el acreedor dispondrá de una amplia libertad en cuanto al contenido del escrito, caracterizándose por ser antiformal. Los únicos requisitos que debe contener este requerimiento vienen expresados en el artículo 87 LHMYPDS, a saber:

A) Cantidad exacta que sea objeto de reclamación, por principal e intereses

Como ya hemos avanzado, la LHMYPSP exige que la cuantía objeto de reclamación sea concreta.

A) Liquidez de la deuda. El principal problema que se plantea en este aspecto son los casos en que la cuantía a reclamar sea inconcreta, extremo que puede ser suplido por la realización de operaciones de cálculo encaminadas a su concreción. Ante esta problemática, se plantea un interrogante que puede condicionar la validez o no de la venta extrajudicial, ¿es posible acudir a una venta extrajudicial por una cantidad no determinada inicialmente, debiendo ser objeto de liquidación a través de unas operaciones sencillas de cálculo? En base a la literalidad vigente y a una interpretación estricta de la misma, la respuesta debería ser negativa. Sin embargo, no es esta la realidad práctica.

La legislación existente en este ámbito presenta un tratamiento diferente en sede judicial o en sede notarial. En el proceso judicial se admite la ejecución de una hipoteca, derivada del impago de una cantidad inicialmente ilíquida, pero que ha sido objeto de concreción a través de unas operaciones pactadas entre las partes, extremo que justifica la necesidad de presentar por parte del acreedor hipotecario los documentos exigidos en los artículos 573 y 574 de la LEC, consistentes en la presentación de documento que acredite las operaciones realizadas para la determinación de la deuda y la notificación del saldo de deudor.

Estas previsiones no están reguladas, directamente, en la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria, con el agravante de que el deudor no podrá con posterioridad oponerse a la cuantía reclamada, por no regularse la denuncia de la incorrección del saldo reclamado, extremo que lo colocaría en una situación de indefensión.

No obstante, la legislación hipotecaria, en su artículo 129.c), establece que: *«La venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y con las limitaciones señaladas en el artículo 114.*

En el caso de que la cantidad prestada esté inicialmente determinada, pero el contrato de préstamo garantizado prevea el reembolso progresivo del capital, a la solicitud de venta extrajudicial deberá acompañarse un documento en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca.

En cualquier caso en que se hubieran pactado intereses variables, a la solicitud de venta extrajudicial se deberá acompañar el documento fehaciente que

acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca».

De acuerdo con las directrices de este precepto señalado, y conforme a la aplicación supletoria de la legislación hipotecaria a la venta extrajudicial mobiliaria, puede admitirse la incoación de este proceso por cantidades determinadas conforme a lo pactado por las partes. Esta es, asimismo, la postura que ha adoptado DGRYN²⁰.

Aceptada la posibilidad de la venta extrajudicial por cantidades inicialmente ilíquidas, esta práctica no se encuentra exenta de problemas, pues en ocasiones no se realiza de forma correcta los cálculos exigidos para la determinación de la deuda. Así, como afirma NAVAS²¹, la concreción de la deuda se circunscribe al tiempo «comprendido entre el comienzo del impago y la fecha de la certificación (...) es por ello conveniente que exijamos que se refiera a todo el período transcurrido desde la formalización del préstamo hasta el momento en que se certifique el saldo».

Partiendo de esta premisa, pueden extraerse dos conclusiones. En primer lugar, que la operaciones complejas imposibilitan la venta extrajudicial y, a *sensu contrario*, que sólo son susceptibles de admisión las cantidades obtenidas de sencillas operaciones. Ante esta situación, las preguntas que debemos formularnos son las siguientes: ¿Quién debe comprobar si son o no complejas las operaciones de cálculo? En este momento inicial es evidente que el notario; ¿cuándo?, al examinar el contenido del requerimiento efectuado por el acreedor; ¿cómo?, en la respuesta a este interrogante se encuentra la solución al problema planteado, y la misma será diferente en función de la interpretación que se efectúe del artículo 87 LHMYPDS. Este precepto establece que el acreedor deberá entregar al notario el título o títulos de crédito.

Una interpretación restrictiva de la norma comporta englobar dentro del término título de crédito el título ejecutivo que no será otro que la escritura de constitución de la hipoteca. En contraposición, una interpretación amplia del precepto debería pasar por englobar en el término título de crédito no solamente al documento ejecutivo, sino también aquellos que facilitan su ejecución. Documentos que, en los casos de haberse efectuado operaciones de cálculo, se concretarían en los que detallan estas operaciones y la notificación del saldo deudor. Con esta información, al notario se le facilita todos los elementos para realizar su juicio de valor, tanto respecto de la sencillez de las operaciones como de la justificación

²⁰ En este sentido, *vid.* RDGRN de 4 de noviembre de 2010, RJ 2011\2461 y de 2 de septiembre de 2005, RJ 2005\6928.

²¹ NAVAS, I.: «Venta extrajudicial de bienes hipotecados», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1 (enero-marzo, 2014), Ensayos, p. 122.

de las mismas, de ser las pactadas por las partes. De lo contrario, al notario se le exige dar fe pública a ciegas por faltarle los elementos de convicción necesarios.

Esta problemática desaparecería de regularse esta previsión en el seno de la venta extrajudicial de la hipoteca mobiliaria. No obstante, el acreedor puede solicitar la admisión de reclamaciones derivadas de operaciones sencillas, alegando la aplicación supletoria del artículo 236.a, 2.B) del reglamento hipotecario, en el que afirma que el *requiriente entregará al notario los siguientes documentos: b) El documento o documentos que permitan determinar con exactitud el interés, ya sea directamente, ya mediante simples operaciones aritméticas, en los casos de hipoteca en garantía de créditos con interés variable*. Pero para que resulte efectiva esta disposición devienen necesario la prestación con el requerimiento de los documentos de saldo y de operaciones realizadas.

B) Otras posibles cantidades a reclamar. No finalizan aquí los problemas en cuanto a la determinación de la cuantía por parte del acreedor, debiéndonos preguntar si es posible reclamar los gastos derivados de la actividad del notario. Esta problemática ha sido solucionada por la DGRN, manifestando que, si bien no hay una norma concreta que así lo prevea, sí es posible la reclamación de estos gastos. En este sentido, la resolución de 29 de junio de 2009 sostiene que «el procedimiento extrajudicial de ejecución, con las limitaciones de procedimiento derivadas de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, es válido y eficaz, especialmente en el ámbito de ejecución de obligaciones garantizadas con hipoteca. El artículo 235 del Reglamento Hipotecario, cuando limita el mismo a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con el título, no excluye los gastos de ejecución, si bien los limita (párrafo *in fine* del mismo precepto) a los previstos en el artículo 236 K (honorarios y gastos derivados de los distintos trámites previstos)»²².

¿Pueden ser objeto de reclamación los honorarios de los abogados y procuradores? No, pues su intervención en la venta extrajudicial no es preceptiva y, en consecuencia, los gastos originados por su actuación debe afrontarlos aquel que voluntariamente haya sido asesorado por un profesional del derecho.

B) La causa de vencimiento

El acreedor deberá especificar cuál es el motivo que justifica la reclamación del crédito vía notarial y la realización del bien hipotecado.

²² RDGRN de 29 de junio de 2009, RJ 2009\5545.

C) *El título o títulos de crédito, revestidos de todos los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que tengan carácter ejecutivo*

El acreedor deberá acompañar al requerimiento la escritura de constitución de la hipoteca que cumpla los requisitos exigidos en el artículo 517 LEJ: *«Con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes».*

Asimismo, consideramos prudente que el acreedor acompañe la inscripción registral de la hipoteca mueble, a efectos de poder acudir a la venta extrajudicial de la hipoteca, por presentarse como requisito necesario, según el precepto tercero de la LHMYPDS, el cual sostiene que *«la falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley».*

4. Actuación del notario

A) *Análisis genérico*

La principal función del notario, en esta fase inicial del proceso, es comprobar y tutelar la regularidad formal del proceso. De esta forma, el notario debe comprobar el cumplimiento de los requisitos propios de la venta extrajudicial. Estos presupuestos son los comentados en el apartado anterior, por lo que nos remitimos a su análisis.

B) *Especial atención a las cláusulas abusivas*

No obstante, en este punto consideramos errónea e incompleta la regulación de la LHMYPDS, pues si el notario es quien debe examinar la corrección del proceso y su legalidad, él también debe estar facultado para señalar la existencia de cláusulas abusivas que suspendan la venta extrajudicial. Esta previsión en la vigente regulación no existe, pues sólo se permite a las partes iniciar un proceso judicial a efectos de solicitar la nulidad de alguna de las cláusulas y comunicarlo al notario para que proceda a su suspensión.

Consideramos de mayor corrección proceder a una reforma legislativa que faculte en el mismo sentido al notario, tal y como está establecido en el artículo 129.F) LH. Circunstancia que se encontraba prevista en el Proyecto de reforma del reglamento hipotecario para la venta extrajudicial inmobiliaria. Mientras no se realice esta reforma legislativa defendemos la aplicación supletoria a la venta extrajudicial mobiliaria del artículo 129 LH.

Esta es la tesis indicada también por el Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido respecto de la Ley de jurisdicción voluntaria, en el que manifiesta que «se trata de un control de oficio imperfecto, puesto que el notario se limita a alertar de la posible abusividad, pero sin que su intervención sirva, por sí sola, para paralizar el expediente. Antes bien, es la acreditación por una de las partes de haber planteado judicialmente el carácter abusivo del clausulado contractual, la que, al margen de que el notario haya efectuado o no advertencia alguna al respecto, tiene la virtud de provocar el cierre del acta. Como alternativa cabe sugerir la de que, apreciado de oficio el posible carácter abusivo de una o más cláusulas del título contractual, y en su caso tras oír a las partes sobre el particular, el notario acuerde el cierre del acta, quedando abierta la vía judicial para que las partes ejerciten las acciones legales que les correspondan»²³. El CGPJ da un paso más, pues no sólo faculta al notario para comprobar y comunicar de la existencia de una cláusula abusiva, sino que además le legitima para suspender la venta. El informe propone una comparecencia entre las partes para decretar la suspensión de la venta extrajudicial, solución que compartimos.

Para facilitar el cumplimiento de esta actividad, el Consejo General del Notariado crea el denominado Órgano de Control de Cláusulas Abusivas, que tiene como principales misiones: «impedir que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con consumidores que se recojan en escritura pública (...) y emitir, a petición de los notarios, pero también de empresas y entidades financieras, consultas sobre el posible carácter abusivo de una cláusula». A tal efecto, se crea «un archivo informático con todas las sentencias firmes que declaren abusiva una cláusula»²⁴.

C) *Requerimiento al deudor*

a) CONTENIDO DEL REQUERIMIENTO

El requerimiento de pago que debe efectuar el notario tiene un triple contenido. En primer lugar señalará la causa de vencimiento, que justifica la iniciación de la venta extrajudicial. En segundo lugar, la cantidad total reclamada, englobando principal, intereses y, finalmente, la advertencia de que el impago del apercibimiento efectuado tiene como consecuencia la celebración de la subasta sobre el bien hipotecado.

²³ Informe del Consejo General del Poder Judicial respecto de la Ley de la jurisdicción voluntaria, de 27 de febrero de 2014.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_Jurisdiccion_voluntaria.

²⁴ http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-3&p_p_col_count=2&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=4148027.

b) SUJETOS DEL REQUERIMIENTO DE PAGO

Los destinatarios del apercibimiento de pago notarial son diferentes en función de las personas que han intervenido, bien en la formalización de la hipoteca, bien en la vida efectiva de la misma. Así, el requerimiento puede dirigirse a la persona del deudor, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor.

c) LUGAR DONDE DEBE PRACTICARSE EL REQUERIMIENTO

Una de las cuestiones de especial importancia práctica en la tramitación de la venta extrajudicial se concreta en la notificación del requerimiento de pago al deudor. Actividad de especial importancia en un proceso de carácter tan expeditivo en aras a asegurar la defensa del deudor, por ello debemos preguntarnos: ¿Cuál es el domicilio en que debe notificarse el requerimiento?

Una respuesta fácil sería, de acuerdo con el artículo 86 LHMYPDS, efectuarlo en el domicilio señalado en la escritura de constitución de la hipoteca, pero la práctica no siempre resulta tan sencilla y podemos encontrarnos ante las siguientes situaciones:

- i) Éxito de la notificación en el domicilio consignado en la escritura pública.
- ii) Imposible notificación por modificación del domicilio. El principal problema que se plantea en la práctica es la falta de coincidencia del domicilio inscrito y el real del deudor o hipotecante no deudor, por lo que, si en base al carácter registral del proceso sólo se notificase la existencia del mismo en el que conste en el Registro, podrían plantearse situaciones en que difícilmente el deudor tendrá conocimiento del mismo. ¿Puede notificarse el requerimiento en un domicilio diferente?

Una interpretación literal de la LHMYPDS debería llevarnos a afirmar que la notificación se debe efectuar sólo en el domicilio que conste en la escritura de constitución de la hipoteca. Interpretación restrictiva que puede ser defendida en base a los siguientes argumentos:

- En primer lugar, por la propia voluntad del deudor, que de forma voluntaria señala en la escritura ese domicilio, siendo consciente de que el mismo se convertirá en el domicilio apto para la recepción de las notificaciones relativas al proceso.
- En segundo lugar, por la posibilidad real que ostenta de modificar el domicilio inicialmente consignado en la escritura, como ya hemos analizado.

- En tercer lugar, por no causar un perjuicio al acreedor de buena fe, que reconociendo de la no coincidencia del domicilio registral y real se ve abocado a un periplo en búsqueda del domicilio actual del deudor.
- En cuarto lugar, de tener que notificarse la demanda en un domicilio diferente al registral, carece de sentido que se exija como un presupuesto de admisibilidad del proceso hipotecario la consignación de un domicilio a efectos de requerimiento y notificaciones.

Sin embargo, si lo realmente importante es que el deudor o hipotecante no deudor tenga conocimiento del requerimiento, debe permitirse la notificación en otro domicilio diferente al señalado en la escritura pública, extremo que prevé el propio Reglamento del Notariado en su artículo 202, en el que se permite que la notificación se efectúe en cualquier otro lugar, siempre y cuando el destinatario se preste y el notario lo identifique.

D) Actitudes de los requeridos de pago

Los apercibidos pueden adoptar un doble posicionamiento durante los cinco días siguientes al requerimiento, pagar o entregar la cosa mueble al acreedor o mandatario designado en la escritura pública o no pagar ni entregar la cosa mueble. Las consecuencias de una u otra postura son radicalmente opuestas.

La primera de las actitudes da por finalizada la venta extrajudicial, en cambio, la segunda, supone o bien la continuación de la misma, de no oponerse el acreedor, o su finalización, si así lo manifestase el acreedor al notario, restándole expedida la vía judicial, pudiendo incoar tanto las acciones civiles como las penales que le correspondan.

E) Certificación registral

De seguir adelante la venta extrajudicial deberá acreditarse la información registral de la hipoteca mobiliaria solicitando certificado al registrador correspondiente.

¿Quién debe solicitar esta certificación? A diferencia del procedimiento judicial, en el que recae la obligación es en el juez, quien de oficio solicita, mediante mandamiento, certificación al registrador; en la venta extrajudicial esta petición no la efectúa de oficio el notario, sino que tal tarea le corresponderá al acreedor.

¿Qué documentos deben acompañarse a la petición de certificación registral? Conjuntamente con la solicitud, el acreedor deberá acompañar el requerimiento de pago dictado por el notario.

¿Cuál debe ser el contenido de la certificación? En la certificación literal emitida por el registrador deben hacerse constar tres extremos: 1. La subsistencia de la escritura, acreditándose la titularidad del bien hipotecado y las condiciones de la constitución de la hipoteca; 2. La cancelación de la misma, extremo que supondría la finalización de la venta extrajudicial, y 3. La modificación de la hipoteca: en este caso, la posterior realización del bien hipotecado debería acomodarse a las vigentes condiciones subjetivas u objetivas.

Al margen de la inscripción de la hipoteca, el registrador anotará que ha procedido a expedir certificación, señalando la fecha, la iniciación del proceso y el notario ante el cual se sigue.

F) Notificación de la venta a titulares posteriores

De la certificación expedida puede adquirirse conocimiento de la existencia de asientos posteriores a la inscripción de la hipoteca. En este caso se notificará tanto al deudor y al titular posterior la existencia del procedimiento, para que puedan bien intervenir en la subasta como licitadores, o bien satisfacer el principal, interés y costas, con anterioridad al remate, subrogándose en la posición del acreedor.

De suceder esta subrogación, la misma debe ser objeto de inscripción por el registrador tras recibir mandamiento judicial o acta notarial donde conste el pago de las cantidades mencionadas. La subrogación condiciona la continuación de la venta extrajudicial, pues la misma no continúa de modo automático, sino que el nuevo adquirente de los derechos del acreedor deberá manifestar al notario si quiere que continúe la venta extrajudicial, o si, por el contrario, prefiere finalizarla. La legitimación que correspondía en el inicio del proceso al acreedor, a efectos de solicitar la incoación de esta venta, en esta fase de la misma se traslada a la figura del nuevo titular de los derechos e intereses.

En relación a la notificación de la subasta a titulares posteriores, las exigencias en cuanto a la forma de proceder a la misma se flexibilizan, respecto de las notificaciones efectuadas al deudor o hipotecante no deudor. En este sentido, la legislación hipotecaria y notarial permiten que la notificación a estos titulares posteriores se efectúe mediante el envío por correo de cartas con acuse de recibo.

5. Celebración de la subasta

Transcurridos cinco días desde el requerimiento se procederá a la celebración de la subasta conforme a las siguientes reglas:

A) Publicación de la subasta

El anuncio de la subasta es uno de los elementos de la regulación de la venta extrajudicial que acusa una mayor modificación. En la redacción original se establecía que la convocatoria se debía anunciar en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que se encontrasen situados los bienes y, sucintamente, en uno de los periódicos de mayor circulación de la localidad o, en su defecto, de la capital de la provincia en que tenga lugar el juicio, y solamente si el valor de los bienes fuese superior a doscientas cincuenta mil pesetas se anunciará, además, también sucintamente, en el *Boletín Oficial del Estado*.

Con la nueva redacción concedida al artículo 88 LHMYPSP, la convocatoria de la subasta se publicitará solamente en el *Boletín Oficial del Estado*, con independencia de la cuantía de la misma, unificándose en uno el lugar de publicidad de la misma.

B) Reglas de celebración de la subasta

La subasta se regirá por las normas contenidas en la Ley hipotecaria mobiliaria y supletoriamente por la reglamentación contenida en los preceptos que regulan la subasta electrónica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con la remisión que efectúa a este texto normativo el artículo 86 LHMYPSP en el último de sus apartados.

Las posturas se permitirán durante un mínimo de veinte días naturales desde su apertura hasta una hora después de la última de las posturas. La realización de la subasta se efectuará en una única subasta, siendo el tipo de la misma la tasación efectuada en la escritura de constitución de la hipoteca, a diferencia de la derogada regulación, en la que se permitía una segunda y tercera subasta sin sujeción a tipo. Modificación que consideramos acertada, pues con anterioridad, al no fijarse un tipo determinado para la última subasta, podía producirse la adjudicación por un precio irrisorio que perjudicaría al deudor. El acreedor podrá concurrir a la subasta como licitador sin necesidad de consignar cantidad. El resto de licitadores para concurrir a la subasta deberán consignar el 5 por 100 del valor de tasación, reducción de la cantidad exigida con la anterior regulación, que ascendía al 15 por 100, medida que tiene como objetivo facilitar la presentación de licitadores.

De la realización de la subasta, nos podemos encontrar con diferentes hipótesis y consecuencias, respecto de la adjudicación del bien hipotecado, las cuales son subordinadas entre sí.

POSTURAS	CONSECUENCIAS
Primera: Posturas igual o superiores 70 por 100 tipo	<i>Adjudicación mayor postura</i>
Segunda: Posturas inferiores 70 por 100	<i>No adjudicación</i> <i>Posibilidad deudor presentar tercero en diez días ofrezca mejor postura:</i> <i>*Si es igual o superior 70 por 100: Adjudicación</i> <i>*Si no es superior, pero suficiente para satisfacer acreedor: Adjudicación</i>
Tercera: Posturas inferiores 70 por 100 y no presentación tercero mejor postura	<i>Acreedor en cinco días puede pedir:</i> <i>*Adjudicación por el 70 por 100 tipo</i> <i>*Adjudicación por 60 por 100 o superior si cubre deuda</i>
Cuarta: Acreedor no realiza propuesta adjudicación	<i>Se adjudicará el bien a:</i> <i>*Postura superior 50 por 100 tipo</i> <i>*Postura inferior al 50 por 100 del tipo si cubre deuda</i>
Quinta: Inexistencia de postores	<i>Adjudicación al acreedor si en el plazo de diez días ofrece:</i> <i>*50 por 100 del valor de la tasación</i> <i>*Cantidad que cubra toda la deuda</i>
Sexta: Inexistencia de postores Acreedor no solicita adjudicación	<i>Finalización venta extrajudicial</i> <i>Expedita vía judicial</i> <i>En la regulación derogada, esta circunstancia hubiese derivado en una segunda subasta sin sujeción a tipo</i>

C) *Adjudicación del bien hipotecado*

Una vez se ha producido la adjudicación del bien, el que haya resultado adjudicatario dispone del plazo de dos días para entregar al notario la diferencia entre el depósito previo y el valor de adjudicación, devolviendo la cantidad consignada al resto de licitadores. De no pagar el diferencial, la adjudicación corresponderá a la siguiente mejor postura, sancionando al primero de ellos con el destino de la cantidad consignada para satisfacer los gastos del proceso, y el resto, si lo hubiere, para cubrir el pago del crédito e intereses.

La cantidad obtenida con la adjudicación del bien se destinará a:

- a) Pagar los gastos del proceso;
- b) Pagar principal e interés reclamados;

- c) Ponerlo a disposición de otros embargos o personas pendientes de reclamación judicial; y
- d) Dárselo al hipotecante no deudor o tercer poseedor.

La formalización de la adjudicación se efectuará en escritura pública entre el adjudicatario y el deudor o, en su caso, con el tercer poseedor o hipotecante no deudor o sus causahabientes, y si no por el mandatario designado en la escritura de constitución de la hipoteca. En la escritura de adjudicación deberá constar:

- a) Los trámites realizados;
- b) El precio de la adjudicación;
- c) El pago por el adjudicatario;
- d) El pago hecho al acreedor; y
- e) El destino del exceso si lo hubiere.

Esta escritura de constitución será título bastante para acreditar la nueva titularidad de los bienes y la cancelación de la hipoteca y, en el caso de que existiesen, de los titulares posteriores.

6. La suspensión de la venta extrajudicial

En la venta extrajudicial, a diferencia del ámbito judicial, no existe causa alguna de oposición, previéndose sólo la suspensión de la misma. Sin embargo, los artículos de la LHMYPDS incorporan como motivos de suspensión causas reguladas como de oposición en la LEC.

La normativa derogada regulaba la suspensión, remitiéndose al precepto 85 LHMYPDS. Con la vigente regulación, el artículo 88 del mismo cuerpo legal detalla los motivos de suspensión de forma directa.

A) Motivos de oposición susceptibles de utilización por el deudor

Las posibilidades de suspensión se concretan en la posible alegación de alguno de los siguientes extremos:

A) Acreditación de la cancelación de pago mediante certificación del registrador o presentación de la escritura pública de carta de pago o cancelación de

aquella. Respecto de la cancelación de la garantía hipotecaria, puede ser comprobada en dos momentos diferentes. En primer lugar, por el propio notario, de oficio, cuando así se exponga en la certificación emitida por el registrador, extremo que supondría no proceder a la convocatoria de la subasta. En segundo lugar, si esta circunstancia no es apreciada por el notario, puede ser alegada como motivo de suspensión por las partes, una vez ya convocada la realización del bien.

En este primer motivo de suspensión, no sólo se podrá alegar la extinción de la hipoteca, sino también la desaparición de la obligación garantizada, entendiéndose por la misma la deuda asegurada con el derecho real.

B) Existencia de causa criminal sobre hecho de apariencia delictiva que suponga la falsedad del título o la invalidez o ilicitud del procedimiento de la venta. Esta prejudicialidad penal, dice el artículo 88 LHMYPDS, deberá acreditarse documentalmente, pero sin especificar qué grado de acreditación es necesario. Circunstancia que nos obliga a preguntarnos: ¿cuál es el grado de exigencia documental que debe exigirse a la persona que solicita la suspensión por prejudicialidad penal? En este punto, consideramos de aplicación analógica las exigencias que se establecen a nivel judicial respecto de este motivo de suspensión.

A nuestro entender, no bastará con la mera presentación de denuncia o interposición de querella, sino que es preciso que se haya admitido a trámite la querella o denuncia, circunstancia que se acreditará con el testimonio del auto o resolución del juez penal que investigue los hechos, si bien, como no suelen en la práctica tales resoluciones iniciales contener una detallada relación de los hechos, será necesario que el solicitante de la suspensión presente también testimonio de la denuncia o querella que haya motivado las actuaciones penales. De no realizarse esta exigencia, se solicitarían suspensiones a efectos de retardar la tramitación de la venta extrajudicial, de modo fraudulento.

C) Constancia del notario de la existencia de la declaración de concurso del deudor. La suspensión sólo se alzará cuando, de acuerdo con testimonio del juez del concurso, se declare que los bienes no están afectos al concurso o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional. La literalidad del precepto no establece si es obligación del deudor explicar al notario la afectación de sus bienes a un concurso. Consideramos que el deudor tiene el deber de manifestar esta afectación; de lo contrario, actuaría con mala fe, actuando en perjuicio tanto de las partes de la venta extrajudicial como de los acreedores del concurso.

D) Interposición de demanda de tercería de dominio acompañada del título de dominio y de la inscripción en el registro correspondiente, de resultar necesaria la misma. La suspensión se alzará con la finalización del procedimiento de tercería. ¿Qué título deberá presentarse para decretar la suspensión en base a la tercería? No cualquier documento es válido, consideramos insuficientes los de carácter

privado, siendo preceptiva la presentación de un documento público, necesitando el notario, para decretar la suspensión del proceso, un principio de prueba documental respecto de la verosimilitud de la propiedad alegada por el tercerista.

La tercería de dominio en el ámbito hipotecario es un instrumento de difícil argumentación, pues sólo un funcionamiento anormal del Registro podría justificar la presentación de una demanda de tercería.

E) Sujeción de los mismos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, extremo acreditado con la certificación del Registro correspondiente. Esta previsión da cumplimiento a las previsiones contenidas en los artículos 2 y 55 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento vigentes, en los que se prohíbe la constitución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados.

F) Acreditación de haber presentado ante el juez competente, por parte de las partes, una demanda denunciando la abusividad de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario, que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiere determinado la cantidad exigible. Esta regla debe ser objeto de tres puntualizaciones.

En primer lugar, no se especifica cuál es el juez competente para conocer de la nulidad de las cláusulas, existiendo en la práctica un doble posicionamiento jurisprudencial, que se concreta en la atribución de competencia a los Juzgados mercantiles o a los Juzgados de primera instancia. Sin entrar a examinar los argumentos de cada uno de estos posicionamientos, que excedería el contenido del trabajo, a nuestro entender, la competencia debería ser atribuida a los Juzgados de primera instancia. Pero lo realmente importante se concreta en el hecho de que, hasta que no se resuelva esta problemática, la parte que se oponga a la nulidad de cláusula podrá retardar el procedimiento judicial y, por ende, la venta extrajudicial, alargando el período de suspensión, formulando una declinatoria ante el Juzgado que conoce de la supuesta nulidad.

En segundo lugar, consideramos que es necesario un grado más de exigencia para proceder a la suspensión de la venta extrajudicial, siendo insuficiente la acreditación de haberse planteado la cuestión ante el juez competente, como sucede respecto de la suspensión por prejudicialidad penal, en que se exige bien el auto de admisión o incluso el auto de procesamiento.

De lo contrario, alguna de las partes puede verse tentada a plantear esta cuestión de modo fraudulento, con la finalidad de paralizar la venta extrajudicial, incumpliendo las normas de la buena fe procesal. Para evitar esta circunstancia, consideramos que debería exigirse, como mínimo, presentar el decreto de admisión a trámite de la demanda.

En tercer lugar, esta posibilidad de suspender la venta extrajudicial por cláusula abusiva deberá ser utilizada por el deudor cuando, con independencia de la conformidad o no con el saldo deudor, considere que existe en el contrato alguna cláusula de por sí abusiva, pensemos en la relativa al porcentaje de interés pactado.

La venta extrajudicial se reanudará cuando el juez competente considere que no existe causa abusiva alguna que constituya fundamento de la ejecución o que hubiera determinado la cantidad exigible.

B) Defectuosa regulación de los motivos de suspensión

a) INEXISTENCIA DE REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LA CUANTÍA RECLAMADA COMO MOTIVO DE SUSPENSIÓN

No existe en el artículo 88 LHMYPDS la regulación expresa de la posibilidad de solicitar la suspensión de la venta extrajudicial por incorrección del saldo reclamado. Ante esta omisión legal, ¿puede el deudor oponerse a esta venta extrajudicial? Sí, pero analicemos a continuación de qué forma puede realizarlo, de acuerdo con los mecanismos legales vigentes.

Al no existir, la regulación expresa, como motivo de suspensión, de la incorrección de la cuantía reclamada, la única posibilidad legalmente prevista sería su denuncia como cláusula abusiva.

El deudor en la interinidad de la tramitación de la venta y, de acuerdo con las normas del artículo 88 LHMYPDS, puede denunciar la abusividad de la cláusula de venta extrajudicial en los casos de incorrección de la cuantía reclamada, pues mediante esta cláusula se verá abocado a un proceso en el que no se le permitirá impugnar las operaciones necesarias para la concreción de la cuantía, ni el saldo deudor y no podrá oponerse a la cuantía reclamada. En este caso deberá iniciar un proceso judicial, acreditar su sustanciación ante el notario, que suspenderá la venta extrajudicial.

Toda esta problemática se solucionaría con una reforma legislativa en dos sentidos: Primero.—Exigiendo al acreedor, la notificación, en el requerimiento que inicia la venta extrajudicial, de la comunicación al deudor con carácter previo de las operaciones realizadas conforme a las pactadas y del saldo deudor. Segundo.—La regulación como motivo de suspensión, la disconformidad con la cuantía reclamada por el acreedor.

El deudor debe poder oponerse en base a este extremo, pues de lo contrario se le estaría causando indefensión y vulnerando el artículo 24 CE, resultando las garantías existentes en el proceso judicial y en la vía notarial inequívocas en

detrimento de esta última. Supuesto que puede alegar la inconstitucionalidad de este proceso.

Otra posibilidad sería englobar la impugnación de la cuantía reclamada en el de primero de los motivos de oposición, esto es, en la cancelación de la obligación garantizada, para los supuestos en que el deudor defienda que parte de la obligación reclamada ya ha sido pagada y, por ende, que el saldo reclamado es incorrecto.

b) INEXISTENCIA DE REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE LA VALIDEZ
Y CARÁCTER DEL TÍTULO PRESENTADO COMO MOTIVO DE SUSPENSIÓN

El artículo 87 LHMYPSP obliga al notario a la comprobación de la concurrencia de los requisitos exigidos por la LEC, para otorgar carácter ejecutivo al título de crédito presentado. En el caso de la venta extrajudicial de hipoteca mobiliaria, la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 517.2.4, en concreto, la existencia *«de escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar; o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes»*.

Si bien la LHMYPSP exige al notario la comprobación de estos extremos, en sede de oposición no se le permite al deudor alegar la improcedencia de la venta extrajudicial por la falta de concurrencia de los presupuestos, a los que este texto normativo condiciona la admisibilidad de la misma. Es por ello que la inclusión de esta previsión debe ser objeto de reforma legislativa para su inclusión.

*(Trabajo recibido el 19/11/2015
y aceptado para su publicación el 12/12/2015)*

LA EXTENSIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA RESPECTO DEL DEVENGO DE INTERESES EN EL CONCURSO. LA MASA COMO TERCERO PERJUDICADO

RICARDO CABANAS TREJO

Doctor en Derecho

Notario

RESUMEN

Desde la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses, con la excepción de los correspondientes a los créditos con garantía real, que siguen siendo exigibles, pero sólo hasta donde alcance la respectiva garantía. Determinar la extensión de esta garantía se convierte así en una tarea fundamental que debe hacerse aplicando la legislación hipotecaria y desde la consideración de la masa pasiva como tercero.

Palabras clave: concurso de acreedores, hipoteca, interés, tercero.

THE EXTENSION OF THE MORTGAGE GUARANTEE WITH RESPECT TO THE ACCRUAL OF INTEREST IN INSOLVENCY. THE ESTATE AS A HARMED THIRD PARTY

RICARDO CABANAS TREJO

Doctor in Laws

Notary Public

ABSTRACT

Since the bankruptcy has been declared the payment of interest has to be suspended except for credits secured by a mortgage, but this privilege is restricted to the extension of the guarantee. This limit is essential to calculate the length of the guarantee, it has to be fixed according the civil rules and be premise on bankruptcy as a third part related to the mortgage.

Keywords: bankruptcy, mortgage, interest, third part.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—II. RESPECTO DE LA HIPOTECA. 1. Interés remuneratorio. 2. Interés de demora. 3. Concepto de tercero. 4. Sobre el binomio deuda/garantía.—III. RESPECTO DE LA QUIEBRA/CONCURSO. 1. El alcance de la garantía hipotecaria. 2. La masa de la quiebra como tercero. 3. La situación en la vigente Ley Concursal.

I. PRESENTACIÓN

El presente trabajo tiene su origen en un asunto muy concreto del que tuvimos conocimiento. Se trataba de una sociedad anónima sujeta a un procedimiento de quiebra desde hacía más de veinte años. La controversia estaba ceñida a la determinación del alcance de la garantía hipotecaria por los intereses de dos préstamos hipotecarios sobre dos fincas registrales. Mientras el acreedor hipotecario cuantificaba los intereses que le eran debidos por el total, sin más límites que el resultante de la prescripción, por entender que no había tercero, el síndico de la quiebra los limitaba a la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria. Acotada en estos términos, la cuestión realmente quedaba circunscrita a la interpretación de dos preceptos legales y a la relación existente entre ellos. Estos preceptos son el artículo 114 de la Ley Hipotecaria —LH— y el artículo 884 del Código de Comercio —CCom—, pero el asunto tiene interés en la actualidad, ya que la regla de este último pervive en el artículo 59 de la actual Ley Concursal —LC—, y los argumentos realmente no han variado, tanto los referidos a la legislación hipotecaria como a la quiebra/concurso. El examen de ambos preceptos se aborda por separado, distinguiendo respecto del primero entre intereses remuneratorios y moratorios.

II. RESPECTO DE LA HIPOTECA

1. Interés remuneratorio

No existe unanimidad doctrinal sobre la necesidad ineludible de un pacto específico de garantía para la cobertura de esta modalidad de intereses. Para algunos, al ser la hipoteca un derecho de inscripción registral (art. 12 LH), no resulta suficiente la mera previsión en el contrato de un interés remuneratorio, siendo necesario que en el título se constituya la hipoteca de un modo expreso, también

en garantía de ese interés¹. Para otros la hipoteca se extiende a los intereses remuneratorios sin necesidad de pacto, pues los artículos 114 y 146 LH han previsto la responsabilidad hipotecaria por intereses, sin exigir un pacto expreso que así la establezca. Por eso, si los intereses remuneratorios sólo se devengan cuando así se haya convenido (art. 1755 del Código Civil), el pacto de garantía ya iría implícito en el mismo convenio generador, convenio que ha de constar en el título constitutivo². De todos modos, así planteada la distinción peca de excesivo formalismo, pues en el Registro se debe inscribir una garantía específica por intereses, y por eso el pacto de cobertura siempre constará en el asiento de un modo explícito. Cuestión distinta es que el registrador pueda deducirlo de manera inequívoca de la simple lectura del título, o que deba localizarlo de modo automático en el documento como un pacto específico y separado del resto, pero esto afecta más a la rogación que a la especialidad. Lo habitual es que se haga de esta segunda manera y por eso podemos hablar del mismo como un pacto expreso.

Distinto del pacto de garantía es el pacto de extensión. Una vez pactada la cobertura por intereses, con indicación del tipo de interés aplicable y el plazo de duración de la hipoteca, ya no se requiere fijar un límite de anualidades aseguradas con la hipoteca en virtud de un —nuevo— convenio expreso (pacto de extensión), pues, en su defecto, se entienden asegurados todos los que se devenguen durante el plazo de duración de la hipoteca, sin perjuicio del límite establecido en el artículo 114.1 LH respecto de terceros. Dicho de otro modo, entre las partes, la hipoteca se extiende a todos los intereses impagados y no prescritos, mientras en relación con los terceros se aplica directamente el límite legal.

No obstante, en la práctica normalmente se fija una cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses. Esto provocó en el pasado algunas dudas sobre el alcance de dicho pacto en la relación entre partes, sobre todo cuando se hubiera superado el plazo de cinco años, pero sin llegar a la cobertura total (también posible según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 1935, al considerar indiscutible «*el derecho de los interesados a pactar que la hipoteca responda de los intereses de todo el tiempo de duración del contrato*»). La posición tradicional de la DGRN era que no podía cobrarse en el procedimiento judicial sumario más que lo amparado por la cifra de responsabilidad hipotecaria. Así lo estableció la Resolución de 27 de junio de 1988. En el caso, habiéndose practicado el remate a favor del actor, no se le exigió desembolso alguno, por cuanto su crédito era superior al precio de remate. Sin embargo, el registrador denegó la inscripción, porque aun siendo superior el crédito reclamado al precio del remate, la responsabilidad hipotecaria era inferior, por lo que debía

¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Thomson Reuters-Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 710; CORDERO LOBATO, E.: *Tratado de los derechos de garantía*, I (AA.VV.), Cizur Menor, Civitas, 2008, p. 902.

² HERBOSA, Inmaculada: *El despacho de la ejecución hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, 2006, p. 89.

consignarse la diferencia a favor de acreedores posteriores (había intereses de demora, pero no estaban garantizados). La DGRN confirma la calificación registral, entendiendo que, dada la naturaleza del procedimiento judicial sumario, sólo la parte del actor que esté garantizada con la hipoteca puede ser pagada con cargo al precio del remate. La ejecución hipotecaria conllevaría así la cancelación de las cargas posteriores sólo cuando se consignase a su favor la diferencia entre el precio de remate y la responsabilidad hipotecaria, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 131.17 LH³. Como señala GÓMEZ GÁLLIGO⁴, esta Resolución dejó entrever que era así, incluso cuando no hubiera acreedores posteriores, de manera que el sobrante o diferencia entre el precio de remate y la cifra de responsabilidad hipotecaria, si no existieran terceros, debería entregarse al deudor. Por tanto, en el procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH, el pacto de extensión fijaría el alcance de la garantía, también entre las partes, sin perjuicio de admitir que el pacto entre éstas podía ir más allá del límite de los cinco años.

Frente a este criterio, el artículo 692.1.II de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— aclara que en el proceso de ejecución sobre bienes hipotecados puede el acreedor cobrar todo lo que se le deba, salvo que surjan terceros o el deudor esté incurso en suspensión de pagos o quiebra. Es decir, se limita a estos últimos supuestos (que existan terceros o situación de insolvencia del deudor) la posición clásica de la DGRN. Para el autor antes citado, la explicación es sencilla; *«Con ello, la LEC evita al acreedor tener que acudir a otro proceso de ejecución ordinario, cuando el importe reclamado es superior a la cifra de responsabilidad hipotecaria, al menos cuando no existen terceros. Esto es coherente con la propia filosofía de la ejecución forzosa en la ley, ya que entiende que la ejecución hipotecaria no es sino una fase (aunque con especialidades propias) del proceso de ejecución ordinario»*⁵. Es una solución inspirada, por tanto, en razones de economía procesal (STS de 15 de junio de 2004, Rec. 2220/1998; Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de febrero de 2004, Rec. 697/2003; Auto de la Audiencia Provincial de La Coruña de 24 de julio de 2008, Rec. 246/2008), pues el deudor debe todos los intereses devengados, aunque el pacto constitutivo de la hipoteca fije un límite (aún así, para GARCÍA⁶, se trataría de una ejecución distinta por razón del crédito, no propiamente por la garantía, una vez cubierta la ejecución y sus cantidades por razón de la hipoteca).

³ En este sentido, la DGRN en la resolución anteriormente citada al señalar: *«sólo la parte del crédito del actor que esté garantizada por la hipoteca ejecutada puede ser pagada con cargo al precio del remate; el resto deberá obtenerlo el acreedor por la vía oportuna, pero, en ningún caso, con cargo al sobrante del precio de remate por más que el mismo, a falta de otros interesados, correspondiere al deudor»*.

⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, J.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (AA.VV.), Edersa, 2000, VII-6, p. 297.

⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, J.: obra citada *supra*, p. 297.

⁶ GARCÍA, GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, I, Civitas, Thomson Reuters, 2011, p. 1226.

En la misma línea, la distinción entre partes y terceros resulta decisiva para marcar límites a la autonomía de la voluntad en relación con la vertiente temporal del pacto de extensión. Al constituir la hipoteca, las partes pueden pactar que no se extienda a los intereses, o asegure una cantidad mayor o menor que la determinada por la ley. No obstante, frente a terceros, estos pactos están limitados por el artículo 114.1 LH, al disponer que *«en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años»*. Para evitar que indirectamente se asegure una cantidad mayor, el artículo 220 del Reglamento Hipotecario también establece que *«cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses, no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades»*.

En este punto resulta crucial el modo en que se ha redactado el pacto de extensión, por la distinta función que cumple según se trate de partes o de terceros. Sirve de punto de partida la siguiente reflexión de HERBOSA⁷: *«esto sentado, el pacto de extensión, no siendo necesario en ningún caso; cuando se incluye tiene un sentido diferente entre partes y frente a terceros: a) Entre partes, el pacto de extensión permite que la responsabilidad por intereses remuneratorios, dentro de lo garantizado, no sea ilimitada entre las partes, es decir, impide que queden cubiertos todos los intereses que se devenguen durante el plazo de duración de la hipoteca. En otras palabras, no siendo necesario un pacto expreso para hacer extensiva la responsabilidad por encima de los límites previstos en el artículo 114 LH, sí lo es para evitar que queden asegurados ilimitadamente todos los intereses devengados durante el plazo de duración de la hipoteca; b) Frente a terceros, el sentido del pacto es impedir que la cobertura se limite a las anualidades previstas en el artículo 114 LH (es decir, a las dos últimas anualidades y parte vencida de la anualidad corriente) y ampliar el número de las anualidades cubiertas dentro del límite máximo previsto en dicho precepto»* (p. 102).

Aunque no falta alguna resolución judicial que aplica el tope de los cinco años, también entre las partes (STS de 12 de marzo de 1985: *«sobre todo se obtiene del artículo 220 del Reglamento que, en todo caso, impone un límite máximo de cinco anualidades para el supuesto de pactarse una cantidad alzada respecto a los intereses, exista o no tercero»*), no parece imperativa la restricción de los intereses garantizados por el simple hecho de haber pactado una determinada duración. Este resultado dependerá de cómo se haya redactado el pacto, en particular cuando se deje muy claro que el pacto está referido exclusivamente a terceros, y la voluntad de los contratantes es que la garantía cubra entre partes todos los intereses. El problema surge cuando una redacción imprecisa del pacto de extensión, que no distinga con claridad entre partes y terceros, tiene para el acreedor el efecto indeseado de dejar fuera de la cobertura los intereses devengados por encima del límite temporal marcado. En ausencia de terceros, estar dentro o fuera

⁷ HERBOSA, I.: obra ya cit. p. 102.

de la cobertura quizá no tenga demasiada relevancia práctica por el principio de economía procesal que aplica la LEC, pero la situación será muy distinta cuando una norma legal exija la cuantificación exacta de la garantía hipotecaria, pues en rigor no están garantizados.

La distinción entre partes y terceros decae cuando se trata de interés variable, pues la necesaria fijación de un tipo máximo de interés torna la cobertura por intereses en una hipoteca distinta (aunque se constituya e inscriba simultáneamente con el mismo rango) y de naturaleza diferente encuadrada entre las hipotecas de máximo (advierte la STS de 12 de enero de 2015, Rec. 2820/2001, que la hipoteca no se convierte a todos los efectos en una hipoteca de máximo, pero sí que se configura como tal respecto de los intereses). En estos casos, la DGRN no admite distintos límites de evolución del tipo de interés según se trate de partes o de terceros, pues el tope máximo delimita el alcance del derecho real constituido, *«a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario»* (Resolución de 29 de mayo de 2014).

Recientemente, la Resolución DGRN de 21 de diciembre de 2015 ha vuelto a insistir en esta idea: *«debe recordarse que la hipoteca que garantiza los intereses remuneratorios variables no pertenece al tipo de las hipotecas ordinarias o de tráfico, sino a las hipotecas de máximo, por cuanto la propia variabilidad de tipo de referencia determina que se desconozca inicialmente la cuantía a que ascenderán finalmente los intereses ordinarios vencidos. La naturaleza indeterminada o fluctuante de los tipos de interés variables impone, a efectos hipotecarios, la configuración de la garantía de los mismos, aunque lo sea en la misma hipoteca que el principal prestado, bajo la modalidad de una hipoteca de máximo, es decir, que la parte de la responsabilidad hipotecaria que los garantice debe calcularse a partir de la fijación de un tope máximo de interés aunque el de mercado llegare a ser mayor. Como consecuencia de ello, si los intereses devengados exceden de la responsabilidad máxima pactada ... bien por fluctuar libremente o bien por estar afectados por una cláusula techo superior al máximo a efectos hipotecarios, el acreedor no podrá reclamar la cantidad que exceda de esa cifra global, ya actúe contra el deudor o contra un tercero»*.

Tenemos así una limitación por razón de anualidades, donde sí cabe distinguir entre partes y terceros, y otra limitación por razón de la variabilidad a través de la fijación de una cantidad o tipo máximo por razón de intereses, donde no cabe distinguir. En palabras de GÓMEZ GÁLLIGO⁸: *«en este sentido, no hay que confundir: a) la limitación por razón de anualidades, donde sí cabe distinguir entre deudor y terceros. No existe limitación en cuanto al deudor y sí frente a terceros*

⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, J.: obra anteriormente citada, p. 306.

b) la limitación por razón de la variabilidad a través de la fijación de una cantidad o tope máximo por razón de intereses. Aquí no cabe distinguir entre deudor y tercero, dado el principio de accesoriedad de la hipoteca. No cabe diferenciar tipos de interés entre el deudor y los terceros, tienen que ser los mismos. O dicho de otra forma, la cifra de responsabilidad hipotecaria por razón de intereses (sea en cantidad o porcentaje máximo) opera como límite de exigencia tanto con relación al deudor como con relación a terceros; pero tratándose de terceros, tal límite tiene a su vez otra limitación que no opera con relación al deudor: la de que nunca podrá reclamarse una cantidad de intereses (aunque no exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria) que supere cinco años de intereses».

Si combinamos la imposibilidad de distinguir entre partes y terceros cuando se trata del tipo máximo, so pena de tener problemas en la inscripción (Resolución DGRN de 16 de febrero de 1990), con la necesidad antes advertida en sentido contrario de tener que distinguir el alcance del pacto, para no beneficiar al deudor con el pacto de extensión temporal, el resultado final es que se ha de extremar el celo en la redacción de la correspondiente cláusula, para no mermar la cobertura de la hipoteca en ausencia de terceros. Especialmente cuando todo se haga en un mismo apartado de la escritura de hipoteca. El límite por razón del tipo máximo de interés se ha de separar con claridad del límite referido a los años, pues frente al deudor la hipoteca podría cubrir intereses por más de cinco años, pero nunca por un tipo superior al máximo fijado (aunque el real lo haya sido). La situación aún se complica cuando se fija una cantidad máxima global en función de un determinado número de años, incluso sin especificar un número de años concreto, pero siempre igual o inferior al máximo resultante de los cinco años. Como la hipoteca es de máximo, sólo respecto del tipo de interés, no del número de años, la duda es si esa cifra máxima de responsabilidad hipotecaria también limita entre partes la cobertura por intereses, aunque la cifra final sea superior, pero por razón de los años devengados, no del tipo.

Parece que en esta última situación ha de prevalecer el cálculo por años, pues la limitación temporal de los intereses cubiertos con la hipoteca está referida a su fecha de devengo, y no por razón de la cuantía global que resulte del número de anualidades. Frente a tercero, son los intereses efectivamente devengados durante las tres últimas anualidades (ampliables a cinco mediante pacto) y no una cuantía equivalente a ese número de anualidades, aunque se hubiera generado en un período de tiempo más prolongado (Resolución DGRN de 24 de agosto de 1998: «*tan sólo podrá hacerlo [dirigirse contra la finca en perjuicio de terceros] ... por los realmente devengados durante los periodos temporales que señala el artículo 114 LH*»; Auto de la Audiencia Provincial de Zamora de 28 de diciembre de 2007, Rec. 232/2007: «*la cuantía máxima exigible en cada momento será la que resulte de los intereses del periodo de tiempo correspondiente al tipo de interés aplicable en cada periodo*. Es decir, si una vez revisado en el contrato de préstamo el interés pactado resultase que durante los últimos tres años resultase un

interés equivalente al tipo máximo pactado, es evidente que ... la finca hipotecada responderá con el importe máximo asegurado, pero no cuando el tipo de interés devengado en cada uno de los años es inferior ... pues en dicho supuesto sólo responderá de los intereses resultantes de aplicar el tipo vigente en el contrato de cada período»). Por la misma razón, y a la inversa, parece que entre partes la cifra podría ser más alta, pero sólo sobre la base del número de años. No obstante, a propósito de la hipoteca en garantía de préstamos con amortización gradual, algún autor lo hace depender nuevamente de la forma en que se haya redactado el pacto (a propósito de la STS de 12 de marzo de 1991, escribe GARCÍA⁹: «*en relación con la doctrina de esta sentencia, creemos que todo depende de la forma en que se haya pactado la extensión de los intereses en el pacto de constitución de la hipoteca. Si, como ocurría en el caso de esta sentencia, se aludía simplemente “a los intereses de tres anualidades”, cabe interpretar, efectivamente, que no se trata de los tres últimos años, sino que cabe hacer la correspondiente equivalencia en cantidades, como hace esta sentencia. Pero si en el pacto de constitución de hipoteca se alude “a los intereses de las tres última anualidades”, no hay posibilidad de aplicar el criterio de esta sentencia, pues las partes limitaron el tope de reclamación a los tres últimos años prescindiendo del tope de cantidades»).*

2. Interés de demora

Respecto del interés de demora, hay que empezar advirtiendo sobre la distinta naturaleza de su cobertura hipotecaria. Como destacara PEÑA¹⁰, lo que garantiza la hipoteca es el cumplimiento normal de la obligación, tanto del principal como de los intereses si se hubieren estipulado, pero no las consecuencias del incumplimiento, sea éste debido a dolo, culpa o mora. Por tanto, llegado el vencimiento, la pasividad del deudor (o del acreedor) no debe, por sí, afectar al alcance (por naturaleza frente a terceros) de la hipoteca, salvo que se pacte que la hipoteca garantice, además de la obligación principal y de los intereses remuneratorios, los intereses de demora, mediante una hipoteca de seguridad, de las de máximo, que exige una cifra de responsabilidad distinta y separada de la responsabilidad por intereses remuneratorios.

Esta configuración de la responsabilidad por demora como una hipoteca toda ella de máximo incide sobre los dos pactos examinados, el de garantía y el de extensión. En relación con el primero, los intereses moratorios requieren un pacto expreso para su cobertura hipotecaria. Por eso, aunque se haya pactado que el crédito devengue intereses de demora, éstos no se entienden garantizados hipote-

⁹ GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, Civitas, 1994, p. 154.

¹⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales*, tomo II, Fundación registral, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2001, p. 158.

cariamente sin una estipulación expresa que así lo establezca. Además, deberá establecerse una responsabilidad separada y distinta de la correspondiente a los intereses ordinarios y a las costas. No cabe incluir los intereses por demora en una cifra genérica de responsabilidad por intereses, pues se debe diferenciar la cantidad de que responde la finca por cada uno de ellos. En palabras de la Resolución DGRN de 23 de octubre de 1987: *«una y otra obligación por intereses tiene naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta obligación que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero, por exigencia del principio de especialidad (cf. arts. 9.º y 12 de la Ley Hipotecaria), ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos (como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984), ni puede englobarse, tampoco, en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados, deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad».*

Este criterio ha sido reiterado por numerosas Resoluciones de la DGRN, y sólo por citar alguna más reciente puede traerse a colación la de 11 de febrero de 1998: *«que la acción hipotecaria sólo puede ejercitarse para el cobro de cantidades garantizadas por la hipoteca a ejecutar (cfr. resoluciones de 18 de abril de 1952, 27 de julio de 1988), y en el presente caso, aunque se pactara que el crédito hipotecario garantizado devengaría intereses moratorios, no se extendió a ellos la cobertura hipotecaria, de modo que debe rechazarse toda pretensión de cobro de aquéllos con cargo al precio de remate obtenido en la ejecución; sin que quepa estimar ... que pactándose que el crédito devengara intereses de demora, éstos se entienden ya garantizados hipotecariamente hasta el límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de estipulación expresa que así lo establezca».*

En el ámbito judicial también puede verse la STS de 12 de marzo de 1991 [La Ley 1335-JF/0000]: *«en virtud de la exigencia de especialidad (art. 12 de la LH), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos, si pretenden protección hipotecaria, deberá establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con respecto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad».*

Sin pacto expreso de cobertura por intereses de mora, simplemente la garantía no incluye este concepto, y falta cualquier base para intentar colarlos en el tramo

de intereses coincidente con el tipo de los remuneratorios, por razón de su diferente naturaleza¹¹.

Por la misma razón, habiéndose pactado la responsabilidad por ambos conceptos, las responsabilidades aseguradas con hipoteca son estancas, de manera que no puede ejecutarse una con cargo a la garantía establecida para la otra, aprovechando la parte que hubiera dejado vacante (la Resolución de 24 de junio de 2014 rechaza la utilización del exceso de cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto; para la Resolución de 31 de julio de 2014 hay que separar todas las partidas en función de su cobertura específica —«*la cobertura hipotecaria actúa como límite, en consecuencia, no habiéndose garantizado especialmente las comisiones derivadas del aval, las cantidades percibidas por el acreedor por dicho concepto exceden de dicha cobertura. Y ello aun cuando lo pagado sea inferior no sólo a la deuda reclamada, sino al importe que por principal garantiza la hipoteca, pues en este caso no se trata de un exceso cuantitativo del límite de cobertura, sino de que dichas comisiones no están cubiertas con ninguna cantidad, en definitiva, no se aseguraron*»).

Por tanto, si han quedado años por intereses de demora fuera de su específica garantía, no tienen acomodo en los años de intereses ordinarios que no hubiesen sido utilizados, ni siquiera por el tipo inferior del interés ordinario. Esto no significa que deje de aplicarse la regla anterior del artículo 692.1.II LEC, pero lo será por economía procesal, no por razón de la cobertura hipotecaria, que no incluye estos intereses. Por eso, cuando se deba prestar atención específicamente a la extensión «legal» o «pactada» de la garantía, la solución habrá de ser mucho más estricta, pues sin pacto expreso no hay garantía para los intereses de demora.

Si del pacto de cobertura pasamos al pacto de extensión, la primera cuestión es si deben respetarse los límites de los artículos 114.I LH y 220 RH, cuestión que se responde afirmativamente desde las Resoluciones de 1987, y la segunda si dicho límite debe contar conjuntamente para los ordinarios y los moratorios. La Resolución de 22 de junio de 1996 así lo declaró, pero tuvo que ser matizada posteriormente por otra Resolución de 18 de diciembre de 1999. Según esta segunda Resolución: «*la doctrina de este centro directivo de la computación con-*

¹¹ En este sentido: MONSERRAT, A.: «Los intereses garantizados por la hipoteca», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1999, p. 20, que destaca esta falta de cobertura, también frente al deudor hipotecante: ÁVILA NAVARRO, Pedro.: *La hipoteca: estudio registral de sus cláusulas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990, p. 121; muy expresivo MARTÍN DÍZ: *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Granada, 2000, p. 516, al señalar: «*no será pagadera ninguna cantidad por esta partida que sea superior a la específicamente prevista en el título, ni aún recurriendo al subterfugio de calificarlos como parcialmente remuneratorios, puesto que se trata de conceptos distintos que no admiten interpretaciones contrarias a los derechos de terceros implicados*».

junta de los intereses ordinarios y moratorios tampoco es argumento para rechazar la inscripción ahora pretendida, pues, con esa doctrina no se quiere afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios e intereses de demora, más respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones —dentro de los máximos legales— de la garantía hipotecaria, aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros». Expone de forma gráfica cómo se aplicaría este criterio GÓMEZ GÁLLIGO¹²: «es decir, la computación conjunta deriva de que por definición no se pueden solapar los intereses remuneratorios y los de demora (que se producen una vez que cesan aquéllos). Por lo que los cinco años de intereses como límite máximo cubrirá un abanico que va desde cinco años de intereses ordinarios a cinco años de interés de demora, pasando por cuatro años de remuneratorios y uno de demora, tres de remuneratorios y dos de demora, dos de remuneratorios y tres de demora, y uno de remuneratorios y cuatro de demora. Dentro de esta computación, la reclamación correspondiente a intereses remuneratorios no podrá exceder del tipo de interés máximo que se hubiera estipulado; y los intereses de demora no podrán exceder del tipo de interés máximo que por este concepto se hubiera pactado. Esto significa que en la inscripción de la hipoteca bastará consignar que la reclamación por intereses no podrá exceder, sumados los ordinarios y los de demora, de cinco anualidades. Pero nada impedirá —dentro de este límite— que se estipule una cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses que no exceda del límite de cinco años al tipo de interés ordinario pactado y otra cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios que no exceda del límite de cinco años al tipo de interés de demora estipulado».

La doctrina de la DGRN antes indicada sobre la función del máximo hipotecario en el interés variable, que no permite distinguir entre partes y terceros, tiene un efecto expansivo con el interés de demora, pues ahora el máximo se predica de la responsabilidad total por esta modalidad de interés, no sólo por razón del tipo (el tipo de demora puede ser fijo, pero su hipoteca sigue siendo de máximo aunque aquél no fluctúe), lo que engloba necesariamente el cálculo por años. Tanto si se asegura un cierto tipo de interés (ya sea variable o fijo en la demora, pero en el primer caso con indicación de un máximo) por cinco años o menos, como si sólo se pacta una cifra máxima, la cifra global de interés garantizada es siempre la representación numérica de la cuantía máxima de interés que se devengará en el plazo máximo de cinco años. Por eso, el criterio de la DGRN sobre la eficacia del máximo habría de impedir que *inter partes* pudieran reclamarse todos los intereses devengados, pues se ha de estar siempre al tope de la responsabilidad hipotecaria. En la práctica judicial, sin embargo, la situación no es tan clara, y pueden

¹² GÓMEZ GÁLLIGO, J.: obra cit., p. 308.

encontrarse casos en los que se admite la reclamación por encima de ese límite (Auto de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de abril de 2002, Rec. 462/2001), como en sentido contrario (Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de enero de 2004, Rec. 7206/2003).

Por último, como normalmente se ejecuta la hipoteca cuando el préstamo ya está vencido y el deudor incurso en mora, cobra especial relevancia práctica el modo de contar el período de tiempo cuyos intereses están cubiertos por la garantía. Parece claro que es un momento del proceso de ejecución, pero las dificultades surgen a la hora de precisarlo. Según la opinión mayoritaria, el momento inicial del cómputo es el de la presentación de la demanda ejecutiva¹³. A partir de ese momento, los años cuentan hacia atrás. Hacia delante empezaría la mora judicial y los intereses que se devenguen durante el procedimiento quedan cubiertos por la garantía hipotecaria. Las dudas surgen a la hora de computarlos o no para determinar el tope, con el resultado práctico de que estos intereses, normalmente sólo intereses moratorios, podrían quedar garantizados en perjuicio de tercero sin ninguna limitación temporal. El interés de demora se convierte entonces en interés judicial desde la presentación de la demanda hasta la liquidación de la subasta, y no necesitaría garantía hipotecaria al tener directo fundamento legal (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 1991, transcrito por MONTERO¹⁴: *«el problema consiguiente se reduce a los intereses devengados a partir de la interpelación judicial que ascendieron conforme a la oportuna liquidación efectuada por el secretario judicial a ... pesetas, costas y cantidad solicitada por interés de demora. El primer concepto plantea la cuestión relativa a si los intereses judiciales han de quedar incluidos o excluidos del tope legal, extremo que la más autorizada doctrina resuelve en sentido excluyente entendiendo que la reclamación ejecutiva fija el tope legal, por entender que la demora forzosa que el procedimiento judicial implica no puede perjudicar al acreedor, dado que se encuentra imposibilitado a hacer más de lo que hace, por lo que el límite debe quedar fijado al tomar estado la ejecución, sin transportarse al cómputo legal tanto como dure el procedimiento»*). En contra, otros autores consideran que los intereses devengados durante el procedimiento no deben quedar fuera del límite, y por eso proponen como punto de referencia el momento en que cesa el devengo de intereses, que normalmente coincidirá con el de la subasta¹⁵.

¹³ MONTERO AROCA, J.: *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 583.

¹⁴ Ídem, p. 584.

¹⁵ MONSERRAT, A.: obra cit., p. 49; sobre la necesidad de respetar el límite, v. AAP de Albacete de 30 de abril de 2001, Rec. 57/2001: *«el procedimiento judicial sumario previsto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria se caracteriza por constituir su objeto la estricta responsabilidad hipotecaria derivada de la garantía real del inmueble sobre el que se constituye, de tal modo que ha de cuantificarse y delimitarse no sólo el crédito a cuya garantía se constituye, sino también el alcance exacto de los intereses, de tal modo que ha de especificarse en el título hipotecario la cantidad de que se responde por cada concepto garantizado, quedando extramuros de este procedimiento el exceso que pudiese resultar sobre la cantidad especificada en cada caso, por lo que si en el supues-*

En mi opinión, la solución correcta es computar hacia atrás desde la demanda, pero admitir la demora judicial, sólo hasta el límite cuantitativo que representa la cifra de responsabilidad por demora y únicamente cuando se hubiera pactado. El ejecutante habrá de presentar la correspondiente liquidación correspondiente a los intereses devengados después, pero siempre dentro del límite pactado. Puede no ser responsable de la demora, pero los otros interesados tampoco deben soportar el perjuicio que el retraso añade en forma de una disminución del eventual sobrante. El fundamento legal permite su devengo, incluso en ausencia de pacto expreso (arts. 575 y 576 LEC), pero nunca la ampliación de los límites de la cobertura hipotecaria (en este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 12 de diciembre de 2006, Rec. 452/2006: *«no cabe acoger la apelación en la petición que efectúa el acreedor hipotecario de retener las sumas por las que respondían las fincas frente a tercero de la hipoteca por los conceptos de intereses y costas, pues tiene razón el auto impugnado en cuanto las mismas no son líquidas y han de ser objeto de liquidación y tasación, y la entrega de las sumas se debió a un error del propio Juzgado. Téngase en cuenta además que ni la liquidación de los intereses moratorios ni la tasación de las costas pueden hacerse de oficio, debiendo ser la propia parte apelante la que presente la propuesta de liquidación de los intereses y solicite la tasación de las costas causadas, por lo que si todavía ni los unos ni las otras se encuentran determinados no es sino imputable al propio apelante acreedor, sin que quepa confundir el máximo del que responde cada finca por uno u otro concepto con la realidad de la deuda devengada en cada caso, que puede resultar inferior al máximo garantizado»*).

3. Concepto de tercero

Llegados a este punto hay que precisar el concepto de «tercero», cuya aparición tantas consecuencias desata. Hay un «núcleo duro» que ofrece pocas dudas, ya desde los tiempos de la LH de 1861. Indudablemente lo es el tercer adquirente del dominio con posterioridad a la constitución de la hipoteca (sin necesidad de cumplir todos los requisitos del art. 34 LH, en particular la buena fe¹⁶), o que adquiriera cualquier derecho real limitado sobre la finca e inscriba su derecho. Los dudas surgen cuando se quiere extender el concepto a otros interesados en el bien

to de autos claramente se especificó en el título hipotecario ... las cantidades máximas por los respectivos conceptos de intereses remuneratorios ... ptas. y de demora ... ptas. no cabe exigir en este procedimiento cantidad que exceda de tales máximas por los respectivos conceptos. Razones que exigen confirmar el Auto recurrido quedando a salvo el derecho de la parte acreedora para reclamar el resto en el procedimiento adecuado»; v. también el AAP de Les Illes Balears de 5 de abril de 2002, Rec. 462/2001, que frente a la alegación de la parte apelante de que la liquidación de intereses debía comprender todos los devengados hasta la adjudicación al tipo pactado, afirma que la limitación señalada en el título, tanto en lo referente a los intereses remuneratorios como los de demora, sólo contaría «desde el momento de la ejecución hacia atrás».

¹⁶ Díez PICAZO, Luis: «La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada», diario *La Ley*, 1992, núm. IV, p. 950.

que no han intervenido en el contrato, ni en la constitución de la hipoteca, especialmente por la exigencia de haber inscrito su derecho. Así, SANCHO REBULLIDA, en su obra «Elementos de Derecho Civil»¹⁷, afirmó que «no está claro si el tercero protegido por ese precepto es sólo el tercero hipotecario ... o también los terceros civiles acreedores ordinarios que no puedan, de otro modo, satisfacer su crédito». En la revisión de esta obra realizada por LUNA en 2001¹⁸, se añade: «también los acreedores ordinarios del mismo deudor, máxime en insolvencia parcial del mismo. Por su parte, PEÑA¹⁹ habla de un tercero interesado a quien puede perjudicar la afección; REY²⁰, de «simples acreedores con anotación o incluso sin ella» («la plus petición por encima de la cifra de distribución no sólo debe detenerse ante el adquirente del dominio o de sus desmembraciones y de un derecho real limitativo, fundamentalmente de garantía, sino también ante cualquier interesado en los bienes hipotecados —en especial anotantes ulteriores—, cuya innecesariedad de inscribir viene robustecida por el silencio al respecto del art. 121 LH»; GARCÍA²¹, de «acreedores posteriores» («en cuanto a la extensión de la hipoteca a los intereses y al tope del artículo 114 LH respecto a tercero, ése no es solamente el tercer poseedor de la finca hipotecada, sino otros titulares y acreedores posteriores»; CLEMENTE MEORO²², de «cualquier interesado» («los artículos 114 y 115 no distinguen entre tercer poseedor y otros terceros, limitando aquel concepto y que extienden su protección tanto al adquirente de la finca hipotecada como al de cualquier otro derecho real de la misma e incluso, por analogía con el artículo 116 de la ley hipotecaria, a cualquier interesado en los bienes hipotecados», y CARPI²³ de «acreedores del propietario» («la amplitud de la expresión “tercero interesado en dichos bienes” [del art. 146 LH] es indudable, y puede dar cabida a todos aquellos a los que el bien hipotecado pueda reportar alguna utilidad aunque no ostente un derecho directo sobre el mismo —por ejemplo, los acreedores del propietario—»). Pero el hito más revelador de esta línea expansiva ha sido la STS de 8 de febrero de 2007, Rec. 864/2000: «la doctrina ha estudiado este artículo y siempre ha tratado el tercero como tercer adquirente, planteándose si debe tener que inscribir su derecho o si debe reunir los requisitos del artículo 34. Pero no ha prestado atención al supuesto de que el tercero sea persona no adquirente, sino simplemente un tercero interesado al que le afecta la hipoteca. Tampoco se ha planteado en la jurisprudencia; las sentencias que se

¹⁷ SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil*, III-2 (AA.VV.), 1980, p. 165.

¹⁸ SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil*, III-2 (AA.VV.), edición revisada por A. LUNA SERRANO, 2001, p. 236.

¹⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: obra ya cit., p. 156.

²⁰ REY PORTOLÉS, J. M.: *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1995, p. 37.

²¹ GARCÍA GARCÍA, J. M.: últ. loc. cit., p. 125.

²² CLEMENTE MEORO, M. E.: «El tercer poseedor del bien hipotecado como tercero adquirente», *Revista General de Derecho*, núm. 579, 1992, p. 11287.

²³ CARPI MARTÍN, Rebeca: *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Colegio de Registradores, 2002, p. 114.

refieren a este tema, sólo contemplan también el caso del adquirente. Desde luego, el artículo 114 se refiere a tercero, no a tercer adquirente ni al tercero hipotecario del artículo 34; no puede el intérprete reducir un concepto que no reduce la ley, ni distinguir lo que ella no distingue, tanto más cuanto el artículo 146 se refiere a lo mismo y, explícitamente, señala la posibilidad de que exista un tercero interesado, sin exigir que sea un tercero adquirente. En definitiva, el artículo 114 se refiere a tercero que adquiere o el tercero hipotecario; es el tercero interesado a quien pueda perjudicar que se realice la hipoteca sobre todos los intereses sin costas con el límite de los dos años que impone esta norma».

Tratándose de titulares de un derecho de crédito que hayan obtenido anotación preventiva de embargo, no hay duda que están incluidos en el concepto de tercero, pues lo impone el artículo 692.1 LEC («indudable» para MONTERO²⁴; téngase en cuenta que esta anotación no altera la naturaleza de la obligación, no convierte en real la acción que no tenía tal carácter). Con anterioridad a la LEC se deducía lo mismo del artículo 131.16 LH, que les concedía derecho al sobrante, y del hecho que los terceros perjudicados a los que se refiere el artículo 114 LH son precisamente los que tienen derecho al mismo²⁵. En este sentido puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2001: «esta es la tesis seguida por la Jurisprudencia menor al razonar que el tercero que ha de beneficiarse de la limitación de garantías contemplada por el art. 114 LH, ni puede identificarse con el tercero hipotecario del art. 34 LH, ni se circunscribe al tercer poseedor o tercer adquirente de la finca hipotecada de que habla el primer párrafo de la regla 5.ª del art. 131 LH, sino que con mucha mayor amplitud tercero a estos efectos es todo titular de un asiento posterior que haya de resultar afectado por la purga hipotecaria regulada en la regla 17.ª, esto es, no sólo los titulares —que menciona el párrafo 2.º de la regla 5.ª— de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca objeto de ejecución sino también, como dice el art. 225 RH con mayor grado de generalidad, todos aquellos titulares que por su rango, deban declararse extinguidos al realizarse el crédito hipotecario y que los hubieran inscrito con posterioridad a la hipoteca, entre los que dicho precepto menciona, expresamente, a los anotantes posteriores»²⁶.

²⁴ MONTERO AROCA, J.: obra ya cit., p. 581.

²⁵ Como señala MONSERRAT, A.: obra cit., p. 60, «el perjuicio está en que cuantos más intereses se paguen con el precio del remate menos sobrante les queda»; en el mismo sentido Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de abril de 2001, Rec. 1239/1999: «es evidente que, si se abona más por este concepto, correlativamente el sobrante que resulta, y que es el que se les entrega, deviene inferior».

²⁶ Citada por MONTERO AROCA, J.: obra ya cit., p. 580, junto con otras; también el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de noviembre de 1995 [Aranzadi Civil 2299]: «como terceros protegidos por el tope legal de intereses que establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria han de ser entendidos no sólo los que con posterioridad a la hipoteca ... hayan adquirido el dominio o un derecho real sobre la finca hipotecada ... y todos aquellos que ... sin haber adquirido ... derecho real alguno ... sean titulares de anotaciones posteriores a la inscripción de dicha hipoteca o de otros derechos que deban declararse extinguidos al realizarse el crédito preferente y

La cuestión aún se puede llevar más lejos y cuestionar hasta qué punto es necesaria la anotación registral. La siguiente reflexión de MONSERRAT²⁷ delimita con gran precisión los términos del debate: *«se podría defender la inclusión, dentro del tercero del artículo 114 LH, de cualquier acreedor, aunque no haya obtenido anotación de embargo. Si la finalidad del límite del artículo 114 LH es fijar frente a terceros que contratan con el deudor la solvencia real, con la finalidad de facilitar el tráfico jurídico, también los acreedores personales serán terceros. Pero hay un obstáculo: el tercero del 114 ha de poderse cobrar con el sobrante. En efecto, si el acreedor hipotecario puede cobrarse con el precio del remate la totalidad de los intereses remuneratorios garantizados por la hipoteca cuando no hay perjuicio de tercero, éste ha de tener derecho al sobrante, ya que de otra manera no podría salir perjudicado. Y un acreedor que no ha obtenido una anotación de embargo sobre la finca hipotecada no tiene derecho al sobrante. No tiene mayor derecho sobre esa suma que el que tenga sobre cualquier otra que esté en el patrimonio del deudor. Ahora bien, aunque no tenga derecho al sobrante en cuanto tal, sí podría tenerlo en cuanto que, por ejemplo, haya obtenido un mandamiento de embargo una vez enajenada la finca en el procedimiento judicial sumario y el juez decretase que recayera sobre el posible sobrante. En este caso, no veo razón para negarle el concepto de tercero al que ha obtenido un embargo no sobre la finca, sino sobre el sobrante».*

Realmente tercero es todo el que no ha intervenido en el contrato, y en este sentido también otro acreedor personal del deudor. El problema, para él, es que de alguna manera necesita interferir en el procedimiento para evitar que todo el sobrante quede para el acreedor ejecutante —y, en su caso, el deudor—. En este sentido la inscripción/anotación de su derecho en el Registro de la Propiedad parece muy conveniente (según la STS de 24 de julio de 2000, Rec. 2389/1995, no ha de ser necesariamente antes de la nota de expedición de la certificación de dominio y cargas), sobre todo porque posibilita el posterior control del registrador, pero no es imprescindible (ejemplos de cómo controla el registrador que no se ha superado la cantidad asegurada pueden verse en las Resoluciones DGRN de 27 de julio de 1998, de 24 de junio de 2014, de 31 de julio de 2014 y de 11 de marzo de 2014). La distribución del sobrante debe hacerse con todos los que tengan la condición de acreedores y así se manifiesten, aunque no hayan promovido previamente una tercería de mejor derecho, que tendría un objetivo distinto²⁸. Por

hubiera inscrito sus derechos con posterioridad a aquélla»; y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2010, Rec. 361/2009, al hablar genéricamente de «acreedores posteriores».

²⁷ MONSERRAT, A.: obra cit., p. 60.

²⁸ Para OLIVER LÓPEZ, C.: *El Proceso Civil*, VII (AA.VV.), Valencia, 2001, p. 5712, por el hecho de que en el procedimiento de ejecución directa no se haga referencia a la tercería de mejor derecho, no cabe rechazar la posibilidad de su interposición; para MARTÍN DÍZ: *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Granada, 2000, p. 502, es la vía exclusiva para acreditar la condición de acreedor preferente al ejecutante.

eso, como señala DOMÍNGUEZ²⁹, el criterio de distribución del remanente no puede ser únicamente el de la prioridad registral, sino el que se derive de la normativa sobre preferencia y prelación de créditos (arts. 1921 y ss. CC), o de la normativa concursal, si fuere el caso (sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de junio de 2008, Rec. 783/2007: el art. 692 LEC no nos está diciendo quiénes son esos acreedores posteriores, *«lo único que sí concreta es que se trata de titulares de derechos que tengan constancia registral —atendido el tipo de proceso que se está regulando—, sin que por ello nos esté indicando que los titulares de derecho sin reflejo registral pierden la posición o rango que puedan ostentar, ¿quién nos va a decir qué acreedores tienen derecho sobre ese exceso? pues el CC, al regular el concurso y prelación de créditos»*).

Por expresarlo de una forma gráfica, y sin pretender con ello mucho tecnicismo, podríamos hablar de un tercero procesal y de un tercero registral. En potencia cualquier acreedor personal del deudor individualmente considerado tiene capacidad para convertirse en tercero a los efectos del artículo 114 LH, pero necesita articular una pretensión adecuada a tal fin, pasar de la potencia al acto. No basta con ser un tercero genérico, hay que dejarse ver de algún modo en el proceso de ejecución para conseguir que el límite por intereses se active. La forma más efectiva es convertirse en tercero con presencia en el mismo Registro de la Propiedad, normalmente mediante la correspondiente anotación preventiva de embargo. Pero no es un requisito ineludible, aunque sí muy conveniente por razones de mera operatividad. Como destacó la Resolución DGRN de 23 de septiembre de 2002, el tercero ha de constar en el procedimiento, bien por la certificación de cargas (entonces, tercero registral), bien, porque, advertidos por la nota de expedición de esta última, ha comparecido por su propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante (entonces, tercero procesal). Un tercero activo, en modo alguno silente, pero en absoluto sólo un tercero hipotecario o un tercer adquirente.

4. Sobre el binomio deuda/garantía

Tras todo lo expuesto, se hace evidente el divorcio existente entre Matemáticas y Derecho. La fijación de los intereses devengados, ya sean ordinarios o/y de demora, es una simple operación de cálculo, de resultado exacto y unívoco a la vista de una serie de datos (principal, tiempo, porcentaje). Ese cálculo financiero nos da la medida precisa de la obligación que soporta el deudor. Pero esto poco tiene que ver con el alcance de la garantía, sometida a otras exigencias de orden estrictamente jurídico, y que normalmente provoca que ambas cifras no coincidan (la divergencia es tan acusada, que algunos autores afirman la existencia de dos títulos ejecutivos, uno la escritura pública en la que se documenta el derecho de

²⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: obra cit., p. 712.

crédito y otro la escritura en la que se constituye la hipoteca, siempre que esté inscrita, pues *«el que normalmente uno y otro acto jurídico aparezcan bajo la forma de una sola escritura ... no debe esconder la realidad de la existencia de dos negocios jurídicos y, en sentido material, de dos escrituras públicas»*). Para remachar esta idea, vale la pena añadir otros dos ejemplos del extremo rigor con que se configura la cifra de responsabilidad.

El primero sería el caso del acreedor que reclama en la ejecución la totalidad de la deuda, pero al haber concluido la subasta sin ningún postor, y en aplicación del artículo 671 LC en su redacción anterior, consigue la adjudicación del bien por la cantidad debida por todos los conceptos. Pues bien, si la cifra de responsabilidad hipotecaria es inferior a la deuda, el acreedor se puede encontrar con la muy desagradable sorpresa de tener que consignar la diferencia. No es infrecuente que, en estos casos, el sorprendido acreedor pretenda, sin éxito, renunciar al exceso, para evitar que le toque pagar en un proceso donde sólo pretendía cobrar (Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz de 12 de febrero de 2008, Rec. 77/2007: *«debe rechazarse la pretensión del apelante de renunciar en suma al cuestionado exceso en el presente procedimiento ya que ... el principio de especialidad, que fortalece la seguridad jurídica en el derecho registral, impide tal extensión de la hipoteca por más que sea condonado el cuestionado exceso, puesto que ello es confundir en suma el ámbito del crédito garantizado y la hipoteca que lo asegura, con la extensión pactada para el préstamo, como derecho personal de carácter obligacional que no determina automáticamente la misma extensión del derecho real de cobertura hipotecaria constituida»*; Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 26 de abril de 2013, Rec. 774/2011, *«si no existen acreedores posteriores con derecho inscrito o anotado y no se encuentra el deudor en situación de suspensión de pagos, concurso o quiebra, no habrá de hacerse consignación alguna, en efecto, el acreedor que solicitó la adjudicación; pero si el caso es el contrario sólo podrá quedar eximido de consignar el “valor de adjudicación” respecto a las responsabilidades garantizadas con la hipoteca que se ejecuta, debiendo consignar el resto»*).

En segundo ejemplo es el acreedor hipotecario que decide ejercitar su acción personal por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario y perseguir otros bienes para resarcirse de la deuda, y que al ser insuficientes ejercita su acción real contra el bien hipotecado dentro del mismo procedimiento ordinario. Según la reciente Resolución DGRN de 14 de diciembre de 2015 será necesaria la previa anotación de embargo sobre el bien ejecutado —e hipotecado—, anotación que corresponderá al total de la deuda, muy posiblemente por encima de la cifra garantizada en la hipoteca. En este caso, aunque se ejecute la hipoteca, la preferencia sobre las cargas intermedias —entre la hipoteca y la anotación— *«lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria»*. Obsérvese que la hipoteca

casi recibe peor trato que la anotación de embargo, pues la cantidad que consta en la anotación no siempre constituye el límite de responsabilidad del bien trabado, sino que todo él queda afecto por el embargo al íntegro pago del crédito perseguido en el proceso, y por eso es posible en ocasiones aumentar la cantidad prevista en concepto de intereses devengados (art. 613 LEC y Resolución de 14 de junio de 2011). Por el contrario, la ampliación de una hipoteca ya inscrita con incremento de responsabilidad hipotecaria supone en la práctica que existen dos hipotecas, cada una con el rango correspondiente a su propia responsabilidad, pues la nueva cifra no puede beneficiarse del rango de la primera (Resolución de 29 de octubre de 2013).

Hemos de partir así de la separación entre deuda y garantía, y asumir que esta segunda puede quedar muy por debajo del importe de la primera. Unas veces ocurrirá por la posible aparición de otros interesados, identificados genéricamente como terceros, y de nada sencilla concreción. Otras por el procedimiento que escoja el acreedor para articular su reclamación, pues dispone de diferentes mecanismos para obtener la satisfacción de su crédito (ejecución común u ordinario de la LEC y el de ejecución especial hipotecaria de los arts. 681 y ss. LEC). Pero, también, por el mayor o menor acierto en la redacción del título constitutivo, ante las exigencias formales que impone nuestra práctica registral, en aras de un principio de especialidad que en su desenvolvimiento posterior obliga a sopesar cuidadosamente cada palabra utilizada, según se haya reflejado en la inscripción. Una redacción poco cuidadosa del título puede tener consecuencias inesperadas para el acreedor cuando llegue el momento de hacer valer su garantía³⁰. Pero no debemos olvidar que normalmente el acreedor habrá sido el predisponente de un clausulado redactado según condiciones generales de su contratación, al cual el deudor simplemente se adhiere. En ese caso, el acreedor, o quien traiga causa del mismo, debe soportar las consecuencias de aquel descuido, *sibi imputet*.

III. RESPECTO DE LA QUIEBRA/CONCURSO

1. El alcance de la garantía hipotecaria

Entramos ya en la interpretación del artículo 884 CCom de 1885 (*«desde la fecha de la declaración de quiebra dejarán de devengar interés todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía»*), precepto que ha de leerse en paralelo con el artículo 1916.I CC de 1889, que vino a establecer pocos años después para el concurso civil una regla similar (*«desde la fecha de la declaración de concurso dejarán de*

³⁰ Sorprende que las asesorías jurídicas de las entidades de crédito padezcan estos olvidos, pero los tienen; ejemplos reales en YSÁS SOLANES, María: *El contrato de préstamo con garantía hipotecaria*, «La Ley», 1994, p. 123.

devengar interés todas las deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance su respectiva garantía»). Se ha escrito con razón que esta excepción a favor del crédito hipotecario se explica porque dicho crédito puede reclamarse separadamente, pues no pasa a formar parte de la masa pasiva de la quiebra³¹. Por eso conviene recordar muy brevemente cómo funcionaba esa posibilidad de ejecución separada.

Desde la perspectiva del Derecho material, sólo para la prenda posesoria y la hipoteca naval llegó a formularse históricamente una regla que claramente conferiría al acreedor un derecho de «separación» en forma de ejecución separada (art. 918 CCom, art. 39.3.º Ley de Hipoteca Naval). En el ámbito del Derecho procesal, las cosas resultaban un poco más claras. Respecto de los procedimientos civiles, los artículos 1135 y 1136 LEC de 1881 señalaban que las ejecuciones pendientes contra el deudor declarado en quita y espera no se acumulaban a este procedimiento, pero suspendían su curso cuando el deudor lo solicitara del juez competente para aquélla. Sin embargo, tratándose de ejecuciones despachadas contra bienes especialmente hipotecados no operaba la suspensión, de manera que seguían hasta terminar con la satisfacción del acreedor y sin ningún contacto con el expediente. Mientras tanto, de los artículos 166, 1003, 1173, 1186 y 1187 LEC de 1881 resultaba que al juicio de concurso se acumulaban todas las ejecuciones pendientes contra el concursado, con la excepción de las ejecuciones en las que se persigan solamente los bienes hipotecados. En relación ya con la quiebra, el artículo 1379 LEC de 1881 simplemente remitía al régimen del concurso de acreedores. Todas estas normas son anteriores a la introducción del procedimiento judicial sumario por la reforma de la LH de 1909, pero coinciden en el tiempo con una regla fundamental de la legislación hipotecaria.

Tanto el CCom de 1829, como las leyes procesales de 1830 y 1855, conviven todavía con las contadurías de hipoteca creadas por Real Pragmática Sanción en 1768. Tampoco la situación cambia mucho en este punto con la LH de 1861, cuyo artículo 133 se limita a facilitar la ejecución de la hipoteca. El verdadero cambio se introduce en la LH de 1869, que añade al artículo 133 el siguiente inciso final: *«no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero si no estuvieren fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor, o del tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos»*. La posterior reforma de la LH por la Ley de 21/04/1909, que más tarde daría lugar a la LH de 1909, adapta esas normas a la existencia del nuevo procedimiento especial. Así, el artículo 127.VII LH, referido al juicio ejecutivo seguido contra el bien hipotecado conforme a las disposiciones de la LEC 1881 —no el judicial sumario—, señalaba que no se suspenderá *«ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos»*. Respecto del procedimiento sumario, el artículo

³¹ CORDÓN MORENO, F.: *Suspensión de pagos y quiebra*, Aranzadi, 1997, p. 239.

lo 132 incorporaba la misma regla, mientras que el artículo 135 señala que no eran acumulables entre sí los autos del procedimiento sumario, ni tampoco al juicio universal.

La siguiente cita de RIVES Y MARTÍ³² refleja bastante bien el desarrollo de los hechos: *«por la Ley del 55 y aún antes de ella, los juicios ejecutivos se acumulaban a los universales aunque en aquellos sólo se persiguieran los bienes especialmente hipotecados, sujetándose al procedimiento del ab-intestato, testamentaria, concurso o quiebra, si bien se graduaba el crédito con la preferencia que le daba la hipoteca. Esta doctrina, que creemos más ajustada que la actual al principio de unidad de acción que informa el estado general, absoluto e indivisible creado por la declaración de concurso o de quiebra, continuó rigiendo aún después de la Ley Hipotecaria de 1861: pero al ser ésta reformada en 1870, a pretexto de favorecer el crédito territorial se modificó esencialmente, adicionándose el art. 133, que en su último inciso dispone, con referencia a la ejecución despachada contra los bienes especialmente hipotecados, “no se suspenderá en ningún caso el procedimiento ejecutivo por las reclamaciones de un tercero, si no estuviesen fundadas en un título anteriormente inscrito, ni por la muerte del deudor o del tercer poseedor; ni por la declaración de quiebra, ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos”.* La jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo fue admitiendo esta innovación, y la actual Ley de Enjuiciamiento civil la elevó a precepto legal en su art. 166».

El resultado fue la falta de integración en la masa pasiva de los créditos con garantía hipotecaria, que tampoco eran objeto de comunicación, ni quedaban afectados por la mora del artículo 1279 LEC de 1881. Circunstancia a la que debía añadirse que las declaraciones de concurso y de quiebra determinaban inmediatamente el vencimiento anticipado de las obligaciones del concursado, lo que permitía la realización inmediata de la garantía (arts. 1915 CC y 883 CCom). Pero el principal problema radicaba en que todos estos preceptos aislados de la LEC y la LH que presuponían la continuación estaban referidos a supuestos de ejecución hipotecaria ya iniciada. Aunque no faltaron autores ni decisiones judiciales para los que el bien hipotecado, desde la declaración de quiebra, debía ejecutarse en la misma y ejercer en ella el derecho de prelación, la opinión mayoritaria se inclinaba por evitar la manifiesta contradicción de valoración que suponía hacer depender el modo de satisfacción del acreedor del momento en que hubiera iniciado la ejecución³³. En este sentido puede verse la amplia y detallada argumentación de la STS de 12 de diciembre de 2001, Rec. 2548/1996, posterior a la vigente LEC, pero aplicando la normativa anterior.

³² RIVES Y MARTÍ, F.: *Teoría y Práctica de actuaciones judiciales en materia de Concurso de Acreedores y Quiebras con sus preliminares Quita y Espera y Suspensión de Pagos*, 1904, p. 281.

³³ BELTRÁN, Emilio M.: *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, I (AA.VV.), MUÑOZ CERVERA y NIETO CAROL (Coords.), Civitas, 1996, pp. 261 y ss.

La LEC de 2001 vino a unificar las reglas aplicables y a solventar algunas de esas dudas interpretativas, aunque siguieran vigentes las mismas normas del CCom y el CC. El resultado fue un refuerzo claro del crédito hipotecario en cuanto a la posibilidad de su ejecución separada, tanto antes como después de la declaración de quiebra y el establecimiento del sistema de purga total en la ejecución hipotecaria. Así, cuando *«sólo se persigan bienes hipotecados ... en ningún caso se incorporarán al proceso concursal ... cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución»* (art. 98.1.1.II LEC). Por su parte, el artículo 568 LEC dispuso de modo claro que el Tribunal no suspendería la ejecución singular en situaciones de suspensión de pagos, concurso o quiebra, cuando *«ésta se limitare a los bienes hipotecados ... en garantía de la deuda reclamada, ni la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra dichos bienes, el cual seguirá hasta la satisfacción del acreedor y, en su caso, de los acreedores hipotecarios posteriores, dentro de los límites de sus respectivas garantías, remitiéndose el remanente, si lo hubiere, al procedimiento concursal»* (v. también arts. 672.1.II y 692.2.II LEC). Asimismo, y atendiendo a la nueva redacción de los artículos 131 y 134 LH, también se cancelaría la anotación preventiva de quiebra posterior a la hipoteca, salvo aquella con período de retroacción que le afecte, anotada antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, ya que entonces el mejor postor conoce la posible nulidad de la hipoteca.

Con estos antecedentes referidos a la vinculación de la hipoteca —mejor, su ejecución— con la quiebra, la duda que ahora se nos plantea es si la extensión de la *«respectiva garantía»*, que indirectamente también marca el alcance de una posible ejecución separada, viene determinada exclusivamente por el valor de realización efectivo del bien hipotecado, de modo que todo lo que pueda pagarse con el remate queda cubierto por la garantía, o por el contrario si la *«garantía»* ha de sufrir algún tipo de restricción exógena por razón de la legislación hipotecaria. En este segundo caso podría quedar un sobrante para la quiebra y el exceso del crédito por intereses sometido a la regla de la suspensión.

No es una cuestión que hayan analizado con mucho detalle los tratadistas clásicos de la quiebra. Así, RAMÍREZ³⁴, sólo destaca que la suspensión opera, *«una vez agotada la misma [la garantía], de tener que acudir para el pago al restante patrimonio del quebrado»*. La cuestión es dónde y cómo se decide que la garantía ha quedado agotada, y parece que la respuesta sólo puede buscarse en la disciplina de la misma garantía, es decir, en la legislación hipotecaria. Desde una perspectiva histórica resulta en este sentido de gran interés el *Proyecto de Ley sobre procedimiento de quiebra*, del que dan cuenta MOTOS y BLANCO³⁵, docu-

³⁴ RAMÍREZ, J. A.: *La quiebra*, II, Barcelona tanto en la primera edición de 1959 (p. 270), como en la segunda de 1998 (p. 1068).

³⁵ MOTOS, Miguel, y BLANCO, Jesús: *Centenario del Código de Comercio*, II (AA.VV.), 1991, p. 57.

mento que fechan alrededor del año 1861, en todo caso ya con la primera LH, y cuya autoría imputan al vocal de la Comisión General, Luis DÍAZ PÉREZ. Este texto propone dejar los créditos garantizados con hipoteca fuera de la prohibición del devengo de intereses, pero sólo en cuanto a los dos últimos años, y lo justifican del siguiente modo: *«excepción que justifica también la necesidad de poner en armonía ambas leyes, pues la hipotecaria no permite en ningún caso que la situación especial del deudor influya ni modifique los derechos reales inscritos, así respecto del principal de la deuda como de los intereses estipulados que correspondan a los dos últimos años»*.

Algo más precisos son los exégetas de la norma paralela del CC, que suelen recurrir al artículo 114 LH para concretar el alcance de la garantía³⁶. Algunos, incluso, contemplando sólo el límite de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente, sin prestar atención a su posible ampliación —limitada— por pacto a cinco años³⁷. Muy significativa resulta la evolución del pensamiento de GULLÓN, que en el tomo XXIV de los cometarios al CC de la editorial EDER-SA del año 1984 no duda que los intereses asegurados por la hipoteca o cubiertos por ella *«son todos mientras el inmueble permanezca en poder del concursado»*; para el autor el artículo 114 LH *«es claro en el sentido de que esa limitación de la garantía hipotecaria respecto a los intereses actúa cuando después de constituida la hipoteca aparezca un tercer adquirente o titular de derecho real exclusivamente»* (p. 675). Sin embargo, algunos años más tarde, en los comentarios del CC que editó el Ministerio de Justicia en 1991, el mismo autor admite que esa interpretación puede ser dudosa: *«se dice que siguen devengando intereses “hasta donde alcance su respectiva garantía”, y ello plantea la cuestión, respecto de los créditos hipotecarios, a si se alude al límite del art. 114 LH o, por el contrario, el art. 1916 se refiere a toda estipulación entre deudor y acreedor hipotecario sobre intereses, sin ninguna limitación. Dado que el art. 114 LH establece literalmente la limitación de intereses a favor de cualquier tercero, podría sostenerse que el art. 1916 se refiere implícitamente a tal límite, porque es hasta el mismo donde alcanza la garantía hipotecaria. Sin embargo, esta tesis no es segura, ya que la jurisprudencia conecta el art. 114 LH con la protección del adquirente de finca hipotecada o titular de algún derecho real sobre la misma»* (p. 2061).

Pero la interpretación de este último autor no pretende configurar el artículo 1916 CC como una norma especial delimitadora del alcance propio de la *«garantía»* en situación de concurso/quiebra, sino que descansa en una determinada interpretación del tercero del artículo 114 LH proveniente del Derecho común de la hipoteca. Más precisamente en la interpretación que en ese momento se venía haciendo del mismo, aunque tampoco era unánime. Por eso buena parte de esas dudas han quedado resueltas con carácter general por la más moder-

³⁶ Así, SCAEVOLA, Mucius: *Código Civil*, XXXI, 1974, p. 683.

³⁷ MANRESA, J. M.: *Comentario al Código Civil Español*, XII, 1921, p. 701.

na doctrina jurisprudencial que interpreta el concepto de tercero a los efectos del artículo 114 LH en un sentido más amplio, que incluye no sólo al tercer adquirente, sino a cualquier tercero que pueda tener interés en la finca hipotecada, incluidos los acreedores, según se ha expuesto anteriormente. Súmese a esto el argumento que ahora ofrece el artículo 692.1.II LEC, pues entonces estaba vigente el procedimiento similar del artículo 131 LH y sus concordantes en la LEC 1881, carentes de una previsión similar. Si se amplía el concepto de tercero del artículo 114 LH en el Derecho común de la hipoteca, con la consiguiente restricción del alcance de la garantía, necesariamente ha de ocurrir lo mismo en el ámbito específico de la quiebra con la suspensión del devengo de intereses, so pena de generar una insoportable asimetría entre la situación dentro y fuera del concurso.

La esencia de este argumento ha sido expuesta con gran claridad por el profesor CORTÉS: *«pero, una vez más, sentado el principio, nuestro Código omite su desarrollo, siendo dudosa, entre otros extremos, la medida de aquella extensión. Como es bien sabido, la doctrina hipotecaria ha perfilado tres distintos sistemas utilizables al efecto. En conformidad con el primero de ellos, el sistema de garantía indefinida, la hipoteca asegura ilimitadamente todos los intereses que devengue el crédito. De acuerdo con el segundo, el sistema de tope máximo, la hipoteca únicamente garantiza una determinada suma o montante. Finalmente, según el sistema de ampliación de la hipoteca, los intereses no quedan garantizados por la originaria hipoteca, pero, en cambio, se atribuye al acreedor el derecho a constituir una nueva de ampliación. En el caso de la quiebra del deudor y descartada la aplicación de este último sistema, pues la garantía de los intereses se reconduce por el legislador al ámbito de la previamente constituida para el principal, el problema se reduce a determinar si debe regir el sistema de garantía indefinida de los intereses hasta donde alcance el valor del bien gravado, o si, por el contrario, debe aplicarse el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que, aplicando el sistema de tope máximo, lo fija en los intereses correspondientes a dos anualidades y a la parte vencida de la corriente. A nuestro juicio, ha de estarse a esta segunda solución o posibilidad no sólo por el marcado carácter excepcional del artículo 884 del Código de Comercio, sino también porque nos parece que el legislador concursal no ha pretendido mejorar la condición del crédito hipotecario incurso en la quiebra, limitándose sencillamente a respetar sus características, con la obvia salvedad de señalar, sin embargo, que el agotamiento del valor libre del bien determina la ulterior irrelevancia de la garantía, esto es, la cesación del devengo de intereses»* (en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Menéndez*, III, 1996, p. 3517).

El acreedor hipotecario disfruta de una situación especial en la quiebra gracias a la posibilidad de ejecutar separadamente la garantía, pero nunca debe recibir un trato mejor del que tendría en ausencia de la quiebra. Y justo puede experimentar una mejora si la delimitación del alcance de la «*respectiva garantía*» no se ajusta a los criterios de la legislación hipotecaria, en conexión con las normas generales de la LEC.

2. La masa de la quiebra como tercero

Por lo expuesto, desde el punto de vista material son trasladables a la situación de concurso/quiebra los argumentos favorables a la inclusión de cualquier acreedor entre los terceros del artículo 114 LH. No obstante, de acuerdo con la distinción apuntada a efectos meramente expositivos entre tercero procesal y tercero registral, el estado de quiebra presenta características singulares, que incluso refuerzan la consideración de la quiebra como tercero a los efectos delimitadores del artículo 114 LH. Además del argumento inequívoco que ofrece el muy citado artículo 692.1.II LEC, hay otras dos razones adicionales cuyo fundamento podemos rastrear en la posición del titular de un derecho de crédito con anotación de embargo a su favor, a quien ya hemos visto se reconoce esa condición de tercero. Para desplegar ambos argumentos debemos recordar algo tan obvio como el carácter universal del procedimiento concursal que tiene por objeto la totalidad del patrimonio del deudor, razón por la cual, desde el día de la declaración de quiebra, no puede ser iniciada ni proseguida ninguna acción individual ejecutiva contra los bienes que integran la masa activa (RAMÍREZ, p. 1021; AAP de Castellón [1] de 17/01/1994: *«una consecuencia directa que produce cualquier proceso concursal es que los acreedores del quebrado concursado no podrán ... ejercer o seguir ejerciendo su derecho de cobrar de forma separada lo que en nuestro ordenamiento se consigue mediante la acumulación al proceso de quiebra de todas las ejecuciones pendientes»*).

El primer argumento es que la quiebra a estos efectos es equiparable al embargo. En palabras de la STS de 7/10/1995 Rec. 1476/1991: *«en todo procedimiento de ejecución colectiva o concursal ... el embargo de bienes, que es mediada aseguratoria o cautelar propia y específica de los procedimientos de ejecución individual (juicio ejecutivo, por ejemplo), viene a ser sustituido por la ocupación o cuasi-ocupación de los bienes del deudor ... o sea, dicho en otros términos, la referida ocupación o intervención judicial de bienes en el procedimiento de ejecución colectiva es medida aseguratoria o cautelar idéntica o similar al embargo de bienes en los procedimientos de ejecución individual»*. Por decirlo de una manera gráfica, la declaración de quiebra equivale figuradamente a un embargo a favor de todos los acreedores, también sobre los bienes sujetos a garantía real, aunque respecto de los mismos sólo será efectivo sobre el valor que exceda del importe cubierto por la garantía, y por esa razón el alcance de la cobertura ha de fijarse igual que si estuviéramos en presencia de terceros individualizados. La singularidad de este «embargo» figurado es que no precisa de constancia registral alguna para ser efectivo, pues su inscripción no es constitutiva. Las consecuencias de la situación de quiebra nacen desde su declaración y la omisión de la publicidad registral en nada afecta a la existencia del estado legal, ni a la posibilidad de hacerla valer. Cuestión distinta será que el registrador pueda no tenerla en cuenta si la desconoce, por no estar inscrita, y no resultar de los títulos presentados, pero esto afecta a su operatividad práctica, no a la cuestión de principio sobre el alcance de la garantía real.

El segundo argumento es el reverso del anterior. Como dijera la STS de 27/02/1957, *«el juicio de quiebra está presidido por dos notas que lo tipifican, la de universalidad, al afectar al derecho de todos los acreedores del quebrado, por tener un interés común en la masa de bienes del deudor; y la unidad que impide que individualmente puedan esos acreedores perseguir tales bienes colocándose en situación distinta de la que legalmente les corresponda, consecuencia ambas del principio de unidad de acción que caracteriza el estado creado por la declaración de quiebra dada su naturaleza»*. La acumulación al juicio de quiebra de todas las ejecuciones contra el quebrado no es para continuar por sus trámites los juicios ejecutivos, sino para solicitar el reconocimiento y graduación de los créditos en el juicio universal. Por eso, el acreedor pierde individualmente la posibilidad de obtener una anotación de embargo a su favor (doctrina clásica de la DGRN, entre muchas, Resolución de 14/11/1968; de todos modos, aunque la obtuviera, no le serviría para cobrar con cargo al sobrante fuera de la quiebra, a la que está sometido). En otras palabras, si el acreedor no puede convertirse en tercero del artículo 114 LH por la vía de la ejecución individual y la anotación de embargo, pero el estado de quiebra no produjera por sí mismo un resultado similar, la consecuencia volvería a ser una mejora de la posición del acreedor hipotecario, pues la quiebra le protege de posibles actuaciones individuales constrictoras de su derecho, pero sin coste alguno por razón del juicio colectivo.

Ninguna de estas situaciones resulta admisible. El acreedor hipotecario disfruta de una situación especial en la quiebra, pero es inaceptable que la mejore. Su garantía no puede ser mayor dentro de la quiebra, que fuera de ella, como mucho ha de seguir igual. La masa de la quiebra es tercero perjudicado a los efectos del artículo 114 LH, pues estamos ante un juego de suma cero. Lo que recibe de más el acreedor hipotecario lo reciben de menos los concursales, no hay posibilidad de optimizar el resultado con beneficio para ambos. La medida del beneficio de uno es la media del perjuicio de otro (AAP de Las Palmas [4] de 26/04/2013 Rec. 774/2011, *«el legislador en todo momento tiene presente que el acreedor ejecutante no puede cobrar sus créditos —ni siquiera por medio de adjudicación— sin respetar los derechos de los acreedores que tienen derechos preferentes sobre el bien o sin respetar la “pars conditio creditorum” en el caso de que el deudor se encuentre en situación de concurso, quiebra o suspensión de pagos»*). Ante esta simetría el artículo 884 CCom debe aplicarse tomando la medida exacta de la responsabilidad hipotecaria, en los estrictos términos pactados. Es la esencia de la hipoteca, a todos los efectos, tanto favorables como adversos, y si el acreedor hipotecario pretende obtener los primeros, también ha de pechar con los segundos. La cifra de responsabilidad es una coraza protectora, pero también le impide crecer. Con gran claridad lo expresa la SAP de Murcia [5] de 06/05/2005 Rec. 12/2005: *«conforme al principio de especialidad hipotecaria, al no existir suma prevista para responder de cada concepto y englobar todo una misma suma como límite máximo, no cabe la petición de reclamar intereses moratorios, pues la mención, como es el caso, de un importe o suma en concepto de*

intereses genéricamente excluye necesariamente los moratorios. Estamos hablando de la cobertura hipotecaria, y el tope máximo que se fija para cada uno de los conceptos distintos al principal garantizado, es decir, intereses y costas, se establece conforme a los artículos 12 LH y 219 RH, atendiendo al principio de especialidad y constituye la esencia de la cobertura hipotecaria, al ser la hipoteca un derecho sujeto a tipicidad legal y de constitución registral y por tal razón pretender dar cobertura hipotecaria a una responsabilidad que exceda al “corpus” de la hipoteca supondría alterar el contenido del documento sujeto a inscripción y desnaturalizar la esencia de este tipo de préstamo con garantía hipotecaria inscrito en el Registro de la Propiedad como garantía para que el deudor y el titular del derecho de garantía, así como los terceros conozcan la cifra exacta de la deuda que pesa sobre el inmueble hipotecado, pues no cabe confundir el plano de responsabilidad personal en que el sujeto pasivo es la parte prestataria con la responsabilidad hipotecaria en que el sujeto pasivo es indeterminado, pues, de otra parte, no debe olvidarse que la hipoteca supone un privilegio y como tal debe ser objeto de interpretación estricta y el tope máximo que representan las cantidades señaladas para cada uno de los conceptos por exigencias del principio de determinación registral, en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos».

3. La situación en la vigente Ley Concursal

Las anteriores consideraciones valen también para el artículo 59 de la vigente Ley Concursal —LC— al disponer que los intereses correspondientes a los créditos con garantía real «serán exigibles hasta donde alcance su respectiva garantía». Aunque su fundamento quizá no deba buscarse ahora en la irrestricta posibilidad de ejecución separada de la hipoteca (CORDÓN, *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, p. 470), las cuestiones interpretativas siguen siendo las mismas, hasta el extremo que resulta habitual encontrar la cita de profesor GULLÓN antes destacada (BADENAS/BOLDÓ, *Comentario a la Ley Concursal*, I, p. 650; DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la Ley Concursal*, I, p. 1109). En doctrina es frecuente que el artículo 59 LC ya se conecte directamente con el artículo 114 LH, sin mayor condicionante (es decir, sólo por razón del concurso; así, ANTÓN, *Tratado judicial de la insolvencia*, II, p. 105), o que directamente se afirme que «la masa pasiva del concurso debe tener la consideración de tercero», con la consecuencia inmediata de hacer aplicable los límites que derivan del artículo 114 LC (PÉREZ VEGA, «El acreedor hipotecario en el procedimiento concursal de su deudor», *Actualidad Civil*, núm. 19, p. 2237).

En el ámbito judicial, lo normal es que el límite de la garantía hipotecaria de la LC se calcule en función de lo pactado (y lo pactado tuvo que ajustarse al límite máximo legal, pues de otro modo no estaría inscrito), sin indicación de requisito adicional alguno por parte de los Tribunales (p. ej., tercer adquirente). Es

decir, que la mera situación de concurso ya impide que la garantía por intereses sea ilimitada entre las partes, pues se ha de estar al límite pactado, y esto es así por la sencilla razón de que ya no estamos ante una pura relación *inter partes*, pues el concurso merece la consideración de tercero a estos efectos delimitadores de la cobertura hipotecaria. No es lo mismo decir que la hipoteca garantiza los intereses pactados, en cuyo caso la única condición es el devengo efectivo del interés, que hacerlo «*hasta*» la cuantía o en la forma pactada. En este segundo caso la proposición «*hasta*» denota el término de una gradación, la existencia de un límite que constriñe el todo, y como se trata de un pacto, sólo puede ser el mismo pacto de extensión de la hipoteca, que se reconoce operativo simplemente por razón del concurso (SAP de Córdoba [3] de 16/02/2009 Rec. 23/2009, «*el precepto establece, como excepción a la regla general de suspensión del devengo de intereses como efecto del concurso sobre los créditos, que los créditos asegurados con garantía real si siguen devengando intereses con arreglo a lo pactado en la relación contractual ... que dio lugar a su nacimiento. Por tanto, el acreedor con garantía real podrá exigir el pago de intereses con cargo al bien gravado como garantía y hasta donde alcance la misma; coordinándose así la Ley Concursal con las previsiones del artículo 114 de la Ley Hipotecaria*»; SAP de Barcelona [15] de 19/06/2014, Rec. 44/2014, «*los créditos asegurados con garantía real siguen devengando intereses de demora con cargo al bien gravado hasta la cuantía pactada en el contrato y tiene el carácter de privilegiados, al igual que el crédito garantizado de cuyo impago derivan*»).

(Trabajo recibido el 12/01/2016
y aceptado para su publicación el 01/02/2016)

LÍMITES A PROPÓSITO DE LA AUTORREGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO¹

DR. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ²
Universidad Católica del Norte (Chile)

RESUMEN

El fenómeno de la autorregulación del comercio electrónico representa un sugerente complemento de la normativa legal aprobada por el legislador. Las normas elaboradas, por parte de la industria, en beneficio del contratante débil de la relación jurídica (consumidor y/o usuario) deben, sin embargo, observar, por un lado, la ley en el ámbito de la defensa de la competencia y, por otro lado, en materia de competencia desleal. En el presente estudio aludiremos a ambas, desde la óptica del Derecho chileno, sin perder de vista las apreciaciones que proceda efectuar a propósito del Derecho comparado.

Palabras clave: autorregulación, competencia desleal, defensa de la competencia, Derecho comparado, restricciones.

LIMITS OF SELF-REGULATION IN ELECTRONIC COMMERCE: AN APPROACH FROM COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

The self-regulation of electronic commerce represents an appealing complement to the legal regulations approved by the legislatures. The rules developed by the industry, for the benefit of the weaker contracting party of the legal relationship (consumer and/or

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

² Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) con la calificación de sobresaliente *cum laude* (por unanimidad del Tribunal) y doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España), con la misma calificación. Es Premio Extraordinario de Doctorado (mejor tesis doctoral en el ámbito de las Ciencias Jurídicas). Es investigador principal del Proyecto de investigación FONDECYT 11130188.

user) must show, on the one hand, the law in the field of the defense of the competition and, on the other hand, in the area of unfair competition. In the present study we will refer to both of them from the viewpoint of the Chilean Law, considering the appropriate appreciations in relation to the Comparative Law.

Keywords: self-regulation, unfair competition, antitrust law, comparative Law, restrictions.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL COMPROMISO CON UN SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: APUNTES RELATIVOS A LA VERIFICACIÓN DE CARÁCTER PREVIO Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS. 1. De la voluntariedad a la obligatoriedad: auditoría del sitio *web*. 2. Algunas apreciaciones a propósito de los conflictos derivados entre las partes que intervienen en el sistema de autodisciplina.—III. SIMILITUD FUNCIONAL DE LOS INSTRUMENTOS DE BUENAS PRÁCTICAS CON LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.—IV. RESTRICCIONES QUE, CON CARÁCTER PRECEPTIVO, DEBEN OBSERVARSE. 1. En materia de defensa de la competencia. 2. En materia de competencia desleal. A) Legitimación activa. B) Legitimación pasiva. a) Pronunciamiento del sistema de autodisciplina frente a empresas adheridas. b) Pronunciamiento del sistema de autorregulación frente a terceros no adheridos. 3. El recurso a los tribunales de justicia ante la desobediencia de las decisiones vinculantes del organismo de control.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años estamos asistiendo a un cambio de paradigma del modelo tradicional de consumidor y/o usuario. En esta afirmación inciden, al menos, dos grandes modalidades de causas. En primer lugar, la crisis económica que el mundo occidental está atravesando. Si bien resulta palpable que se han hecho numerosas críticas al patrón económico imperante, a este respecto, manifestándose la imperiosa necesidad de reformar el capitalismo o, incluso, de establecer un nuevo orden mundial, lo cierto es que, dejando a un lado, los posibles planteamientos de carácter político, las tendencias del consumidor y/o usuario, de los tiempos actuales, se han visto modificadas. En efecto, los hábitos de consumo, del generalmente contratante débil de la relación jurídica, como decimos, están cambiando. El consumidor, en la actualidad, ostenta un papel más activo y dinámico. Asimismo, el despunte en el consumo viene de la mano de diversos factores. Aunque entre los mismos pueden enumerarse múltiples elementos, despliega un notable valor el estancamiento de los precios, el reciente incremento del crédito y, finalmente, lo que es especialmente significativo, a nuestros efectos, las novedosas y actuales pautas de consumo que, en gran medida, se apoyan sobre las nuevas tecnologías. Y esto último, precisamente, entronca con el segundo grupo de aspectos que han modificado el esquema decimonónico de consumidor. Ciertamente, las tendencias sociales están cambiando de la mano de la entrada de las nuevas tecnologías. Desde que se autorizaron las transacciones comerciales, a través de Internet, a comienzos de la década de los noventa³ hasta la actualidad, las transformaciones efectuadas sobre este canal no han dejado de sucederse.

³ La Fundación Nacional de Ciencias de los Estados Unidos hasta 1992 prohibió las transacciones comerciales realizadas en la Red. En este sentido, SMITH, C.: «La era de los negocios en la red», *Internet Worl*, núm. 2, 1999, p. 24.

El incremento del consumo de bienes y/o servicios a través de Internet es imparable⁴. La promoción digital, que es una publicidad más personalizada, al perfil del público al que se dirige⁵ y, por consiguiente, notablemente más eficaz que la que presenta carácter físico o tradicional⁶ está cambiando el mercado —se ha llegado a acuñar una denominación para referirse a ello cual es la publicidad comportamental⁷—. Repárese que aludir a esta modalidad publicitaria, dominada por el uso de las nuevas tecnologías, ya no es hablar de futuro, sino de presente. La industria es consciente de todo ello. De hecho, los anunciantes, las agencias y los medios están adaptándose a esta nueva realidad. Los datos de inversión publicitaria en canales virtuales, por parte de las empresas, es incesante⁸. Estas últimas son plenamente conscientes de la presencia cotidiana mayor del público en general en los nuevos canales digitales⁹.

Asimismo, los proveedores, en línea con lo anteriormente esbozado están modificando sus pautas de actuación a propósito de la promoción de bienes y/o servicios que ofrecen en el mercado. En este sentido, resulta cada vez más fre-

⁴ Tal apreciación resulta palpable a nivel mundial, pero, en los últimos años, con mayor preponderancia en América Latina. El consumidor promedio de esta última región territorial invierte aproximadamente siete horas al día utilizando múltiples pantallas digitales. Según los últimos estudios empíricos, como el de AdReaction LatAm para Millward Brown, es 5 por 100 más elevado que el promedio mundial. Se trata de un análisis en el que se examina cómo las personas acceden a los medios a través de diversas vías. Nos referimos al ordenador portátil, televisión, tablet y teléfonos inteligentes. Si bien esta encuesta tradicionalmente incluía a determinados países de América Latina, como Argentina, Colombia, Brasil y México, recientemente ha ampliado su espectro para dar cuenta de una visión más completa (Chile, Perú y Ecuador).

⁵ Lo que, dicho sea de paso, no deja de suponer sanciones a nivel global. De hecho, en el segundo semestre de 2015, un tribunal de Rusia impuso una sanción al popular buscador Google por la violación de la privacidad de un usuario del mismo.

⁶ Imperan iniciativas que combinan el mundo tradicional o físico con el digital. En este sentido existen supermercados británicos que, desde hace algunos años, recurren al reconocimiento facial para ofrecer publicidad personalizada o segmentada. Se trata del sistema OptimsEyes, que reconoce la edad y sexo de las personas, valorando el perfil socioeconómico al que, en su caso, pertenecen.

⁷ No obstante, la publicidad *online*, en muchos más casos de los deseables, vulnera la privacidad de sus destinatarios. Asimismo, en ocasiones, resulta molesta e intrusiva. Habida cuenta de ello, para evitar tales factores, se está produciendo, por parte de los usuarios, un notable incremento del uso de los bloqueadores de publicidad (siendo, en este sentido, Adblock Plus el más conocido).

⁸ La publicidad digital llegó a una cifra de 140 billones de dólares, a nivel mundial, en el año 2014 o, lo que es lo mismo, un 17 por 100 de incremento, alcanzando más de un cuarto de la publicidad total y esperándose que llegue a un tercio en el 2018. Por su parte, Estados Unidos, China, Japón, Alemania y Reino Unido son los países que presentan la mayor proporción de la inversión en medios digitales, destacando, en gran parte, Estados Unidos y China. En el caso concreto de América Latina, las proyecciones apuntan a que será de las regiones del mundo donde, entre 2015 a 2018, más crecerá. En cualquier caso, a fecha de hoy, si bien Chile presenta niveles positivos, dentro de Latinoamérica, México es el país que ostenta el mayor porcentaje de inversión en publicidad digital.

⁹ ROBLES, O.: *Evolución de Internet en México y en América Latina*, en *Internet: el medio inteligente*, Editorial Compañía Editorial Continental, México, 2000, pp. 5 y ss.

cuenta que los empresarios manifiesten su compromiso con algún sistema de autorregulación que les permita distinguirse favorablemente de sus competidores. La adhesión a tal instrumento conllevará un elenco de obligaciones para el proveedor, pero también ventajas para el destinatario de los anuncios realizados en espacios digitales. En efecto, la publicidad efectuada, conforme a un determinado código de buenas prácticas, tendrá que cumplir, además de la normativa legal imperante, un conjunto, más o menos notable, de estándares éticos.

Existen documentos derivados de la autorregulación, en materia de comercio electrónico, creados exclusivamente para el colectivo empresarial. No obstante, en el presente artículo, se dejarán a un lado las eventualidades que, al respecto, podrán plantearse, sin perjuicio de conocer la posibilidad de su existencia. En otros términos, en la investigación que nos ocupa dedicaremos las siguientes líneas al examen de ciertos aspectos, a propósito de la normativa chilena de defensa de la competencia y competencia desleal, vinculados con los sistemas de autodisciplina que se refieren a las relaciones entre empresarios y consumidores. Cuando ha sido procedente, se han realizado las apreciaciones de Derecho comparado oportunas —que incluirá Derecho europeo y de otros regímenes jurídicos de América Latina—. Nótese que, en todo caso, aludiremos a la problemática que, en este último sentido, especialmente se suscita en relación a la publicidad digital que, dicho sea de paso, se puede reputar incluida dentro del comercio electrónico (junto con las actividades contractuales *stricto sensu*, a través de canales digitales, del bien y/o servicio de que se trate). Asimismo, abordaremos el examen de la auditoría previa que toda empresa que se adhiera a un instrumento de buenas prácticas debe necesariamente cumplir. Igualmente, nos referiremos a la similitud funcional que estos sugerentes mecanismos ostentan con los contratos de adhesión.

II. EL COMPROMISO CON UN SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO: APUNTES RELATIVOS A LA VERIFICACIÓN DE CARÁCTER PREVIO Y OTRAS CUESTIONES CONEXAS

En el presente apartado, en primer lugar, aludiremos a la verificación, con carácter previo, que se efectúa cuando una empresa opta por adherirse a un código de buenas prácticas. En segundo lugar, nos referiremos, de manera somera, a los conflictos derivados entre las partes que intervienen en el sistema de autodisciplina. Para ello partiremos de la relación triangular que se plantea entre los sujetos que intervienen en dicho sistema. Cabe anticipar que, si bien hemos establecido lo que podría reputarse un régimen general en esta materia, se han tenido en consideración las particularidades que, a este respecto, se suscitan en diversos Estados de América Latina.

1. De la voluntariedad a la obligatoriedad: auditoría del sitio *web*

Las empresas que operan en Internet son completamente libres para adherirse o no a un código de conducta en materia de comercio electrónico¹⁰. En caso de que se decanten por la primera de las alternativas enunciadas podrán adherirse a uno o a varios códigos de conducta que bien podrán ser del país en el que la misma radique —será lo habitual—, bien de un país foráneo¹¹. Uno de los caracteres precisamente predicables de los códigos de conducta viene representado por su voluntariedad¹². En efecto, cuando una determinada empresa opte por asumir el firme compromiso de cumplimiento de un código de conducta¹³, que mostrará a través de la exhibición, en su sitio *web*, del sello o logotipo de confianza, está revelando públicamente ser, sin reservas, garantista con las prácticas empresariales y previsiones legales establecidas en el código en cuestión¹⁴. Existen iniciativas especialmente sugerentes en el ámbito de la privacidad. Así, entre otras, la denominada *Pathfinder*, que funciona desde 2007, fruto del trabajo global entre el sector privado, el sector público, representantes de organizaciones de consumidores y grupos empresariales que simbolizan el interés público en materia de protección de datos. El proyecto derivado de la autorregulación que comentamos, en el espacio de Asia Pacífico, hace posible que la industria pueda crear sus propias reglas transfronterizas, para la protección de la privacidad, apoyándose en el recurso a logotipos de confianza.

¹⁰ Los instrumentos de autodisciplina, en materia de comercio electrónico, actualmente vigentes están en: Argentina —Econfianza—; Bolivia —Controle—; Brasil —Clique e-Valide—; Chile —Cámara de Comercio de Santiago a través del Comité de Comercio Electrónico—; Colombia —Certicámara—; Perú —Capece— y México —AMIPCI—. Existen algunas Cámaras de Comercio de otros Estados de América Latina, como Paraguay, que han manifestado su intención de aprobar, a finales de 2015, un instrumento de buenas prácticas.

¹¹ En América Latina, el único sistema de autorregulación que, por ahora, ha logrado la adhesión de proveedores extranjeros, radicados fuera de sus fronteras, es Econfianza, de origen argentino. También, por el lado contrario, existen sistemas de autodisciplina europeos que están alcanzando la adhesión de empresarios de América Latina. En este último sentido podemos referirnos, entre otros, a Confianza Online.

¹² CHINKIN, C.: «Normative Development in the International Legal System», en SHELTON, D. (Ed): *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 30; SEFFAR, K., y BENYEKHEF, K.: «Commerce électronique et normativités alternatives», *Revue de droit & technologie de l'Université d'Ottawa*, vol. 3, núm. 2, 2006, p. 374.

¹³ Por implantación —o número de adheridos— destaca, en el caso de América Latina, por este orden: México, Argentina y Chile. Ahora bien, otros, como los de Bolivia, Brasil, Colombia y Perú, cuentan con un escaso número de empresas adheridas, siendo, en algún supuesto, más bien testimonial. De estos últimos, Perú es el que, dentro de los países de América Latina con menor implantación, más destaca. A *sensu contrario*, por ahora, no disponen de documentos de buenas prácticas, sobre la materia que examinamos, los siguientes Estados: Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

¹⁴ REYES KRAFFT, A.: «Legislación mexicana en materia de protección de datos personales; autorregulación y sellos de confianza», en TENORIO CUETO, G. A. (coord.): *Los datos personales en México. Perspectivas y retos de su manejo en posesión de particulares*, Porrúa-UP, México, 2012; LÓPEZ JIMÉNEZ, D., y MONROY ANTÓN, A. J.: «El comercio electrónico de calidad: compromisos empresariales asumidos en beneficio del consumidor», *Innovar*, vol. 23, núm. 47, 2013.

El compromiso con un código de buenas prácticas, a su vez, inspirará, qué duda cabe, una cierta sensación de confianza para el consumidor y/o usuario electrónico. En definitiva, una actitud responsable tanto con la legalidad¹⁵ como con la mejor ética profesional. Aunque pueda parecer una obviedad, no todas las empresas que operan en la Red cumplen, de manera escrupulosa, la legislación imperante sobre la materia. En el caso concreto de América Latina existen dos instituciones de consumo de carácter público que, en beneficio del consumidor, monitorizan el cumplimiento permanente de la normativa legal, por parte de los proveedores, en la Red. Nos referimos, por un lado, a México (a través de Profeco¹⁶) y, por otro, a Chile (mediante el Sernac¹⁷).

Los proveedores que, en principio, son susceptibles de adherirse a un código de conducta pueden ser, de acuerdo con diversos criterios de clasificación, muy variados. Existen códigos de conducta, en materia de comercio electrónico, diseñados para servir tanto a empresas públicas como privadas. De igual modo, el tamaño de la empresa no representa, en modo alguno, un condicionante exigido por las entidades responsables de los sistemas de autorregulación, pues, en la práctica, se adhieren tanto pequeñas y medianas empresas como grandes figuras empresariales. Por lo que se refiere a los sectores de la actividad económica, en el que las empresas signatarias podrán operar, no existe —ni, mucho menos,

¹⁵ En América Latina no todos los Estados cuentan con legislación específica en materia de comercio electrónico. Únicamente han aprobado leyes *ad hoc*: Bolivia, Honduras y República Dominicana. De los restantes Estados, las que seguidamente enunciaremos aluden a dicha cuestión, a propósito de normas genéricas relativas al consumo, a saber: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Los Estados que están redactando o modificando sus respectivas leyes relativas a protección del consumidor, para incluir la ordenación del comercio electrónico, podrían valorar el hecho de alinear su normativa con las Directrices de las Naciones Unidas para la salvaguarda del consumidor y las Directrices de la OCDE para fomentar la armonización de la legislación en materia de protección del consumidor y, asimismo, impulsar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico. No olvidemos que los códigos de conducta se fundamentan en la normativa vigente sobre la materia.

¹⁶ La Procuraduría General del Consumidor —Profeco— verifica las tiendas virtuales, vigilando dichas empresas, garantizando, de este modo, que, en todo momento, estén observando los derechos del consumidor y/o usuario. La Comisión permanente del Senado, recientemente, solicitó a Profeco que refuerce sus actividades de control en los sitios *web* de México y asegure que den pleno cumplimiento a las disposiciones que establece la ley en la materia.

¹⁷ El Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) de Chile para impulsar las buenas prácticas comerciales, la transparencia de los mercados y la observancia de los derechos de los consumidores, en materia de información en el comercio electrónico, en 2015, analizó, desde la perspectiva de la protección del consumidor, la información incluida en los sitios *web* de las principales empresas. Para ello seleccionó una muestra. Se analizó el nivel de presencia y ausencia de un total de diecisiete variables, que responden a cuatro criterios definidos en la Guía de Alcance Jurídico y Buenas Prácticas en materia de comercio electrónico, a saber: identidad del proveedor; información sobre la transacción; políticas de privacidad y seguridad del sitio. Habida cuenta de que una parte de las mismas incumplían estos últimos apartados, con buen criterio, denunció a quince empresas por la inobservancia del principio de disponibilidad de la información, presente en la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

resulta conveniente— una lista cerrada. Así, puede observarse una importante diversidad de empresas, representativas de cada uno de los sectores de la actividad económica, comprometidas con un código de conducta, pudiéndose, en este sentido, encontrar ejemplos de empresas del sector de las telecomunicaciones, energético, bancario, farmacológico, audiovisual, alimentario, transportes, juguetes, informática, libros, etc. Dicho en otros términos, no existe —ni tampoco parece conveniente— un perfil concreto o prototipo de empresa para el que, en atención al mismo, los códigos de conducta se hayan elaborado, pues puede comprometerse con su articulado cualquier entidad, pública o privada, que opere en Internet.

De igual modo, conviene apuntar que existen empresas que, por un lado, sólo operan en Internet —empresas virtuales puras o, en lenguaje anglosajón, *pure plays*¹⁸—, mientras que, por otro, hay otras que, además de tener representación virtual, cuentan con un establecimiento comercial físico —empresas virtuales mixtas o *bricks and clicks*¹⁹.

En este último sentido cabe considerar que existen figuras empresariales cuya imagen en el mundo físico es sinónimo de calidad y, simultáneamente, generadoras de un elevado nivel de confianza para el público en general, pues su política de trato al cliente ha sido, desde sus comienzos, ciertamente preferente, con respecto a sus competidoras, desmarcándose, de esta forma, de sus rivales²⁰. La consolidada presencia de tales empresas, en el mundo tradicional o presencial, sería perfectamente extrapolable, sin más, al mundo virtual y, por tanto, a las operaciones de comercio electrónico, aunque, sin embargo, podrían optar, como la práctica así pone de relieve²¹ —para reforzar aún más, si cabe, su posición en Internet—, por adherirse a un código de conducta en materia de comercio electrónico. Tales códigos de conducta podrán ser de carácter generalista o reguladores de una cuestión específica de Internet. Podría, si cabe, afirmarse que estos últimos son ciertamente mucho más numerosos que los primeros.

Las ventajas predicables de la adquisición de un bien y/o la contratación de un servicio a través del sitio *web* de una tienda virtual pura y virtual mixta —la fijación de un precio verdaderamente competitivo, inexistencia de esperas, evitación de desplazamientos físicos, entrega gratuita en domicilio, entre otras— son muy similares.

¹⁸ KIM, J.; SHARMA, S., y SETZEKORN, K.: «A framework for building brand equity online for pure-play B2C retailers and services», *International Journal on Media Management*, vol. 4, núm. 2, 2002, pp. 123-133.

¹⁹ MIN, S., y WOLFINBARGER, M.: «Market share, profit margin, and marketing efficiency of early movers, bricks and clicks, and specialists in e-commerce», *Journal of Business Research*, vol. 58, 2005, pp. 1030-1039.

²⁰ MORTEN THANNING, V.: «Narrating Corporate Reputation», *International Studies of Management & Organization*, vol. 28, 1998, pp. 120-137.

²¹ Así, tal y como establece, en las condiciones generales del sitio *web*, Fallabela, empresa de *retail* con notable reconocimiento en Chile, se encuentra adherida al código de buenas prácticas de la Cámara de Comercio de Santiago.

No obstante, es muy probable que existan ciertas particularidades, aún, si cabe, más favorables para el consumidor y usuario que opera con la empresa virtual pura —como un precio de venta al público inferior, obsequios, etc.—, que deberían condicionar la realización de la operación contractual a favor de esta última.

Sin embargo, parece que, en materia de contratación electrónica, continúa existiendo cierta desconfianza que, en cierta medida, es notablemente menor cuando el empresario, con el que se inicien o se pretendan acometer relaciones contractuales, cuente, además de con la tienda virtual, con un establecimiento físico al que, en su caso, poder dirigirse: empresas virtuales mixtas. Dicho de otra forma, en la actualidad es patente la falta de confianza que los consumidores y/o usuarios muestran hacia las tiendas virtuales puras²². Las razones por la que tal actitud se erige en un sentir generalizado de una parte importante de los consumidores y/o usuarios electrónicos son, a buen seguro, muy numerosas, pudiéndose citar, entre otras, desde la sospecha de que la oferta contractual esconda una estafa hasta que pueda ponderarse que el envío del producto o la realización del servicio contratado pueda efectivamente tener lugar, pero imperfectamente, lo cual implicará que, en el primer supuesto, el producto sea defectuoso y, en el segundo, que el servicio realizado difiera, de manera sustancial del ciertamente contratado. En cualquier caso, ante el amplísimo casuismo que la práctica puede poner de manifiesto, en materia de factores que, directa o indirectamente, desincentiven al consumidor y/o usuario a contratar, de manera electrónica, un bien y/o servicio, cualquier exposición, en tal sentido, resultaría baladí, pues en ningún caso sería suficientemente completa.

Un instrumento efectivo para combatir la desconfianza que, en principio, proyecta el comercio electrónico viene representado por los sistemas de autorregulación, debiéndose entender tal expresión en un sentido amplio. Éstos pueden establecer las mejores y más actuales prácticas empresariales sobre sectores emergentes, cuales son los vinculados con Internet en general y el comercio electrónico en particular, debiendo garantizar, asimismo, el escrupuloso cumplimiento de la legalidad imperante sobre las materias que disciplina.

Aunque resulte una obviedad, debe advertirse que estamos ante normas de carácter voluntario. Son elaboradas por una determinada entidad promotora²³,

²² Con buen criterio, las empresas virtuales puras, para ganar la confianza del consumidor y/o usuario, se adhieren a instrumentos de buenas prácticas en materia de comercio electrónico. Dentro del ejemplo tan amplio de casos, a los que podríamos hacer alusión, cabe referirse, entre otros muchos, a www.tanbarato.cl SPA, que se encuentra adherido al sistema de autorregulación de la Cámara de Comercio de Santiago.

²³ Respecto a las entidades promotoras de los sistemas de autorregulación, en el espacio de América Latina, cabe reseñar que la gran mayoría de las mismas son cámaras de comercio electrónico radicadas en los países respectivos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia y Perú). Aunque existen más, algunas de ellas —Ecuador, Paraguay (a fin del presente año la aprobación de un código de conducta será, no obstante, una realidad), Venezuela, República Dominicana— todavía no han dado el paso de idear un instrumento de autodisciplina.

estando la obediencia del código de conducta a cargo de un organismo de control que verifica el pleno cumplimiento del mismo²⁴. Al ser de carácter opcional para el empresario que opera en Internet, debe ser el mismo quien inste su adhesión²⁵. El procedimiento requiere la previa solicitud de compromiso o adhesión del proveedor. Posteriormente, se analiza la documentación aportada por este último, procediéndose a evaluar la conformidad del sitio *web* a las estipulaciones contempladas en el código de conducta. De tal verificación o auditoría²⁶ se pueden derivar dos alternativas. La primera que el sitio *web*, en sentido amplio, sea plenamente garantista con el código de conducta y la segunda que no sea así y que, por consiguiente, haya que realizar algún cambio. Tras la actuación en este último sentido, la entidad promotora valorará si procede la concesión del sello de confianza acreditativo de la adhesión al código de conducta. Este último deberá constar en los diversos espacios que formen parte del sitio *web*. Es decir, resulta conveniente que, para desplegar toda su eficacia, figure, no sólo en la página de inicio, sino en todos los apartados susceptibles de ser visualizados por el potencial consumidor y/o usuario (e incluso en las condiciones generales de la contratación presentes en el sitio *web* normalmente bajo la denominación de términos y condiciones). De otra manera, no se garantizaría que este último visualizase la imagen integrante del sello de confianza y lo que ello supone en el campo de la contratación electrónica, la publicidad interactiva y otras materias conexas, como la protección de menores o la salvaguarda de los datos de carácter personal.

2. Algunas apreciaciones a propósito de los conflictos derivados entre las partes que intervienen en el sistema de autodisciplina

En caso de que los reclamos publicitarios, de carácter virtual, despierten el pretendido interés del consumidor y/o usuario, optando, este último, por realizar

²⁴ Ahora bien, el organismo de control se asemeja, en la práctica totalidad de los casos de América Latina, a una labor de mediación efectuada bien por parte de la propia entidad promotora del sistema de autodisciplina, bien por un órgano diferente que, en cualquier caso, no reúne las notas de independencia e imparcialidad.

²⁵ Existen algunos supuestos en los que las empresas que son parte de un determinado grupo, por ese mero hecho, automáticamente quedan obligadas a la observancia del documento de buenas prácticas. Nos referimos, entre otros, a IAB Chile, referido a la publicidad Interactiva. En el caso del código de buenas prácticas para el comercio electrónico de la Cámara de Comercio de Santiago, cabe decir que la adhesión fue preceptiva y automática para los miembros del Comité de Comercio Electrónico de la Cámara de Comercio de Santiago, mientras que ostentaba carácter voluntario para los externos a dicho órgano.

²⁶ Por lo que se refiere a los términos que, a este respecto, con carácter general, se evalúan, cabe destacar que los mismos son susceptibles de subdivisión, verificándose, entre otros, los siguientes: publicidad; términos y condiciones o información disponible en el sitio *web* sobre el procedimiento de contratación y la política de privacidad; recibo de la transacción que incluya la fecha y todos los datos del vendedor; servicio de atención al cliente; sistemas de cifrado SSL en materia de privacidad y seguridad; observancia de las reglas establecidas en el código de buenas prácticas a propósito de la protección de datos de carácter personal y salvaguarda de los derechos de los menores de edad.

la contratación electrónica del bien o servicio deseado con la empresa adherida, podrán, durante sus distintas etapas, suscitarse, aunque no necesariamente, problemas de diferente índole y alcance²⁷. Lo más recomendable, en tales supuestos, será acudir, en primer término, a los servicios de resolución de conflictos pertenecientes a la propia empresa —encarnados en la figura del servicio de atención al cliente— y, por tanto, de carácter autocompositivo, debiéndose recurrir, de forma subsidiaria, a los mecanismos heterocompositivos, de carácter extrajudicial, establecidos en el documento derivado de la autorregulación²⁸. Asimismo, recientemente, algunos Estados de América Latina han puesto en práctica, de manera complementaria, la resolución virtual de conflictos que enfrenten a consumidores y/o usuarios con empresas radicadas en el país de que se trate. Nos referimos, esencialmente, a la plataforma, de origen mexicano, Concilianet²⁹. Esta última merece una valoración favorable, ya que, entre otros aspectos, ha logrado poner en práctica un sistema que goza de cierta celeridad y eficiencia. En este último sentido ha podido aumentar el porcentaje de conciliación y disminuir, de manera notable, la duración del proceso de solución de disputas entre las partes enfrentadas.

Debe repararse en la relación tripartita o triangular que existe entre la entidad responsable del sistema de autorregulación la empresa adherida al documento derivado de la autorregulación y los consumidores y/o usuarios. Estos últimos, por un lado, visionan o reciben comunicaciones comerciales de esta última³⁰ y, por otro, inician relaciones contractuales dirigidas a la adquisición de un determi-

²⁷ En el caso de Chile, tal y como pone de manifiesto el Sernac —equivalente a otros organismos foráneos como el Servicio Nacional de Consumo de España—, las cifras de reclamos de los consumidores crecen al mismo ritmo que lo hacen las transacciones por la Red. En este sentido, resulta indispensable mejorar la confiabilidad del sistema —a lo que contribuyen los sistemas de autorregulación— y el cumplimiento de las expectativas de los consumidores según lo informado en el proceso de contratación. Al analizar los casos ingresados al Sernac, en 2013, en los que se presentaron 311.756 reclamaciones, puede derivarse que el mercado de comercio electrónico registra un 3,7 por 100 del total de incidencias recibidas.

²⁸ En el espacio de América Latina, como ya se adelantó, el organismo de control del sistema de autodisciplina, más veces de las deseables, se aproxima a la mediación.

²⁹ Representa un sitio *web* perteneciente a Profeco que hace posible la resolución *on-line* de litigios que se susciten entre consumidores y proveedores mexicanos de bienes y servicios. Profeco, desde un origen, se planteó trasladar el proceso conciliatorio al espacio virtual, de modo que Concilianet es un medio para la solución de todo tipo de conflictos (y no únicamente los derivados del comercio electrónico). El procedimiento electrónico de resolución de litigios, al que aludimos, únicamente incluye la conciliación. Con carácter general, podemos decir que en la conciliación se busca eludir el proceso, mientras que el arbitraje sustituye el proceso y, por otra parte, la conciliación puede estar impuesta por Ley, al contrario del arbitraje, que siempre es voluntario.

³⁰ Una de las materias sobre las que precisamente inciden los documentos de buenas prácticas de América Latina es la necesidad de no remitir comunicaciones comerciales no solicitadas (*spam*). En este sentido, LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: «Publicidad, prácticas comerciales agresivas y ficheros de exclusión voluntaria o listas Robinson en el ámbito digital: una sugerente visión desde el derecho español», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Chile), vol. 21, núm.1, 2014, pp. 61-109.

nado bien y/o servicio, motivadas, en ciertas ocasiones, por la sensación de confianza que el sello de calidad —acreditativo de la adhesión a un documento de referencia—, en el supuesto concreto, haya determinado.

En primer término, si la empresa que opera en el mundo virtual opta por formalizar su adhesión a un determinado documento de buenas prácticas, en su caso, previa superación favorable de la auditoría establecida por el sistema de autorregulación, en el que este último se integra, se reconocerá públicamente que la empresa adherida cumple, de manera íntegra, con el contenido fijado en el documento fruto de la autodisciplina. Este reconocimiento se materializará a través de diferentes vías, entre las que cabe citar la posibilidad de que, por un lado, la empresa adherida pueda hacer constar, en un lugar visible de su sitio *web*, el logotipo o sello de confianza vinculado con el documento derivado de la autorregulación —o lo señale en los términos y condiciones del proceso de contratación electrónica³¹— y, por otro, la labor de información que puede desarrollar la entidad a cargo del instrumento del código, mediante la cita actualizada, en su sitio *web*, de la relación de empresas en cada momento adheridas³².

A cambio de tales prerrogativas, que se presumen altamente favorables —por la mayor clientela que, en principio, debe atraer— para la empresa adherida, ésta, como regla general, ha de abonar a la entidad responsable, con carácter periódico, una cantidad pecuniaria. También debe soportar las actuaciones de auditoría que, a lo largo del año, se fijen, a fin de acreditar un cumplimiento integral y constante del documento de buenas prácticas y posibilitar, de este modo, su paulatina renovación.

Asimismo, los propios documentos derivados de la autorregulación pueden, en su articulado, prever la exigencia de que las empresas adheridas formalicen un acuerdo en virtud del cual estas últimas resolverán las eventuales controversias, que acontezcan entre el empresario signatario del citado documento y el consumidor y/o usuario, a través de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos que se hayan establecido³³. El organismo al que más recurren los siste-

³¹ Resulta habitual este último proceder en el caso de las empresas adheridas al código chileno de buenas prácticas de la Cámara de Comercio de Santiago.

³² No todas las entidades promotoras de los sistemas de autorregulación incluyen un listado actualizado de empresas adheridas. En efecto, únicamente lo hacen Bolivia, Brasil y México. Aunque Argentina dispone que incluye un listado actualizado, en el sitio *web* del sello de confianza, lamentablemente no es así. Igualmente, en el caso de Chile, si bien el código de buenas prácticas reconoce, en su articulado, que debe imperar una lista de proveedores adheridos, la misma no existe. Ahora bien, dentro del grupo de sistemas que sí distinguen a los proveedores adheridos, algunos de ellos, con buen criterio, subdividen las empresas adheridas por sectores económicos (Brasil y Perú).

³³ La doctrina que se ha ocupado de esta materia, a nivel latinoamericano, destaca las bondades de estos instrumentos. Así, entre otros, NAVA GONZÁLEZ, W., y BRECEDA PÉREZ, J. A.: «México en el contexto internacional de solución de controversias en línea de comercio electrónico», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15, 2015, pp. 717-738.

mas de autorregulación, en el espacio de América Latina, se asemeja, en gran medida, a una labor de mediación³⁴ —más que a la concurrencia de un verdadero organismo de control imparcial e independiente³⁵—, cuya adhesión, asimismo, puede ser objeto de exhibición, en el sitio *web* de la empresa, mediante el logotipo habilitado al efecto.

Naturalmente, la previsión de que las empresas adheridas recurrirán al mecanismo de resolución de conflictos que, en cada caso, se haya establecido exigirá la previa celebración de un contrato suscrito entre la entidad responsable del sistema de autorregulación y el representante legal de la entidad que se ocupará de la resolución extrajudicial del litigio. En la actualidad, normalmente, a nivel latinoamericano, la adhesión al código de buenas prácticas supone la aceptación simultánea de la resolución extrajudicial de conflictos en base a la mediación establecida en cada caso.

El documento de buenas prácticas surgido de la autorregulación tiene su razón de ser, precisamente, en las relaciones contractuales acontecidas, en nuestro caso, entre un empresario que opera en el mundo virtual y un consumidor y/o usuario que, por un lado, puede visionar o, en su caso, recibir una determinada oferta publicitaria de aquél, así como, por otro, efectuar de manera electrónica la contratación de un bien y/o servicio. En ambos supuestos, el empresario deberá ser íntegramente respetuoso con las previsiones que, al respecto, se hayan establecido en el documento de buenas prácticas al que, en su caso, se haya adherido.

Como es sabido, uno de los aspectos más interesantes predicable de los documentos derivados de la autorregulación estriba en que los mismos despliegan una parte muy significativa de su eficacia frente a un colectivo, los consumidores y usuarios, que no ha sido parte en la celebración del contrato (celebrado entre, por un lado, la entidad promotora del sistema de autodisciplina en cuestión y, por

³⁴ El mediador es un tercero neutral que facilita la comunicación entre las partes, garantizando la confidencialidad, para la resolución del litigio que les enfrenta. Constituye un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos en el que es esencial la presencia de la buena fe de las partes, ya que éstas deben comportarse como colaboradoras y no como adversarias con la intención de solventar el conflicto que les separa. Existen códigos de buenas prácticas en el ámbito de la mediación. Así, el código de conducta europeo para mediadores, de julio de 2004, que resulta aplicable a la mediación de consumo. Su articulado establece una serie de normas que pueden aplicarse en la práctica de la mediación y que pueden adoptar las organizaciones de mediación. Fueron elaboradas en cooperación con un importante número de organizaciones y personas privadas como mediadores con amplia experiencia profesional en Europa.

³⁵ Ahora bien, existen ciertos supuestos en los que los empresarios, a pesar de haber asumido formalmente, con la entidad promotora del sistema de autodisciplina, el compromiso de resolver los conflictos suscitados, en virtud del arbitraje de consumo —en el ámbito español—, han rechazado, de forma expresa, el fallo o laudo propuesto. En este sentido puede mencionarse, entre otros ejemplos, el de la entidad de subastas *on-line* Ebay, en el caso de Confianza Online (de origen español), que determinó la expulsión, convenientemente publicitada, de tal proveedor.

otro, el proveedor que decide adherirse³⁶) que así lo establece. Sin embargo, los documentos de buenas prácticas, en materia de comercio electrónico, buscan incrementar la confianza de tal colectivo en las empresas que se adhieran a los mismos. Es patente, por tanto, que su motivación viene determinada, fundamentalmente, porque un tercero ajeno a la relación contractual, que vincula a consumidores o usuarios y empresarios, pueda garantizar el cumplimiento de la normativa aplicable al respecto, así como las mejoras legales que, a favor de la parte débil —consumidor y usuario—, haya estimado oportuno fijar, precisamente, para optimizar aún más, si cabe, su posición³⁷.

De este modo, si el consumidor y/o usuario entiende que el comportamiento de una empresa adherida a un documento de buenas prácticas vulnera su contenido, podrá ponerlo en conocimiento del organismo de control responsable de aquél, para que éste decida si la actividad denunciada entra o no dentro del campo de acción para el que el citado documento fue ideado³⁸. En caso de que la actividad realizada por la empresa sea potencialmente contraria al articulado del documento en cuestión, entrarán en juego, para la resolución del litigio, los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos que, en cada caso, se hayan establecido, sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer según las particularidades del supuesto concreto (amonestación, sanción pecuniaria³⁹ o expulsión convenientemente promocionada en los medios publicitarios físicos y digitales). Las empresas adheridas, en virtud de las exigencias establecidas en el documento, deberán acatar y cumplir escrupulosamente, con carácter inmediato, el contenido de las resoluciones aprobadas por el organismo extrajudicial —que, insistimos,

³⁶ En cuanto a la naturaleza jurídica de tal contrato, en el caso concreto de Chile, véase LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: «La autorregulación del comercio electrónico en Chile», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, 2016. En lo que se refiere al plano europeo, nos remitimos a LÓPEZ JIMÉNEZ, D.: «Aproximación a la posible naturaleza jurídica de los instrumentos derivados de la autorregulación en el ámbito digital», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 84, 2012, pp. 187-258.

³⁷ Las mejoras en las que incurren los sistemas de autorregulación, en los que se integran los códigos de conducta, van más allá de la vigencia de ciertas normas que amplían, a favor del consumidor y/o usuario, los derechos reconocidos, con carácter mínimo, por el legislador. En efecto, en tales sistemas existe un órgano de control encargado de aplicar el código ético. Este último, qué duda cabe, puede ser interpretado como una mejora sustancial, dado que supone una forma ágil de resolver extrajudicialmente las disputas que, en la práctica, se puedan suscitar.

³⁸ Además, debemos apuntar que, en base a la autorregulación, se han ideado instrumentos de valoración del empresario. Estos últimos, que se construyen sobre la base de las opiniones de los consumidores y/o usuarios, también recurren a sellos de confianza y, en ocasiones, se fundamentan en códigos éticos. Estas herramientas se encuentran notablemente vinculadas con la reputación digital. Entre los mismos, sin ánimo agotador, podemos citar los siguientes: Ekomi, iCERT, Opiniones Verificadas, Reevo, TrustPilot, Trustivity y Trusted Shops.

³⁹ Ahora bien, en el supuesto de algunos sistemas de autorregulación, sólo existen dos tipos de sanciones, a saber: la amonestación y la expulsión (publicitada) del sistema de autodisciplina. Este es el caso, a título de ejemplo, de Perú, donde el sistema de autodisciplina que existe, a nivel de la publicidad física o tradicional —CONAR—, no contempla, en el código de buenas prácticas, la posibilidad de implementar sanciones pecuniarias.

en el caso de América Latina se aproximan más a la mediación—, en relación a las actuaciones sometidas a valoración de este último⁴⁰.

No es necesario que el consumidor y/o usuario que se dirige al organismo de control sea consumidor o usuario efectivo de la empresa en cuestión. Dicho de otro modo, para que un consumidor o usuario pueda poner en conocimiento del organismo de control una actividad o actividades presuntamente vulneradoras de las materias reglamentadas en el documento de buenas prácticas basta con manifestar la conducta que se presume infractora y las posibles pruebas que sirvan de respaldo. Ahondando más en dicha afirmación, la entidad que formalice la reclamación podría ser otra empresa competidora (directa o indirectamente).

III. SIMILITUD FUNCIONAL DE LOS INSTRUMENTOS DE BUENAS PRÁCTICAS CON LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

El fenómeno de la contratación en masa⁴¹ surge como consecuencia de las exigencias técnicas demandadas por el desarrollo industrial del mundo capitalista: abaratamiento de costes, celeridad en el perfeccionamiento de las transacciones y uniformidad en las obligaciones y derechos a los que se someten los consumidores o usuarios de los servicios ofertados⁴². Del correcto desarrollo y funcionamiento de este tipo de contratación dependen tanto el mundo empresarial e industrial como el hombre medio en su faceta de consumidor⁴³. Es bien sabido que los contratos de adhesión⁴⁴ se erigen, en la actualidad, en un importante segmento de la contratación⁴⁵, debiendo cumplir la normativa que, al respecto, se haya estable-

⁴⁰ En el caso de América Latina, con la salvedad de Brasil, donde existe Clique e-Valide (excepción que es relativa, pues el enlace al que se remite está caído o no funciona), no existe un listado público de las reclamaciones presentadas por los consumidores u otras empresas y su resultado final.

⁴¹ La expresión contrato en masa alude a un fenómeno muy amplio que es la contratación de las empresas con grandes masas de clientes. Asimismo, los contratos en masa son contratos de adhesión, ya que la aceptación de una de las partes tiene lugar mediante su adhesión al contrato, pero no todos los contratos de adhesión se celebran en masa. En relación a esta cuestión, PIZARRO WILSON, C.: «La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno», *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, núm. 2, 2004.

⁴² BULLARD, A.: *La contratación masiva y la defensa del consumidor*, Lima, Servicio de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993; DE LA MAZA GAZMURI, I.: «Contratos por adhesión», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 1, 2003, pp. 109-147.

⁴³ BAUMANN, D.: *Droit de la Consommation*, Litec, París, 1997, pp. 34 y ss.; BOURGOIGNIE, T.: «Droit e politique communautaires de la consommation: de Rome a Amsterdam», *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 3, 1997, pp. 194-210; BUROU, H.: *Le droit de la consommation transfrontière*, Litec, París, 1999, pp. 68 y ss.

⁴⁴ Parece que fue SALEILLES, R.: *La déclaration de volonté*, F. Pichon, París, 1901, pp. 229 y ss., quien llamó la atención sobre esta figura, dándole, además, nombre.

⁴⁵ RUIZ-TAGLE VIAL, C., y LEIVA ROJAS, C.: «Los contratos de adhesión y las condiciones generales de los contratos», en *Jornadas chileno uruguayas de Derecho comercial*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Librotecnia, 2011, p. 259.

cido⁴⁶. Además (sin ser sinónimos, se encuentran notablemente vinculados con las condiciones generales de la contratación) en estos últimos se respetan o transgreden principios tradicionales del Derecho, cual es la autonomía de la voluntad y el consentimiento libre e informado⁴⁷. Obviamente, esta modalidad de contratos no debe incorporar cláusulas abusivas⁴⁸.

Es natural que, en el supuesto que se estudia, el legislador se haya preocupado por fomentar la instauración y consolidación de un comercio electrónico de calidad. Una vía prometedora y, por el momento, relativamente reciente, en materia de comercio electrónico, como reiteradamente se ha manifestado, son los códigos de conducta aprobados en dicho sector⁴⁹.

El documento en el que se materializan los códigos de conducta recuerda, en cierta manera, a la contratación por adhesión, aunque no puede ser estimado tal en sentido estricto. En efecto, el compromiso de cumplimiento de un código de conducta, por parte de un determinado proveedor, representa un contrato donde las partes contratantes son ambas empresarios —por uno lado, la entidad promotora del sistema de autorregulación en el que el código de conducta se sitúa y, por

⁴⁶ En el Derecho chileno deben cumplir lo dispuesto en el párrafo cuarto de la Ley de Protección de derechos del consumidor. Dicho párrafo alude a las normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento de los contratos de adhesión. Sobre esta materia, véase: WAHL SILVA, J.: «Los contratos de adhesión: normas de equidad en las estipulaciones y en el cumplimiento», en CORRAL TALCIANI, H. (Edit.), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes, Santiago, 1999.

⁴⁷ SANDOVAL LÓPEZ, R.: *Contratos mercantiles*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 285.

⁴⁸ Dicha materia es ampliamente tratada por la literatura académica. En este sentido, sin ánimo agotador, cabe destacar: LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: «Cláusulas contractuales abusivas y derecho del consumidor», en *Instituciones modernas de Derecho civil. Homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1996, pp. 434 y 435; LARROUMET, C.: *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1998, p. 72; TAPIA RODRÍGUEZ, M., y VALDIVIA OLIVARES, J.: *Contrato por adhesión. Ley 19.496*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 2002; DE LA MAZA GAZUMURI, I., y CRUZ, S.: «Contratos por Adhesión en Plataformas Electrónicas», *Revista de Derecho Informático*, núm. 59, 2003; DE LA MAZA GAZUMURI, I.: «El control de las cláusulas abusivas y la letra g», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 3, 2004; SANDOVAL LÓPEZ, R.: *Derecho del consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004; PIZARRO WILSON, C.: «El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos por adhesión», en BARRIENTOS, F.; DE LA MAZA, I., y PIZARRO, C. (Eds.), *Consumidores*, Abeledo Perrot, Santiago, 2012.

⁴⁹ México representa un caso paradigmático en la autodisciplina (véase el art. 24 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que se refiere, en el apartado IX bis, al fomento de los códigos de conducta), dado que se posiciona en línea con la normativa comunitaria, ya que (junto con Colombia —art. 50.f) de la Ley 1480 de 2011 (conocida como el nuevo Estatuto del Consumidor)— y Venezuela —art. 36 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso para los Bienes y Servicios—) fomenta el recurso de los proveedores a esta modalidad de buenas prácticas. Asimismo, otros instrumentos como el Tratado de Libre Comercio —art. 14.5—, celebrado entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, establece el fomento de la autorregulación a propósito del comercio electrónico.

otro, el empresario que se adhiere—, siendo los beneficiarios del contrato suscrito los potenciales consumidores y/o usuarios de la empresa adherida al código de conducta.

En el caso que se somete a examen, el código de buenas prácticas habrá sido predispuesto por la entidad promotora del sistema de autorregulación —que en la mayor parte de los supuestos de América Latina son Cámaras de Comercio Electrónico, con alguna excepción en la que, de forma complementaria, intervienen entidades, públicas⁵⁰ o privadas⁵¹, notablemente representativas del sector—, verificándose la adhesión por parte del prestador de servicios que, voluntariamente, ha decidido adherirse al código de conducta. La adhesión se efectúa a tenor de las condiciones establecidas por la entidad promotora.

El texto de tales códigos de conducta no es negociable, en el sentido de que el mismo sólo admite dos alternativas posibles. La primera será la asunción del mismo⁵² y la segunda la negativa a ello. No cabe la adhesión del contenido del código de conducta con reservas, pues tal factor, obviamente, ocasionaría desconfianza para el consumidor y/o usuario, ya que, el no compromiso de una determinada parte del documento, implicará el reconocimiento de un marco tuitivo menor para el potencial consumidor y usuario con respecto a las empresas que se adhieran sin formular reserva alguna. De hecho, si el empresario no deseara garantizar, con independencia de la causa, la protección de ciertos aspectos vinculados al comercio electrónico, en lugar de adherirse, con reservas, al clausulado de un determinado código de conducta, probablemente optaría por no hacerlo, ya que tal actitud pondría de manifiesto, con carácter público, que tal proveedor no está comprometido con la totalidad de las buenas y deseables prácticas empresariales comprendidas en el código de conducta. Como consecuencia, estaría despertando, de este modo, una fundada sospecha para la desconfianza, generando el efecto contrario al que, con la adhesión a un código de conducta, se persigue.

⁵⁰ En Bolivia, a propósito del código de conducta Controle, participa la Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información.

⁵¹ En cuanto al sistema de autorregulación de Argentina, denominado Econianza, podemos destacar, como entidad promotora, junto a la Cámara Argentina de Comercio Electrónico, el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (entidad sin ánimo de lucro constituida en 2005). Por lo que respecta a México, el reconocido sello AMIPCI se puso en marcha por parte de la Asociación Mexicana de Internet y la Secretaría de Economía mediante el Programa para el Desarrollo de la Industria del Software (PROSOFT).

⁵² Aunque algunos códigos de buenas prácticas permiten, de manera expresa, una mejora del nivel mínimo inicialmente establecido en su articulado, a favor del potencial consumidor y/o usuario, que contrate con el proveedor que se adhiera a los mismos, no parece admisible el supuesto contrario. Se trata de la rebaja del grado de protección inicialmente presente en una o varias de sus reglas suscritas por el empresario. De hecho, tal actuación podría ser interpretada como una vulneración de los compromisos asumidos por el empresario y, por consiguiente, sancionables.

IV. RESTRICCIONES QUE, CON CARÁCTER PRECEPTIVO, DEBEN OBSERVARSE

Concurren dos grandes bloques de limitaciones susceptibles de observarse en el marco de los sistemas de autorregulación referidos al comercio electrónico. Por un lado, la que se deriva de la normativa de defensa de la competencia. Y, por otro, la procedente de la normativa de competencia desleal⁵³. Aunque ambas materias serán estudiadas desde el Derecho chileno, cuando ha sido procedente se han efectuado las remisiones correspondientes a otros sistemas jurídicos de Derecho comparado.

1. En materia de defensa de la competencia

Los códigos de conducta han de respetar en su contenido ciertos límites establecidos por las leyes. Uno de ellos viene, precisamente, determinado por la necesaria observancia de la normativa de defensa de la competencia⁵⁴. Hasta la actual ley, Chile ha pasado por diversas normas que se han sucedido en la materia⁵⁵.

La posibilidad de que los códigos de conducta en el ámbito del comercio electrónico encierren un acuerdo colusorio⁵⁶ o supongan una actuación contraria a la Libre Competencia⁵⁷ — Decreto-Ley 211 — que, a su vez, vulnere la norma-

⁵³ Sobre esta materia, con carácter general, véase, sin perjuicio de las consideraciones que más adelante efectuaremos, TAPIA, M.: «Represión de la competencia desleal en el derecho chileno», *Revista de Derecho de la Empresa* (Santiago de Chile), 2006, núm. 8, pp. 69-82.

⁵⁴ Los códigos de conducta deben naturalmente observar la normativa de defensa de la competencia y, asimismo, operar una publicidad que sea suficiente para su oportuno conocimiento por parte de sus destinatarios.

⁵⁵ Así, entre otras, las siguientes: Ley 13.305 de 1959 (inspirada fundamentalmente en la Ley Sherman de Estados Unidos); el Decreto-Ley 211 de 1973 (basada en la conocida normativa antitrust estadounidense); el Decreto-Ley 511 de 1980, que modifica y coordina el anterior; la Ley 19.911 de 2003, que determinó el cambio sustancial en el sistema de defensa de la libre competencia en Chile, ya que creó el Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia; el Decreto con fuerza de Ley núm. 1 de 7 de marzo de 2005, aprobado por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, en cuyo texto se refunden, en un solo documento, todas las normas legales expedidas sobre la materia; y, finalmente, la Ley 20.361, de julio de 2009, que fortalece, de manera notable, la independencia de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁵⁶ Puede decirse que, a tenor del art. 3, apartado a), del Decreto Ley 211, colusión son «los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación». Asimismo, como determina la Corte Suprema de Chile (Rol 10.954 de 2011), constituye, de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia, la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento anticompetitivo de las empresas.

⁵⁷ El concepto y las ideas en relación a la competencia han evolucionado con el mero paso del tiempo. En la actualidad, la competencia esencialmente se entiende teniendo en cuenta los elemen-

tiva en materia de competencia desleal —Ley 20.169 de 2007—, existe⁵⁸. Este tipo de comportamientos son susceptibles de repercutir sobre el consumidor. En vista de ello, el SERNAC, en 2006, celebró con la Fiscalía Nacional Económica⁵⁹ de Chile un acuerdo de cooperación institucional.

Existen supuestos en los que códigos de conducta de comercio electrónico pueden incidir, de forma importante, en la materia que se examina. Por un lado, cabe la posibilidad de que los mismos supongan una merma importante de la competencia, vulnerando, de este modo, la Ley de Libre Competencia, a la que antes se hizo alusión⁶⁰. El fenómeno de la autorregulación, en algunas ocasiones, puede ser negativo y, en concreto, cuando la propia entidad promotora —o entidad o asociación gremial— adopta reglas que dificultan la competencia en perjuicio de los consumidores y/o usuarios. Por tanto, es conveniente que esta última se asegure que, tanto el diseño como la aplicación de las normas de buenas prácticas no tengan, o sean susceptibles de tener, efectos anticompetitivos⁶¹. Con carácter general, los sistemas de autodisciplina, a efectos de la normativa de defensa de la competencia, deben cumplir un elenco de presupuestos, a saber: las

tos de tensión y rivalidad. Para que concurra la primera de ellas —es decir, tensión—, que es de carácter subjetivo, el proveedor debe padecer preocupación por el hecho de que sus destinatarios puedan llegar a dejar de contratar sus bienes y/o servicios. En este caso, no es preceptiva la existencia de más competidores. Ahora bien, la rivalidad, por otro lado, sí supone la presencia de otros competidores, además de una posibilidad de los consumidores para poder elegir entre los diversos empresarios.

⁵⁸ En efecto, si el acto de competencia desleal es, con carácter simultáneo, realizado con el fin de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, éste puede constituir un acto sancionable en virtud de la normativa de defensa de la competencia.

⁵⁹ Existe una subordinación funcional, si bien no jerárquica, de la Fiscalía Nacional Económica al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, lo que se manifiesta por el hecho de que ésta contempla como una de sus principales funciones la de comportarse como auxiliar de la Justicia Antimonopólica, mientras que el citado Tribunal es el que efectúa y ejerce directamente esa forma de justicia distributiva.

⁶⁰ Existen políticas corporativas, denominadas *compliance programs*, que tienen como objetivo evitar que las empresas, directivos y sus trabajadores incumplan la normativa en esta materia. Sobre este particular, véase, con carácter general, PROPPER, E.: *Corporate Fraud Investigations and Compliance Programs*, Oceana Publications, Nueva York, 2000; MCKENDALL, M.; DE MARR, B., y JONES-RIKKERS, C.: «Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines», *Journal of Business Ethics*, núm. 37, 2002; MOOSMAYER, K.: *Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen*, Munich, Beck, 2011; SIEBER, U.: «Programas de “Compliance” en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad de empresa», en URQUIZO OLAECHEA, J.; ABANTO VÁSQUEZ, M., y SALAZAR SÁNCHEZ, N. (Coord.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: Homenaje a Klaus Tiedemann*, Lima, Fondo Editorial, 2011; MONTIEL, J. P.: «Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 40, 2013, pp. 251-277.

⁶¹ En este sentido, el hecho de ostentar un organismo de control, que se encargue de la observancia del cumplimiento de las reglas, sea o no independiente y/o imparcial, puede no ser suficiente para excluir de responsabilidad a la entidad promotora a efectos de la inobservancia de la normativa de defensa de la competencia.

normas de los códigos de buenas prácticas han de ostentar carácter objetivo y gozar de transparencia; no implicar la imposición de prácticas restrictivas de la competencia, en diversos ámbitos —precios, oferta de servicios y/o condiciones comerciales—, de observancia preceptiva; no incluir en su articulado medidas disciplinarias que puedan ser reputadas injustificadas o, incluso, arbitrarias⁶²; vinculado con el anterior, fijar un procedimiento de verificación, a cargo de un organismo de control, imparcial e independiente, que, además, recurra a un procedimiento fundado en la transparencia⁶³; no incluir la realización de acciones dirigidas a excluir otra empresa competidora del mercado; y no establecer restricciones, infundadas o arbitrarias, que impidan la entrada en el mercado.

Los sistemas de autorregulación, de manera abierta o encubierta —sobre todo en este último caso—, pueden ser empleados como instrumentos para restringir o eliminar la competencia entre los miembros del sistema. Así, existe la posibilidad de que ciertos operadores económicos vean en el sistema de autorregulación un instrumento muy útil para eliminar o restringir las estrategias competitivas de las empresas adheridas al código de conducta⁶⁴. Es por ello que el Derecho de Defensa de la Competencia debe prestar atención a los sistemas de autorregulación, en general y, en particular, a los códigos de conducta sobre los que se apoyan.

Uno de los principales caracteres de la Ley chilena sobre el particular es la adopción de un sistema fundamentalmente represivo de infracciones ya consumadas a la libre competencia⁶⁵. Dispone, a este respecto, el artículo 1, en su apartado segundo, del Decreto-Ley 211 que «los atentados contra la libre competencia en

⁶² A ello podría asimilarse el hecho de que el organismo de control del sistema se rigiera por procedimientos susceptibles de determinar una aplicación discriminatoria de las medidas de carácter disciplinario.

⁶³ Debe imperar una comunicación suficientemente justificada de las medidas disciplinarias a los afectados. Asimismo, la resolución que, en su caso, se dicte ha de ser susceptible de ser recurrida.

⁶⁴ Sobre este particular, a nivel comunitario, véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 28 de marzo de 2005. En dicha resolución se analizó el código de conducta aprobado por la Asociación de Agentes autorizados ante la Oficina Europea de Patentes en el que se prohibía la publicidad comparativa por parte de las empresas adheridas. La sentencia que se comenta, con buen criterio, determinó que dicha publicidad permite, entre otros extremos, aumentar la información de los usuarios, contribuyendo, de esta manera, a la mejor elección del agente autorizado. En consecuencia, dicha limitación restringía las posibilidades de los agentes más eficaces de desarrollar sus servicios.

⁶⁵ En el Derecho comparado, en este sentido, la ley española, en línea con lo previsto en las normas comunitarias, excluye de la prohibición aquellos acuerdos que reúnan determinados requisitos. En el caso concreto de España se pasó a un sistema de autoevaluación que deberán llevar a cabo las empresas, por sí mismas, a la hora de adoptar acuerdos. A nivel comunitario, el sistema de autoevaluación fue aplicable a partir del 1 de mayo de 2004 y, desde esa fecha, ha supuesto una importante descarga de trabajo en la Comisión Europea. Es de esperar que también las autoridades españolas puedan centrar sus esfuerzos y recursos en perseguir los casos más importantes, aunque con el nuevo sistema podría considerarse que se pierde en seguridad jurídica.

las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley⁶⁶». En consecuencia, no existe un sistema de control previo de tipo obligatorio de las operaciones de concentración que se realicen en Chile. En este sentido, la obligatoriedad del control previo de determinadas operaciones de concentración únicamente procede si ha sido ordenada, de manera expresa, por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Un régimen de autorización únicamente resulta racional si los supuestos en que hay que autorizar, en particular, un acuerdo, son excepcionales, porque la regla general sea que los acuerdos entre particulares no son restrictivos de la competencia, de forma que, cuando lo son, sólo excepcionalmente pueden ser autorizados. Puede decirse que resulta irracional un sistema que prohíbe masivamente para autorizar ampliamente después.

En ese sentido, llevando al extremo las consideraciones expuestas, puede advertirse que un Derecho de la competencia que, de manera desaforada, limitase la libertad de los particulares para llegar a acuerdos con otros particulares no sería compatible ni con la Constitución⁶⁷ ni con los valores de la libertad individual, la protección de la autonomía privada y de la libertad de empresa. Únicamente una concepción estricta de los acuerdos prohibidos permite hacer encajar el Derecho de la competencia con el Derecho contractual y el Derecho privado en general: los acuerdos celebrados en perjuicio de terceros nunca han estado protegidos por la libertad contractual y justifican la intervención estatal para impedir el daño.

En principio, debe entenderse que no existe colusión⁶⁸ en la aprobación de un código de conducta que reproduzca limitaciones o prohibiciones que serían aplicables a las empresas adheridas al mismo por la mera aplicación de la normativa vigente.

Los códigos de conducta en materia de comercio electrónico representan una suerte de recopilación y sistematización normativa, cubriendo, cuando proceda, lagunas, y efectuando, en ciertos casos, una mejora de las condiciones legales mínimas, en materia de comercio electrónico, para el potencial consumidor y/o usuario. En este sentido, en la medida de que realizan una loable labor de interés

⁶⁶ Respecto a la ausencia de represión penal de estas conductas, véase MATUS, J. P.: «Acerca de la actual falta de punibilidad en Chile de los acuerdos de precios», *Política Criminal*, vol. 7, núm. 14, 2012, pp. 318-356.

⁶⁷ En América Latina, a título de ejemplo, el artículo 333 de la Constitución de Colombia, aprobada en 1991, consagra la competencia como un derecho constitucional, al estipularse que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

⁶⁸ Ahora bien, la colusión puede plantearse en diversos ámbitos. Uno de ellos es el de los precios. En este sentido, véase HERNÁNDEZ, H.: «La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno», *Política Criminal*, vol. 7, núm. 13, 2012, pp. 147-167.

público y que, en ciertas ocasiones, únicamente acometen una actividad de sistematización, no deberían plantear, desde el punto de vista de Derecho de la Competencia, ningún problema.

Es, en cierta medida, perceptible que, en el caso comentado, los códigos de conducta han sido elaborados para, precisamente, cumplir una función didáctica, pues dan a conocer al consumidor y/o usuario el marco normativo aplicable al comercio electrónico. En este sentido, debido a la tipificación de conductas —supuestos de hecho— no contempladas expresamente por la normativa vigente, los códigos de conducta persiguen, en ciertos supuestos, concretar aquellas cláusulas generales, dotando, a todos los sujetos a los que se refieren, de un mayor grado de certeza y seguridad jurídica. De este modo, tales instrumentos de autorregulación definen el alcance de las mencionadas cláusulas generales que existen en el ordenamiento jurídico.

Tampoco plantean ningún problema, desde la perspectiva de defensa de la competencia, las herramientas de buenas prácticas que incluyesen en su articulado bien la interpretación jurisprudencial, bien la interpretación doctrinal sobre una serie de materias. En otras palabras, no deben suscitar polémica de ningún tipo los códigos de conducta en los que se contuvieran los principales grupos de casos elaborados por la jurisprudencia en la aplicación de las cláusulas generales. Tampoco los códigos de conducta que aludan, a modo de ejemplo, a determinadas actividades que son meros ejemplos o simples manifestaciones concretas de otras conductas legalmente tipificadas.

La única cuestión, en cierto sentido, delicada podría ser cuando el instrumento de buenas prácticas, para mejorar la situación legal en la que el consumidor y/o usuario pudiera encontrarse, previera, para los proveedores adheridos, la prohibición de efectuar ciertas prácticas publicitarias o restricciones, en materia de contratación electrónica, que fueran lícitas a tenor de la normativa vigente. Bien, en ese caso, habría que examinar el supuesto concreto para evaluar si las actuaciones prohibidas suponen, simultáneamente, una restricción de la competencia⁶⁹, lo que quiere decir que incitan o pueden ser susceptibles de provocar una limitación en la libertad de actuación de los operadores en ese mercado, distorsionando o alterando el normal funcionamiento del mismo, siendo intrascendente en la tipificación, la intención o voluntad de los intervinientes⁷⁰. Cabe considerar, asimismo,

⁶⁹ Tal supuesto se planteó, en la sentencia 128/2013, de enero de 2013, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a propósito de la autorregulación en materia publicitaria. Dicho órgano condenó a las empresas en cuestión, ya que incurrieron en infracción a las normas de defensa de la libre competencia, mediante un boicot colectivo, en contra de las licitaciones convocadas por Metro, SA, y Transbank, SA, al tratar de reducir el número de participantes en las mismas, bajo amenaza de no contratar o de no participar en ellas.

⁷⁰ KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8.ª edición, Hart Publishing, Oxford, 2004.

que la intervención de la competencia no se refiere únicamente a la real, es decir, a las condiciones de competencia que existen en ese momento para un mercado determinado, sino, además, a la potencial, esto es, a las que pudieran existir⁷¹.

Es preciso estudiar, con detenimiento, el contenido del articulado de las normas de conducta y, de este modo, podrá ponderarse si éstas son adecuadas como para lograr los fines conseguidos, así como si éstos pudieran ser alcanzados mediante normas que supusieran una menor restricción de la competencia. El análisis, también, debía tener en consideración las características del sistema de autorregulación⁷². De igual modo, deben tenerse en cuenta las medidas de control previstas en el sistema, de suerte que un sistema que prevé la simple adopción de medidas coercitivas podía, *a priori*, generar mayores restricciones que otros sistemas donde las medidas de control no tenían tal carácter. En consecuencia, deben ser objeto de un análisis menos riguroso aquellos sistemas donde no estén previstas medidas coercitivas frente a presuntos incumplimientos del código de conducta⁷³.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile⁷⁴ no ha tenido ocasión de pronunciarse frente a supuestos de hecho vinculados específicamente con el

⁷¹ BELLAMY y CHILD: *European Community Law of Competition*, 6.ª edición, Oxford University Press, Londres, 2008.

⁷² Ahora bien, existen algunos supuestos, en el plano europeo, donde se exige que los códigos de conducta cumplan, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, determinados presupuestos. Así, en el Reino Unido, el programa de aprobación de códigos del consumidor de la Oficina de Comercio Leal del Reino Unido da su visto bueno a grupos de empresas que, mediante su asociación empresarial, adoptan, de manera voluntaria, un código de conducta que fomenta o ampara los intereses de los consumidores y cumpla los presupuestos establecidos por la Oficina para el programa. A tal fin, las asociaciones comerciales elaboran normas propias con el fin de resolver determinados problemas de los consumidores, como el deber de divulgar información con carácter previo a la celebración del contrato, el etiquetado y la publicidad veraces y las condiciones generales de la contratación justas. El código de conducta se presenta a la Oficina para obtener su logotipo de aprobación. Para ello, resulta necesario cumplir ciertos criterios como: la asociación o entidad promotora de que se trate debe contar, entre sus miembros, con mayoría de las empresas del sector; la observancia y el cumplimiento del código deben ser obligatorios para todos los miembros; los patrocinadores del código deben disponer de fondos y recursos para alcanzar los objetivos del mismo y deben estar en condiciones de demostrar que, a lo largo del proceso de preparación del código, se consultó a las organizaciones representativas de los consumidores y a los órganos administrativos competentes.

⁷³ En definitiva, de la normativa puede colegirse la voluntad de las autoridades de fomentar la corregulación y los sistemas de autocontrol de la actividad publicitaria en beneficio de los consumidores en general y, en particular, de los más vulnerables frente a las prácticas publicitarias ilícitas —así, por ejemplo, menores, adolescentes y mujeres—, con especial atención a la publicidad de determinados productos cuyo uso o consumo comportan un riesgo objetivo para la salud de las personas —medicamentos, tabaco o alcohol.

⁷⁴ Su función es la de prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Se erige, como su propio nombre indica, en un tribunal y no en un órgano administrativo. Es un tribunal especial, es decir, sólo conoce de las causas vinculadas con la libre competencia. Está constituido por cinco ministros, de los que tres son abogados y dos son economistas.

comercio electrónico. Si lo ha hecho, sin embargo, directa o indirectamente, a propósito de la autorregulación relativa a la publicidad física o tradicional⁷⁵. Sus planteamientos van, en cualquier caso, en línea con lo que en el presente apartado hemos expuesto.

2. En materia de competencia desleal

Si bien, con carácter previo, hemos efectuado ciertas apreciaciones relativas a los eventuales problemas que se pueden plantear, en materia de competencia desleal, por parte de las actuaciones de los sistemas de autodisciplina, cabe, a continuación, referirse a ello de manera independiente. Debe, en este sentido, considerarse, desde un plano crítico, si resulta eventualmente posible la calificación como acto de competencia desleal —en concreto, acto de denigración— de la publicación —por parte de un sistema de autodisciplina— de pronunciamientos adoptados frente a terceros no asociados. A tenor del artículo 3 de la Ley 20.169⁷⁶, podrá reputarse, con carácter general, acto de competencia desleal «toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado».

A) Legitimación activa

Con carácter general, cualquier interesado podrá presentar, ante el sistema de autodisciplina, una reclamación ya sea un particular —frecuentemente un consumidor de forma individual—, empresa, asociación empresarial, asociación de consumidores o, inclusive, el sector público. Nótese, a este último respecto, que el Sernac de Chile formalizó, hace unos años, un acuerdo con el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria (en adelante, CONAR) con el objetivo de que la publicidad realizada cumpla, además de la normativa legal, las reglas éticas incluidas en

⁷⁵ Así, entre otras, podemos aludir a las siguientes resoluciones del Tribunal (chileno) de Defensa de la Competencia: sentencia 12/2004, de diciembre de 2004; sentencia 103/2010, de septiembre de 2010; sentencia 115/2011, de noviembre de 2011, y sentencia 128/2013, de enero de 2013.

⁷⁶ En relación a la misma, véase: TAPIA, M.: «Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno», *Boletín Microjuris*, núm. 175, 2007; TAPIA, M. «Responsabilidad civil por actos de competencia desleal en el derecho chileno», en *Competencia desleal. Análisis crítico y elementos para la aplicación de la Ley núm. 20.169, de 2007*, Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de Los Andes, Santiago, Universidad de Los Andes, 2007, pp. 85-93; TAPIA, M.: «La Ley 20.169 sobre competencia desleal: una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual», en GUZMÁN BRITO, A.: (Ed.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil*, Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 791-799; TAPIA, M.: «Nueva ley chilena de competencia desleal (núm. 20.169) y sus proximidades con el derecho argentino», *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 1, 2009, pp. 85-89.

el código de buenas prácticas de tal sistema de autodisciplina⁷⁷. Este último, que nace a finales de la década de los ochenta del siglo pasado (1986), representa una corporación de derecho privado sin fin de lucro, auspiciado o fomentado por anunciantes, agencias y medios⁷⁸. Desde el momento de su fundación hasta la actualidad ha tenido la ocasión de resolver más de 900 casos presentados a su consideración. Asimismo, desde 2008, es parte de EASA⁷⁹, así como de CONARED⁸⁰, que constituye la Red de Organismos de Autorregulación Publicitaria de América Latina. Sus actuaciones se fundamentan en el Código Chileno de Ética Publicitaria⁸¹. Dicho código de conducta, como otros de sus homónimos, se inspira en el Código Internacional de Prácticas de Publicidad de la Cámara Internacional de Comercio⁸². Una de las materias reglamentarias por el mismo, vinculada con la normativa de competencia desleal, es la de la publicidad comparativa. De ello nos ocuparemos más adelante, pues dicho organismo de autorregulación ha tenido la ocasión de pronunciarse en cuanto a empresas no adheridas a dicho sistema.

Puede, por consiguiente, colegirse que para presentar una reclamación no es preceptivo ser miembro o estar adherido al sistema de autodisciplina de que se trate. Representa un procedimiento que resulta gratuito para los consumidores, organismos del sector público y asociados al sistema de autorregulación. No lo es, sin embargo, para las entidades que no sean parte de este último.

En cualquier caso, entendemos que para que la reclamación tenga fundamento sí que resulta exigible la concurrencia en el actor de un «interés legítimo». En

⁷⁷ El Sernac ha presentado diversas reclamaciones ante CONAR frente a anuncios que, a juicio del organismo público, podían vulnerar el código de buenas prácticas.

⁷⁸ A fecha de hoy, son socios de dicha corporación sin ánimo de lucro: la Asociación Nacional de Avisadores (ANDA); la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad (ACHAP); la Asociación de Canales de Televisión (ANATEL); la Asociación de Radiodifusores de Chile (ARCHI) y la *Interactive Advertising Bureau* (IAB-Chile).

⁷⁹ La Alianza Europea para la Deontología Publicitaria (EASA), creada en 1992, representa, de alguna forma, la voz de la industria publicitaria para la defensa de la autorregulación en Europa. Cuenta con base en Bruselas, estando, asimismo, financiada por los diversos organismos de autorregulación nacionales. Entre sus diversas funciones están promover la autorregulación y coordinar la tramitación de las controversias transfronterizas que, en su caso, se planteen (*cross-border complaints*).

⁸⁰ Es la Red Latinoamericana de organismos de autorregulación publicitaria, constituida por Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

⁸¹ Este es fruto de la fusión de dos códigos de conducta de dos entidades, a saber: la Asociación Nacional de Avisadores, ANDA, y la Asociación Chilena de Agencias de Publicidad, ACHAP.

⁸² El primer código de conducta de la Cámara de Comercio Internacional de Prácticas Publicitarias data de 1937. El mismo ostentaba numerosas ventajas, como esencialmente proveer una estructura aceptada, a nivel mundial, para la comunicación y la creatividad responsable. Este código de buenas prácticas ha sido actualizado, desde su aprobación, y se le han ido añadiendo otros instrumentos derivados de la autodisciplina, cuales son códigos sobre promociones de venta, patrocinio, mercadotecnia directa, medios electrónicos y publicidad ambiental, así como en investigaciones de mercado y ventas directas.

otras palabras, debe concurrir alguna relación con el anuncio, de forma que la resolución que, en su caso, pueda llegar a dictarse implique algún efecto para el reclamante. Ahora bien, en el espectro en el que nos movemos, teniendo en consideración la casuística, sería suficiente con un simple interés abstracto en la corrección deontológica de la publicidad.

B) Legitimación pasiva

Aunque cuando se presenta un reclamo puede efectuarse frente a una sola o varias empresas, las reclamaciones que se plantean ante el sistema de autodisciplina normalmente se dirigen contra un único proveedor. No se considerarían partes, en el caso de la publicidad, las agencias de publicidad ni los titulares de los medios que hayan difundido el anuncio.

Partiendo de tal premisa, debe considerarse que los pronunciamientos del sistema de autorregulación podrán tener como destinatarios tanto a empresas adheridas como terceros no asociados⁸³. Si bien este último supuesto podría resultar un tanto paradójico —y, en cierta medida, suscitar perplejidad—, pues las empresas no han aceptado, en ningún momento, observar las normas éticas incluidas en el código de conducta, puede acontecer que, una vez que se ha planteado la reclamación frente a la misma, la empresa, respecto a la que se dirige, acepte tácitamente la competencia del sistema de autodisciplina. Como se verá, de no ser así —e, incluso, de existir oposición expresa—, ello no será óbice para que tal órgano emita un dictamen u opinión no vinculante sobre la corrección deontológica de la campaña publicitaria sometida a su valoración⁸⁴. Esta situación se planteó recientemente en Chile, a propósito de la publicidad comparativa realizada por parte de la empresa de telecomunicaciones WOM. De todo ello nos ocuparemos más adelante.

Antes de ver, de manera individual, cada uno de los supuestos enunciados, debe manifestarse que las resoluciones del sistema de autorregulación resultan de

⁸³ Ahora bien, en el caso concreto de España, en materia publicitaria, debe tomarse en cuenta que las resoluciones del jurado de la Publicidad también son vinculantes para las empresas que, si bien no son socios de Autocontrol de la Publicidad, están adheridos a los códigos de conducta sectoriales elaborados por determinadas organizaciones, pero cuya aplicación y resolución de controversias haya sido encomendada al jurado de la publicidad.

⁸⁴ Es más, aunque la empresa no adherida al código de buenas prácticas, no reconozca la autoridad del sistema de autodisciplina, éste puede imponer a los medios de comunicación de que se trate (sí adheridos) que, no obstante, cesen la emisión del anuncio controvertido. Esto es lo que precisamente acontece en el ámbito de Perú que tiene la misma denominación que su homónimo chileno: Conar. Asimismo, cabe precisar que el Código de Ética Publicitaria del sistema de autodisciplina peruano es compatible con la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo 1044, del 25 de junio del 2008) y con el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29.571).

obligada observancia para sus destinatarios. En este último supuesto debemos de entender que se encuentran tanto los asociados como los terceros no adheridos que aceptaron, expresa o tácitamente, la competencia del sistema de autodisciplina correspondiente.

a) PRONUNCIAMIENTO DEL SISTEMA DE AUTODISCIPLINA FRENTE A EMPRESAS ADHERIDAS

Lo habitual es que el sistema de autorregulación se pronuncie frente a las empresas que voluntariamente han manifestado su expreso deseo de integrarse en el mismo⁸⁵. De hecho, el número de resoluciones relativas a terceros, como es lógico, es notablemente menor —por no decir testimonial e incluso inexistente en algunos sistemas de autodisciplina de América Latina⁸⁶— que las que versan sobre empresas adheridas. Ahora bien, el elenco de pronunciamientos frente a empresas no adheridas, en materia de publicidad interactiva, como seguidamente veremos, en el siguiente apartado, no resulta en absoluto un hecho aislado (en el marco de actuación de CONAR Chile). Las resoluciones que el organismo de control dicte se fundamentarán en los códigos de conducta sobre los que pivota el sistema de autodisciplina en materia de publicidad interactiva.

Debe destacarse que el sistema de autodisciplina actuará frente a empresas adheridas cuando haya resultado infructuosa la mediación realizada. Esta última es, por tanto, un medio de resolución del conflicto previo a la intervención del organismo de control y facultativo para las partes en el que se encarga a un tercero la función de aproximar a las partes y determinar las posiciones que serían asumibles por ambas⁸⁷. La mayoría de las diferencias, que, en materia de publicidad interactiva, existen entre las partes suelen solventarse por mediación, siendo necesario acudir a la intervención del organismo de control en un porcentaje comparativamente menor.

⁸⁵ En el caso de Chile, a lo largo de la historia de CONAR, más del 95 por 100 de las empresas que han solicitado la opinión de dicho sistema, respecto de una determinada campaña publicitaria, han acatado voluntariamente sus resoluciones y recomendaciones, dado que impera una comprensión de la importancia y valor de su rol como organismo paradigmático en la materia.

⁸⁶ En el plano del comercio electrónico, los sistemas de autodisciplina específicos sobre la materia, en América Latina, no han tenido ocasión de pronunciarse, al respecto, a fecha de hoy. Ahora bien, en el caso concreto de la publicidad digital (que, como es sabido, se incluye dentro del comercio electrónico), CONAR Chile, como veremos, se ha referido, a través de una opinión ética, frente a la publicidad comparativa efectuada por WOM respecto a sus competidores. En cuanto a los medios de los que dicha empresa se sirvió, cabe mencionar que, además de la prensa escrita y la televisión o la radio, recurrió a Internet.

⁸⁷ Respecto a las ventajas, en este sentido, sobre todo en el plano transnacional y los ahorros que puede suponer para el sector público, véase CALFEE, J.: *Miedo a la persuasión. Una nueva perspectiva de la publicidad y sus reglas*, Asociación Civil Themis, Lima (Perú), 2013.

Respecto a los motivos por los que se pueden presentar reclamaciones ante los sistemas de autorregulación, a nivel publicitario, destacan, entre otros⁸⁸, el envío no solicitado de comunicaciones comerciales vía correo electrónico —*spam*—, SMS —*Short Message Service*—, MMS —*Multimedia Messaging System*—; incumplimiento de las normas sobre promociones publicitarias interactivas; infracción de la veracidad de la publicidad; violación de los derechos de propiedad intelectual e industrial y vulneración del principio de no discriminación en la publicidad por motivos de raza, sexo, orientación sexual, convicciones religiosas o políticas o cualquier otra circunstancia personal o social.

b) PRONUNCIAMIENTO DEL SISTEMA DE AUTORREGULACIÓN FRENTE A TERCEROS NO ADHERIDOS

La asunción de cualquier sistema de autorregulación ha de ser, naturalmente, voluntario para los proveedores interesados en el mismo, no siendo, en absoluto, admisible que, de manera unilateral, la entidad promotora exija a un empresario no adherido el cumplimiento del código de conducta. Dicho en otros términos, cuando un empresario no se adhiere a un determinado sistema de autorregulación, y, con ello, al correspondiente código ético, la entidad promotora no podrá, pues no existirá fundamento para ello, demandar su cumplimiento⁸⁹.

No obstante, cabe la posibilidad de que, en el caso de controversias planteadas, a propósito de la publicidad difundida en Internet, el sistema de autorregulación se pronuncie sobre conflictos que tengan como destinatarios empresas no adheridas al mismo. Pese a la voluntariedad del sistema, que sólo puede vincular estatutariamente a las entidades asociadas, es innegable la fuerza moral de la que gozan los pronunciamientos de determinados sistemas de autodisciplina (como, en el caso que nos ocupa, es el supuesto de CONAR Chile), en todo el sector, adheridos y no adheridos.

Como a continuación se verá, si un tercero no asociado rechaza someterse al sistema, éste no dictará resolución. No obstante, el reclamante podrá, aun así, solicitar del sistema un dictamen u opinión ética no vinculante sobre la publicidad del tercero no asociado. Debe insistirse en que la valoración del sistema se plasmará en un documento que tomará la forma de opinión, que expresará su veredicto deontológico y que en absoluto será vinculante para las empresas no adheridas. Algunos

⁸⁸ En el caso de Conar Chile, si bien el código de conducta contiene muy pocas alusiones al ámbito digital, se han efectuado pronunciamientos (Rol 948/14) sobre la publicidad difundida en tal canal. De hecho, en 2014, lo hizo a propósito de la publicidad realizada en Twitter, pues un anuncio —*tweet*— vulneraba el art. 3 del código de buenas prácticas, cuyo tenor literal señala que «los avisos no deben explotar o aprovecharse del infortunio o el sufrimiento, sin causa justificada».

⁸⁹ Debe considerarse que los códigos de conducta carecen de un elemento esencial inherente a las normas jurídicas, cual es que no resultan de aplicación general.

sistemas de autorregulación de América Latina⁹⁰ disponen, de manera expresa, que cuando las resoluciones aludan a empresas adheridas no se difundirán.

Teniendo en consideración que el código ético, sobre el que el sistema fundará su valoración, integra, en su articulado, tanto la normativa vigente como numerosas consideraciones de carácter ético, el dictamen emitido, a modo de opinión, no se desvincularía de lo que los órganos judiciales podrían estimar de aplicación al supuesto controvertido si fuese sometido a su enjuiciamiento. En cualquier caso, conviene insistir en que el dictamen es no vinculante para la empresa, sobre cuya conducta se pronuncia el sistema, teniendo, en todo momento, aquélla la libertad para actuar siguiendo sus recomendaciones o no. Aunque estas situaciones todavía no se han planteado en América Latina, en el plano judicial, sí que se han sucedido en el espacio comunitario. En concreto en el caso de España, donde el jurado de la publicidad tuvo que acatar la decisión de los órganos judiciales⁹¹. Debe, asimismo, recordarse que, de estimarlo necesario, el sistema de autorregulación podrá dar traslado de ese dictamen no vinculante a las autoridades⁹².

⁹⁰ Este es el caso del CONARP —Consejo de Autorregulación Publicitaria de Argentina—, cuyo código de buenas prácticas (más dirigido a la publicidad tradicional) incluye en su articulado, en sede de la publicación de los casos, tal determinación.

⁹¹ Tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de mayo de 2004, el sistema de autorregulación denominado Autocontrol, con buen criterio, modificó el Reglamento del jurado de la publicidad —órgano de control del mismo—, de forma que, en la actualidad, si un tercero no asociado rechaza someterse al jurado, éste no dictará resolución alguna. El reclamante, sin embargo, podrá solicitar del jurado un dictamen no vinculante sobre la publicidad del tercero no asociado. Este dictamen no vinculante constituye una mera opinión deontológica de expertos en la materia, sobre la cuestión que se les plantea, que no es difundida, en modo alguno, por la Asociación ni publicado en su revista o sitio *web*. En concreto, el vigente artículo 18.2 del Reglamento del jurado (que se ocupa de la ordenación de esta cuestión) señala que, en caso de que el escrito presentado por el reclamante se dirija contra las comunicaciones comerciales de un tercero no asociado, que, en su escrito de contestación, haya rechazado expresamente participar en el procedimiento ante el jurado, la sección correspondiente no emitirá resolución, pero podrá emitir, a solicitud del interesado, un dictamen que exprese su opinión deontológica no vinculante acerca de la corrección de las comunicaciones comerciales realizadas por dicho tercero no asociado. En la sentencia antes reseñada se valoraba la legalidad de la actuación del jurado de la publicidad consistente en dictar una resolución por la que se declaraba que un anunciante había infringido el código de conducta publicitaria. Dicho anunciante, en el momento de dictarse la resolución, no era asociado y, asimismo, se había opuesto, de forma expresa, a que el jurado actuase. Tanto la sentencia que se comenta (de la Audiencia Provincial de Madrid) como la del Juzgado de Primera Instancia interpretaron que el Reglamento del Jurado sólo podía entenderse en el sentido de que los terceros habrán tenido que manifestar su sometimiento voluntario al procedimiento del jurado. Dicha sumisión debía ser expresa, sin que fuera admisible atribuir eficacia al silencio o a la inactividad subsiguiente a la recepción de una oferta realizada por Autocontrol relativa a que si no se manifestaba una voluntad contraria se entendía que se sometía a la actuación del jurado. A pesar de que, en aquel momento, la alegación no prosperó, Autocontrol señaló que, aunque sus resoluciones no vinculaban a los no asociados, frente a los mismos tenían el valor de opinión cualificada, por lo que impedir su emisión suponía cercenar el derecho a la libertad de expresión de Autocontrol.

⁹² En el caso concreto de España, si nos referimos al sistema de autodisciplina denominado Autocontrol, cuyo organismo de control es el jurado de la publicidad, podemos mencionar lo que

Tales pronunciamientos no serán, en absoluto, como decimos, vinculantes para la empresa no comprometida con el código ético, pudiendo entenderse que son posibles en virtud del derecho fundamental a la libertad de expresión⁹³, reconocido por el artículo 19, apartado 12, de la Constitución de la República de Chile⁹⁴—donde se protege una libertad ideológica que tiene tácitamente también por objeto la expresión y difusión de creencias y juicios de valor⁹⁵—, si bien, como seguidamente se verá, podrían, qué duda cabe, plantearse opiniones discrepantes con la postura que se sostiene.

En efecto, por parte de algunos, podría considerarse que el sistema de autorregulación—en concreto el código de conducta en el que el organismo de control fundamenta sus resoluciones cuando versan preferentemente en relación a Internet—podría llegar a romper el principio de voluntariedad de los sistemas de autorregulación por dos motivos. Por un lado, debido a que el sistema permite al organismo de control enjuiciar los incumplimientos del código ético por parte de empresas no adheridas y, por otro, porque, con tal comportamiento, podría crearse una suerte de corriente a favor de la incorporación al sistema de autodisciplina, de manera que, según tal interpretación, los no adheridos podrían ser considerados sospechosos.

No se comparten, sin embargo, tales apreciaciones. En cuanto a la consideración de que el procedimiento creado por el sistema de autorregulación que se analiza posibilita el enjuiciamiento de presuntos incumplimientos del código deontológico, por parte de empresas no adheridas, debe advertirse que los pronunciamientos que el organismo de control puede emitir, frente a empresas no comprometidas con el código ético, constituyen, en caso de que el no asociado se niegue a participar en el procedimiento, dictámenes u opiniones no vinculantes que, además, no son publicitados, siendo posible la emisión de los mismos en

prevé el artículo 32 del Reglamento del jurado, que dispone que «los Dictámenes no vinculantes emitidos por las Secciones o el Pleno del Jurado de la Publicidad, de conformidad con lo establecido en este Reglamento, serán comunicados al solicitante y, cuando el jurado o los órganos directivos de la Asociación lo estimen conveniente, a las autoridades administrativas o judiciales competentes». También actúa en el mismo sentido el código colombiano de autorregulación publicitaria (art. 59).

⁹³ En el sistema interamericano cabe advertir que la libertad de expresión presenta una mayor tutela que en los demás sistemas de protección de Derechos Humanos. En efecto, la Corte Interamericana aludió a esta mayor salvaguarda presente en la Convención Americana, en comparación con otros textos en el Derecho Universal—Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, y en el Derecho europeo—Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

⁹⁴ En Chile, el mencionado precepto impone al Estado el deber de garantizar el derecho de libertad de expresión en su doble acepción. Por un lado, de informar sin censura previa y, por otro, de recibir información, tal como ha expuesto en sus decisiones el Tribunal Constitucional de Chile y la jurisprudencia de sus tribunales.

⁹⁵ El derecho a la libertad de expresión puede verse amenazado tanto por el sector público como por el privado. Así, FISS, O.: «Free Speech and Social Structure», *Iowa Law Review*, núm. 71, 1986, pp. 1405-1425.

virtud del ejercicio de la libertad de expresión. En cualquier caso, las resoluciones emitidas sobre publicidad interactiva frente a las entidades no adheridas apenas se han planteado en América Latina —a diferencia de lo acontecido en determinados Estados comunitarios⁹⁶—, con la excepción de Chile, que recientemente en el caso de CONAR Chile se ha suscitado en varios supuestos.

Tales valoraciones tienen el valor de meras opiniones efectuadas al amparo del derecho a la libertad de expresión del artículo 19.12 de la Constitución de la

⁹⁶ En el caso concreto de España, donde existe el código de conducta de confianza Online, los pronunciamientos del jurado (organismo de control, en materia de publicidad interactiva, en el seno del sistema de autodisciplina denominado Autocontrol) que tienen como destinatarios a empresas no adheridas, entre otras, son: la resolución del jurado de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial de 9 de octubre de 2003, caso «Recovery Labs vs. Datex DSM, SA»; resolución de 24 de mayo de 2004, caso «Dell II»; resolución de 9 de febrero de 2005, caso «Quién es Berton»; resolución de 16 de junio de 2005, caso «Proyector Epson»; resolución de 18 de enero de 2007, caso «Travel Club»; resolución de 21 de febrero de 2007, caso «Residencia Virgen del Carmen»; resolución de 2 de marzo de 2007, caso «Dolce & Gabbana»; resolución de 7 de marzo de 2007, caso «Particular vs. Air Millar «Trabel Club»; resolución de 12 de marzo de 2007, caso «Equipos Informáticos Infor-Ibérica, SA»; resolución de 28 de junio de 2007, caso «Ser vs. Cope»; resolución de 22 de noviembre de 2007, caso «Frutas Coapa, S. L. (Confianza Online) vs. Sobre Naranjas («Naranjas lola»); resolución de 15 de enero de 2008, caso Autocontrol (Setsi) vs. Luk Internacional («Shin Chan»); resolución de 23 de enero de 2008, caso Particular (OMIC Uribe Kosta) vs. Dada Iberia, SL; resolución de 25 de septiembre de 2008, caso Particular vs. Clickair, S. A.; resolución de 28 de enero de 2010, caso Particular vs. Desigual «Complementos»; resolución de 28 de febrero de 2008, caso Particular vs. Canalmail; resolución de 14 de mayo de 2008, caso Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Hostal SotoPalacio; resolución de 29 de enero de 2009, caso Particular vs. OKI Systems Ibérica, SAU; resolución de 21 de mayo de 2009, caso Particular vs. Jet Multimedia España, SA, «Descubre los secretos de tu pareja»; resolución de 18 de septiembre de 2009; caso Nobilis Ibérica, SA «Secret Flirt»; resolución de 4 de febrero de 2010, caso Advertising Standards Authority (ASA) vs. Vistaprint España, SL «Small Car Door Magnets»; resolución de 4 de febrero de 2010, caso Advertising Standards Authority (ASA) vs. Vistaprint España, SL «Wall Calendar for free»; resolución de 24 de febrero de 2010, caso Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid vs. Cybernet Entertainment LTD; resolución de 15 de abril de 2010, caso Advertising Standards Authority (ASA) vs. Vistaprint España, SL «T-Shirt»; resolución de 20 de abril de 2010, caso «Particular vs. Interactive 3G, SL»; resolución de 20 de abril de 2010, caso Particular vs. Interactive 3G S. L. «MYBYP.NET»; resolución de 7 de junio de 2010, caso Consorcio Extremeño de Información al Consumidor (CMC La Vera) vs. Sinertec Comunicación, SL; resolución de 6 de julio de 2010, caso Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Protein, SA «Colnatur»; resolución de 23 de septiembre de 2010, caso Particular vs. Hotel Torres I-Novatur 2000, SL; resolución de 28 de octubre de 2010, caso «Particular vs. Vistaprint «Mega Rebajas»; resolución de 18 de noviembre de 2010, caso particular vs. Grandes Almacenes Fnac España, SAU «Fnac.Es — Portatil Apple Macbook Pro» —que erróneamente se menciona como no adherida, por parte del jurado de la publicidad, a pesar de que sí lo está—; resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Rumbo («Crucero Grand Mistral 1»); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Logitravel («Crucero Grand Mistral 2»); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Logitravel («Crucero Grand Mistral 3»); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Samsung («Samsung sácale partido al equipo ganador»); resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Privalia Venta Directa, SL, y resolución de 4 de enero de 2011, caso Particular vs. Planeta ECommerce Network, SL «Mil millones de mejillones»; resolución de 5 de mayo de 2011, caso Particular vs. Vistaprint España, SL («Business Cards»).

República⁹⁷. No resultan, en absoluto, vinculantes para las empresas no adheridas al sistema de autorregulación, debiendo ser conceptualizadas como apreciaciones de situaciones controvertidas efectuadas por parte de un órgano de la más alta autoridad e independencia.

Como antes indicábamos, CONAR Chile recientemente ha tenido que pronunciarse frente a una empresa no adherida por la agresiva publicidad comparativa realizada frente a otras empresas sí adheridas a tal sistema de autodisciplina. Antes realizaremos una somera alusión a esta sugerente modalidad promocional. Efectuaremos, en primer término, algunas apreciaciones de carácter breve a propósito de la regulación legal y, en segundo término, por lo que se refiere a dicha cuestión por parte de los códigos de buenas prácticas que incluyen una ordenación sobre el particular. La ordenación de la publicidad comparativa desleal, además de tutelar el interés de la industria, busca dar protección a los intereses de los consumidores y el interés público en el mercado.

La Ley 20.169 sobre competencia desleal, de febrero de 2007, constituye la primera regulación directa de esta modalidad publicitaria en Chile⁹⁸. Dicha norma disciplina, en su artículo 4, la publicidad comparativa entre los supuestos de competencia desleal⁹⁹. Este último dispone que representan actos de competencia desleal «todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva». El apartado al que acabamos de referirnos sanciona la conducta típica de la publicidad denigratoria, es decir, aquella comunicación dirigida al público, que se refiere a productos, servicios u otros elementos vinculados a la competencia, con el fin de perjudicar su reputación¹⁰⁰.

⁹⁷ Respecto a la libertad de expresión en otros Estados de América Latina, véase BLENGIO BRITO, R.: *La libertad de expresión*, Ediciones de la Banda Oriental, Montevideo, 1984.

⁹⁸ A nivel legal, el artículo 1, apartado 4, de la Ley 19.496, relativa a la Protección de los Derechos de los Consumidores, determina que la publicidad es «la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio, entendiéndose incorporadas al contrato las condiciones objetivas contenidas en la publicidad hasta el momento de celebrar el contrato».

⁹⁹ Cabe señalar que, en algunas ocasiones, los límites entre publicidad comparativa y publicidad denigratoria son difusos, ya que la publicidad comparativa puede actuar como instrumento para desacreditar al competidor. Ahora bien, existen diferencias entre ambos tipos de publicidad. Aunque en ambas es necesaria una referencia a los competidores, en el supuesto de la denigratoria, la referencia será de carácter unidireccional.

¹⁰⁰ En el mismo sentido en el Derecho comparado. Así, en Perú, KRESALJA, B.: «Comentarios al Decreto-Ley 26122, sobre represión de la competencia desleal», *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*, núm. 47, 2013, pp. 45 y 46.

Son los artículos 14 y 15 del código ético, en su quinta versión de 2013, los que se refieren a la publicidad comparativa. El primero de ellos alude a esta figura, con carácter general, en los siguientes términos: *«toda aquella que reclame superioridad o ventajas respecto de otro producto, servicio, marca o industria, mediante el recurso de comparar, de manera explícita o implícita, sus características, atributos o beneficios»*. Añade que *«también se entenderá por publicidad comparativa aquella que explícitamente identifica a la competencia, o la que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que se relacione con una o más marcas o empresas de la competencia, o una industria en particular»*. Especialmente sugerentes resultan las apreciaciones que se formulan para que esta práctica publicitaria resulte lícita, estableciendo, a este respecto, la necesidad de que se observen ciertos presupuestos¹⁰¹. Por su parte, la publicidad comparativa de precios¹⁰², relativamente habitual, es objeto de ordenación en el precepto siguiente, artículo 15, en los siguientes términos: *«la publicidad que compare precios debe indicar de forma clara y visible la fecha en que los precios fueron comparados, agregando la advertencia que, a la fecha, los precios que se comparan pueden haber variado»*.

La publicidad comparativa (desleal) realizada por parte de WOM —antes Nextel Chile— frente a sus competidores incide, de manera negativa, en dos grandes aspectos. Por un lado, discrimina la imagen de la mujer¹⁰³ y, por otro, alude a sus competidores de forma peyorativa¹⁰⁴. Dado que la empresa de telecomunicaciones, a la que apuntamos, no se sometió al procedimiento de CONAR, este último, frente a la reclamación presentada por Movistar y Claro, únicamente se pronunció, al respecto, en una Opinión Ética en la que indica, de forma expresa, ambas transgresiones del código de buenas prácticas —que, aunque tangencialmente, también rige para la publicidad realizada en la Red¹⁰⁵—. En primer

¹⁰¹ Existen algunos casos en los que CONAR Chile se ha pronunciado respecto a empresas adheridas por la publicidad comparativa efectuada en medios digitales. Así, en una resolución de 2014 (ROL 964/14), aunque llega a la conclusión de que no se trata de publicidad denigratoria, sí queda contrastado que no se cumplen los presupuestos necesarios para que la comparación realizada pueda ser reputada lícita.

¹⁰² Los pronunciamientos de CONAR Chile, a este respecto, resultan abundantes. En este sentido, véanse los siguientes: ROL 901/13, ROL 921/13, ROL 941/2014 y ROL 952/14.

¹⁰³ Igualmente, debemos apuntar que estas prácticas publicitarias deben respetar y garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, consagrada en el artículo 19, apartado 2 de la Constitución de la República de Chile, así como la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ratificada por Chile.

¹⁰⁴ WOM, en su publicidad, frente a Movistar, señaló: «Que al navegar no te den ganas de vomitar, prepárate». Por lo que se refiere a Claro, las promociones comerciales indicaban: «Está CLARO que te vas a cambiar». Las demás empresas competidoras, fueron objeto de *spots* difundidos en el mismo sentido. Así, para Entel se manifestaba: «¿Vivir mejor conectados o vivir mejor endeudados?». VTR Móvil fue objeto de los comerciales en los siguientes términos: «Sí, era muy tonto lo que estaban diciendo» y, finalmente, Virgin Mobile era protagonista con el siguiente anuncio: «Vas a dejar de ser virgen, prepárate».

¹⁰⁵ El preámbulo del código ético de CONAR, en sede de publicidad en mercados digitales, dispone que «el contenido de la publicidad y las comunicaciones comerciales que se realizan a

lugar, respecto a la presencia del género femenino en la publicidad¹⁰⁶, se afirma —por parte del sistema de autodisciplina— que la sensualidad de la mujer «es un recurso publicitario comúnmente utilizado que no es reprochable *per se*, sino cuando está acompañado de otros factores que hacen cuestionable éticamente su utilización y que pueden denigrar a la mujer. En tal sentido, cuando en publicidad se utiliza a mujeres mostrando sus cuerpos ligeros de ropa, en actitudes sugerentes y lascivas con otras mujeres, en un ambiente nocturno que invita a la promiscuidad, y para promocionar un servicio que no tiene mayor relación con lo que se exhibe, esa sensualidad se transforma en algo netamente sexual que sobrepasa el límite de lo éticamente aceptable. Y ello es doblemente reprochable si se exhibe en soportes que quedan expuestos a menores de edad, que no tienen necesariamente un criterio formado como los adultos¹⁰⁷». En segundo lugar, se pone de manifiesto que «la denigración de un competidor constituye no sólo una falta al honor profesional del avisador, sino que conduce también a un debilitamiento de la confianza que el público dispensa a la publicidad». En efecto, debe advertirse que no se debe confundir ser innovador u original con denigrar a la marca de la competencia¹⁰⁸. Dicha cuestión se encuentra, en la actualidad, sometida ante los Tribunales de Justicia¹⁰⁹.

El supuesto que acaba de examinarse debe diferenciarse netamente de aquel otro en el que los actos que son objeto de valoración, por parte del organismo de control, versan sobre comportamientos de empresas que, cuando tuvieron lugar, formaban parte del sistema de autorregulación, en el que el citado órgano extra-judicial de resolución de controversias tiene legitimidad para actuar, pero que, con

través de medios electrónicos, digitales o interactivos como Internet, telefonía móvil, redes sociales y otros similares, está sujeto a las mismas normas generales contenidas en este Código». Más adelante, para ciertas actuaciones, a propósito del mundo digital, se remite al Código de Autorregulación de IAB Chile.

¹⁰⁶ Hay numerosos casos en los que CONAR Chile ha debido pronunciarse respecto a si se denigra la imagen de la mujer en la publicidad. Así, entre otras resoluciones, cabe referirse a las siguientes: ROL 862/12, ROL 869/12, ROL 872/12, ROL 916/13, ROL 932/13 y ROL 944/14.

¹⁰⁷ Existen otros supuestos de discriminación a la mujer en promociones comerciales realizadas, entre otros canales en la Red, que, si bien se analizaron por CONAR Chile, fueron desestimadas. En la historia reciente nos referimos a la campaña publicitaria de la marca Old Spice de Procter & Gamble.

¹⁰⁸ Otros países de América Latina, como Perú, se posicionan en un sentido muy similar. De hecho, el artículo 20 del Decreto-Ley 1044, por el que se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal —que reitera, en idéntico sentido, el art. 15 del Código de Ética Publicitaria de CONAR Perú—, señala que, en el ejercicio de la actividad publicitaria, se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal. Asimismo, las reformas en la normativa, efectuadas en el marco de la aplicación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, limitan el derecho a exigir contenidos que no sean discriminatorios.

¹⁰⁹ Si bien Movistar Chile ha presentado una demanda frente a los Tribunales de Justicia (16 Juzgado Civil de Santiago de Chile), la entidad demandada, WOM, se ha pronunciado, sobre el particular, en otros comerciales, manifestando el siguiente mensaje: «Amigos de la competencia: Ocupemos los tribunales para cosas importantes».

independencia del motivo, la empresa posteriormente haya estimado oportuno abandonar el sistema de autodisciplina. Representa, por consiguiente, un supuesto en el que la entidad estuvo adherida al sistema de autorregulación, realizando, durante tal período, un comportamiento vulnerador del código de conducta imperante, optando, en ejercicio de la libertad de la que goza, por abandonar el sistema de autocontrol¹¹⁰.

3. El recurso a los Tribunales de Justicia ante la desobediencia de las decisiones vinculantes del organismo de control

Puede suceder que, aunque el organismo de control del sistema de autodisciplina se haya pronunciado en la resolución, solicitando el cese o rectificación de la publicidad, el reclamado se niegue a cumplirla. En ese supuesto, para alcanzar el fin perseguido, habrá que acudir a los Tribunales de Justicia. En el procedimiento judicial que, al respecto, se plantee únicamente se discutirá sobre la ilicitud de la publicidad controvertida. Dicho de otra manera, por parte del órgano judicial no se resolverá la posible validez del pronunciamiento del sistema de autodisciplina. En otras palabras, el fallo judicial que se dicte nunca será, desde una perspectiva estrictamente formal, confirmatoria del pronunciamiento del organismo de control. Diferente será que coincida con la misma que, por cierto, será relativamente probable, si bien será ajena al objeto del proceso.

Respecto a la aplicación de la normativa, el órgano judicial no podrá tener en consideración los códigos deontológicos que el organismo de control tuvo en

¹¹⁰ Tal situación fue objeto de enjuiciamiento en España, a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 6 de noviembre de 2006. Los laboratorios farmacéuticos Ratiopharm España, SA, presentaron una demanda contra Autocontrol y Farmaindustria por entender que el hecho de que el jurado de la publicidad —organismo de control del sistema denominado Autocontrol— hubiese continuado un procedimiento sancionador y hubiese dictado una resolución en su contra, cuando ellos ya habían comunicado, al inicio de la tramitación de la reclamación, su baja en Farmaindustria, constituía una infracción del derecho constitucional de asociación, en su vertiente de libertad negativa a abandonar la asociación. En consecuencia, solicitaban que los correspondientes procedimientos y resoluciones del jurado fuesen declarados nulos. Con relación al fondo del asunto, tras examinar los expedientes tramitados por el jurado de la publicidad, el órgano judicial declaró que tales expedientes se referían a hechos pretéritos cometidos por la actora con anterioridad a su abandono de la Asociación, es decir, mientras la demandante permanecía como asociada a Farmaindustria y, por consiguiente, la baja de la actora no podía tener efectos retroactivos. La demanda fue rechazada con costas, condenando a Ratiopharm a abonar la multa impuesta por el jurado de la publicidad en aplicación del código de conducta de Farmaindustria. De nuevo, a través de esta resolución judicial, se reconoce el carácter vinculante de los códigos de conducta para aquellos que voluntariamente se someten a los mismos, así como de los procedimientos en ellos establecidos, evitando que, a través de un sistema tan sencillo como solicitar la baja de la asociación a la que se encuentra adherida, una empresa pueda eludir el sometimiento al órgano extrajudicial de resolución de conflictos establecido por hechos acaecidos mientras todavía se encontraba voluntariamente sometido al mismo.

cuenta en su pronunciamiento. A *sensu contrario*, únicamente podrá aplicar las normas legales y reglamentarias que sean aplicables a la publicidad de que se trate. Repárese, en todo caso, que los códigos de buenas prácticas se fundamentan en la legislación aplicable.

V. CONCLUSIONES

Los proveedores están modificando sus pautas de actuación a propósito de la promoción de bienes y/o servicios que ofrecen en el mercado. En este sentido, resulta cada vez más frecuente que los empresarios manifiesten su compromiso con algún sistema de autorregulación que les permita distinguirse favorablemente de sus competidores. La adhesión a tal instrumento conllevará un elenco de obligaciones para el proveedor, pero también ventajas para el destinatario de los anuncios realizados en espacios digitales. En efecto, la publicidad efectuada, conforme a un determinado código de buenas prácticas, tendrá que cumplir, además de la normativa legal imperante, un conjunto, más o menos notable, de estándares éticos.

En la presente investigación nos hemos referido a la verificación, con carácter previo, que se efectúa cuando una empresa opta por adherirse a un código de buenas prácticas. Igualmente analizamos, de manera somera, los conflictos derivados entre las partes que intervienen en el sistema de autodisciplina. Para ello, se parte de la relación triangular que se plantea entre los sujetos que intervienen en dicho sistema. Si bien hemos establecido lo que podría reputarse un régimen general, en esta materia, se han tenido en consideración las particularidades que, a este respecto, se suscitan en diversos Estados de América Latina. También se presta atención a la similitud funcional que estos sugerentes mecanismos ostentan con los contratos de adhesión.

Se ha dedicado una parte muy relevante de este artículo al examen de ciertos aspectos, a propósito de la normativa chilena de defensa de la competencia y competencia desleal, vinculados con los sistemas de autodisciplina que se refieren a las relaciones entre empresarios y consumidores. Cuando ha sido procedente, se han realizado las apreciaciones de Derecho comparado oportunas —que incluye Derecho europeo y de otros regímenes jurídicos de América Latina—. Igualmente, se han estudiado los pronunciamientos más recientes sobre ambas cuestiones.

*(Trabajo recibido el 09/10/2015
y aceptado para su publicación el 13/10/2015)*

PROBLEMÁTICA DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA NORMA REGULADORA DEL PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS¹

EUGENIA FERNÁNDEZ BALDOMERO

Letrado del Banco Mare Nostrum, SA

Doctorando de la Universidad de Granada, Andalucía, España

RESUMEN

La cuenta especial para el ingreso de las cantidades anticipadas por el adquirente de viviendas en construcción recobra especial protagonismo en relación con el alcance de la cobertura ofrecida por las garantías globales contratadas por el promotor-asegurador o avalado: póliza flotante de seguro de caución y línea de avales. La peculiaridad del sistema ideado por el legislador estriba en que, pese a que no se hayan emitido las denominadas garantías individuales (póliza individual del seguro de caución o aval solidario) por las entidades garantes, éstas deberán garantizar al adquirente de viviendas en construcción que anticipó cantidades, siempre que se hayan ingresado en la cuenta especial, la devolución de las mismas cuando no se inicien las obras o se entreguen las viviendas en los plazos pactados en el concreto contrato de compraventa.

Palabras clave: seguro de caución, aval solidario, percibo, cantidades anticipadas, garantía, cuenta especial.

¹ La Ley 57/1968, de 27 de julio, estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2015. La materia objeto de estudio se regulará, a partir de entonces, por la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en la redacción dada por la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

PROBLEMS WITH ASSURANCE MEASURES IN THE NORM REGULATING THE RECEIPT OF SUMS ADVANCED FOR THE CONSTRUCTION AND SALE OF HOMES

EUGENIA FERNÁNDEZ BALDOMERO

*Legal Counsel to the Banco Mare Nostrum, S. A. bank
Doctoral candidate at the University of Granada, Andalusia, Spain*

ABSTRACT

The special account for the deposit of amounts advanced by the purchaser for home building is of particular importance in relation to the scope of the coverage offered by global guarantees contracted by the promoter-insurer or endorsed: surety insurance floating policy and line of guarantees. The peculiarity of the system devised by the legislator is that even when the so-called individual guarantees (individual surety insurance policy or co-signers) have not been issued by the sureties, they should anyways ensure the purchaser of properties in construction who anticipated amounts in early payment, as long as those amounts were deposited into the special account, for the return of the same when building did not start or properties were not delivered to the terms agreed in the specific contract of sale.

Keywords: surety insurance, co-signers, joint and several guarantees, perceiving, advance payment, guarantee, special account.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CUENTA ESPECIAL. 1. Las obligaciones en relación a la cuenta especial. A) Percepción de las cantidades e ingreso de las mismas en la cuenta especial. B) La domiciliación de los efectos cambiarios.—III. LAS GARANTÍAS EN SENTIDO ESTRICTO.—IV. EL INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL. SU RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS PRESTADAS. 1. La garantía prestada mediante seguro de caución. 2. La garantía prestada mediante aval solidario.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Dos son las medidas de aseguramiento que la normativa sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas establece para garantizar la devolución de las mismas cuando no se inician las obras para su construcción o no se entregan las viviendas en los plazos estipulados para ello en el contrato de compraventa: por un lado, la apertura de una cuenta especial para ingresar en ella las cantidades anticipadas y, por otro, la obligación de garantizar mediante contrato de seguro de caución o mediante aval solidario la devolución de dichas cantidades. No debemos olvidar que la pretensión del legislador es que ambas sirvan a las finalidades, concretas y únicas, de que la vivienda efectivamente se entregue en el plazo pactado y que, en caso contrario, se proceda a la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes más los intereses legales. Una de las cuestiones más debatidas al respecto gira en torno al alcance de las pólizas globales de las garantías a la hora de garantizar, por sí mismas, las cantidades anticipadas o, por mejor decir, a la existencia de situaciones en que la entidad garante haya de responder de la devolución de las cantidades entregadas cuando exclusivamente existe la póliza flotante del seguro de caución o la línea de avales y no se han emitido ni los certificados individuales ni los avales solidarios, auténticas garantías legitimadoras del derecho de los adquirentes².

² Sobre el alcance de las pólizas flotantes de seguros, véase CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997», *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 46, 1998, pp. 69 y ss., y «El Seguro de Caución. Estudio Crítico», *Editorial MAPFRE*, 1994; BERGAMÍN SERRANO, F. J.: «El seguro de caución y el primer requerimiento», en la obra *Las Tendencias actuales de los Contratos de Garantía*, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dirs.), *Fundación MAPFRE/ESTUDIOS*, Atelier Mercantil, 2005; EMBID IRUJO, J. M.: «Problemas actuales del seguro de caución», *Revista Española de Seguros*, vol. I, núm. 121, pp. 7-35, 2005, y SERRANO CHAMORRO, E.: «El seguro de caución: especial referencia al contrato de obra», *Revista de Derecho Privado*, 1988, pp. 737-746.

MONDÉJAR PEÑA³ afirma que «esta forma de adquirir una vivienda es muy insegura para el comprador, ya que son múltiples los peligros que le acechan hasta que se produce la entrega. Es probable que este negocio, tal vez el más importante de toda su vida, se convierta para algunas personas en una adquisición muy arriesgada al ser muchos los avatares que pueden dar lugar a que el comprador no llegue a obtener una plena en su adquisición». Destacando, entre otros, que las cantidades no sean aplicadas a la propia construcción; que los terrenos se vendan a un gestor; que la finca se encuentre gravada con cargas ocultas; que se venda a distintos compradores, etc. Por ello continúa: «el legislador, consciente de esta problemática, ha intentado paliar las aristas más agudas de esta situación introduciendo, sobre todo a partir de los años sesenta, época de frecuentes fraudes inmobiliarios, unas medidas de aseguramiento y cautelas⁴».

Nos adentramos sin dilaciones en una somera visión de las medidas de aseguramiento⁵, para intentar argumentar la verdadera importancia de la apertura de la cuenta especial y del ingreso de las cantidades anticipadas en ella, en relación con el entramado proteccionista del adquirente, ideado por el legislador del año 1968⁶.

II. LA CUENTA ESPECIAL

Para que cobre sentido que el promotor solicite cantidades anticipadas a los adquirentes, es lógico que sea con el objetivo de dedicarlas a la construcción de la vivienda y ello le facilite cumplir con su obligación de entregarla en el tiempo

³ MONDÉJAR PEÑA, M. I.: «El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2007-II, pp. 209-221. Sobre otros problemas de los adquirentes, véase: CHAMORRO POSADA, M.: «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 182, 2000; GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C.: «La situación de pre-horizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982; MUÑOZ DE DIOS, G.: «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1981, y DE LEÓN ARCE, A.: «Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas», en DE LEÓN ARCE (Dir.), *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Valencia, 2000.

⁴ Nota a pie de página también de la autora: «El carácter arriesgado de estas adquisiciones ha sido destacado en la STS de 22 de septiembre de 2005 [RJ\2005\8795] al declarar que, en estos contratos de vivienda en construcción, los compradores no adquieren la propiedad, sino que sólo pueden exigir al vendedor que se la entreguen en las condiciones pactadas en los mismos».

⁵ Terminología empleada por ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Civitas-Thomson Reuters, capítulo 5, pp. 115 y ss.

⁶ El encuadre de la normativa reguladora sobre la percepción de cantidades anticipadas durante la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación, tras la reciente modificación realizada en su disposición adicional primera por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Supervisión, Ordenación y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, nos parece acertada.

estipulado en el contrato de compraventa (plazo que establece él mismo según su propia planificación). La cuenta especial, separada de otros fondos del promotor y con una limitación de disposición en el sentido establecido por la Ley⁷, cumple en parte (pues ello no impide una mala gestión de los fondos que comprometa el objetivo) dicha finalidad⁸. Pese a la importancia que tiene la cuenta especial, el legislador no entra a regular de manera detallada cómo ha de disponerse de dicha cuenta, cuáles son las facultades de la entidad financiera, ni cómo es el control que por la concreta entidad financiera ha de hacerse. En la última reforma, que ha sido intensa en lo relativo a las garantías y los requisitos que las mismas han de reunir para que puedan servir como tales garantías, no le ha dedicado ni tan siquiera unas palabras más a esta medida, con respecto a la que parece conformarse, estableciendo la responsabilidad de las entidades financieras a la hora de su apertura, sin que, ni siquiera ello, esté libre de polémicas. En este sentido baste recoger la opinión de ESTRUCH ESTRUCH⁹, que afirma: «... es igualmente manifiesto que las entidades de crédito tampoco comprueban que las cantidades de la cuenta especial de las que dispone el promotor-vendedor se destinan única y exclusivamente a satisfacer las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, a diferencia de lo que hacen las mismas entidades de crédito respecto de las cuentas aperturadas especialmente para la recepción por las promotoras de créditos destinados a la construcción, en cuyo caso sí que controlan exquisitamente el destino de los fondos de los que dispone el promotor».

O como afirma CAMACHO DE LOS RÍOS¹⁰, «... el banco permite al promotor que retire fondos ingresados sin que sea necesario que demuestre su destino, ya que nos encontramos ante un depósito de disponibilidad...». Sin embargo, en la práctica, se ha podido observar cómo los promotores, ante una auténtica fiscali-

⁷ GARCÍA MEDINA, J.: «Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía», *sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 10/2006, [BIB\2006\873], p. 2, se expresa de la siguiente forma al referirse a dicha cuenta especial: «cuenta bancaria especial de depósito de las cantidades entregadas a cuenta por los cesionarios-adquirentes, con probada higiene contable de los ingresos y cargos, subjetivizados los primeros y finalistas los segundos».

⁸ En este sentido consultado: CHAMORRO POSADA, M.: «Las entidades de crédito y la protección de los consumidores. Apertura de cuenta y aval a promotores para cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas», *Otrosí (Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*, octubre, 1995, y MAGRO SERVET, V.: «Interpretación de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el artículo 517.2.9.º LEC», *Boletín de contratación inmobiliaria El Derecho*, núm. 45, abril, 2008.

⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J.: «La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, Editorial Aranzadi, SA [BIB\2009\926].

¹⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...», *op. cit.*, p. 65. Véase también CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de las viviendas», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, p. 15.

zación de dichas cuentas por parte de las entidades financieras, han optado por utilizar cuentas ya abiertas o sencillamente abrirlas en entidades sin comunicar que se trata de una cuenta especial¹¹. En ambos casos, desconociéndolo la entidad, o bien, conociéndolo, pero sin poder actuar frente a hechos consumados, no son pocas las resoluciones judiciales que han extendido la responsabilidad de dichas entidades más allá de lo legalmente establecido. Ni siquiera el incumplimiento de la obligación de abrir una cuenta especial (obligación, sin lugar a dudas, del promotor) constituye infracción sancionable según, lo dispuesto en la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma, como sí lo es la no constitución de las garantías¹². Sin embargo, tanto una —apertura de la cuenta especial— como otra condición —garantizar las cantidades anticipadas— tienen trascendencia en el mecanismo ideado por el legislador, como intentaremos argumentar a lo largo de este artículo.

1. Las obligaciones en relación a la cuenta especial

A) *Percepción de las cantidades e ingreso de las mismas en la cuenta especial*

El promotor es el expresamente obligado a «percibir» las cantidades anticipadas a través de ella; debiendo indicar la numeración de la misma en el contrato de compraventa, así como en la publicidad. Percibir no es ingresar. El obligado al ingreso, como tal, según la norma, es el adquirente. En el artículo/apartado¹³ relativo a la información contractual establece que se designará la cuenta a través de la cual «... se ha de hacer entrega por el adquirente...»; al igual que se indica que es obligación del promotor «percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes». Es normal que dicha obligación se imponga al adquirente, pues en los años de promulgación de la Ley 57/1968 era práctica habitual que los adquirentes realizaran los pagos en efectivo o mediante transferencias. De hecho, la Ley habla de «entregas de dinero». Posteriormente, dicha práctica cambió y entonces lo habitual era la aceptación por los adquirentes, a propuesta del promotor, de efectos cambiarios para el pago de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas. De hecho, la Ley de Ordenación de la Edificación del año 1999, en su

¹¹ Sobre cuentas bancarias en general, BAÑO ARACIL, J.: «Reflexiones en torno a la cuenta bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, CUÑAT EDO, V., y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (Dir.), 2.ª edición, Pamplona, 2002; EMBID IRUJO, J. M.: «La cuenta corriente bancaria en el marco de la contratación de las entidades de crédito», en *Contratos Bancarios & Parabancarios*, NIETO CAROL, U. (Dir.), Valladolid, 1998; FERRANDO VILLALBA, M.ª L.: «El contrato de cuenta corriente», en *Contratación bancaria*, ORDUÑA MORENO, J., y TOMILLO URBINA, J. L., (Dir.), tomo I, Valencia, 2001; GARCÍA MEDINA, J.: «Cantidades entregadas a cuenta del precio...», *op. cit.*, y BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 15 edición, Madrid, 2008.

¹² Apartado siete, párrafo segundo de la disposición adicional primera de la LOE, según modificación reciente de la misma.

¹³ Artículo X de la Ley 57/1968 y apartado tres de la DA 1.ª tras la modificación de 2015.

disposición adicional primera (junto con algunas modificaciones no exentas de polémica), haciéndose eco de una realidad, cual era la posibilidad del anticipo de las cantidades mediante la aceptación de efectos cambiarios, vino a desdoblarse dicha obligación: añadiendo a la obligación de ingresar del adquirente la obligación del promotor de domiciliar los efectos en la cuenta especial, cuando dicho medio de pago hubiera sido establecido por el promotor, en el contrato de compraventa.

B) La domiciliación de los efectos cambiarios

En los años anteriores a la aprobación de la Ley de Ordenación de la Edificación, que sucedió en 1999, había sido habitual el uso de dicho medio de pago, los efectos cambiarios, por lo que acertadamente el legislador desdobló dicha obligación en relación al percibo de las cantidades en la cuenta especial, fijando en la letra c) de la disposición adicional primera que la garantía «... se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo —de cuyo ingreso en la cuenta especial seguiría siendo obligado el adquirente de la vivienda— o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial...». Esta orden última está efectivamente dirigida al promotor, el que, a través del descuento bancario, ha incumplido sistemáticamente dicha obligación de ingreso/domiciliación del efecto cambiario en la cuenta especial. Como afirma CARRASCO PERERA *et al.*¹⁴, «es frecuente que el anticipo se instrumente en una letra de cambio, apareciendo el cesionario como aceptante de las letras giradas por el promotor y descontadas por el banco, por lo que desconocerá el destino de los fondos, apareciendo tan sólo una anotación en la cuenta especial de los distintos efectos cambiarios. Es imposible que se pueda cumplir por parte del aceptante con la obligación de hacer el pago en una cuenta especial, tanto más cuanto en esa cuenta lo que se habrá ingresado, si acaso, es el descuento pagado por el banco tenedor de la letra. Si el efecto cambiario es un cheque, hay que recordar que éste siempre se libra contra un banco (art. 108 Ley Cambiaria y del Cheque). Podrá cruzarse un cheque, en cuyo caso sólo podrá pagarse a un banco o cliente de un banco mediante anotación en cuenta (art. 144 Ley Cambiaria y del Cheque). Pero en cualquier caso qué tipo de cuenta sea sigue sin ser incumbencia del librador del cheque».

Rechazamos de pleno la posibilidad del descuento bancario y ello en base a que tiene efectos negativos en el sistema protector regulado para el adquirente de viviendas que anticipa cantidades para su construcción:

- i) Provoca que el promotor anticipe aún más el cobro de las cantidades, ya de por sí anticipadas en la compra de la vivienda. En palabras de ESTRUCH

¹⁴ CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de la Construcción y la Vivienda* (AA.VV.), Editorial Diles, SL, 5.ª edición, p. 536.

ESTRUCH¹⁵, estos efectos se descontarán por el promotor «... para poder disponer de modo inmediato de una parte del nominal de la letra».

- ii) Impide que el total de las cantidades anticipadas mediante dichos medios de pago se destine, desde el descuento, a las «atenciones derivadas de la construcción de las viviendas», puesto que se descontará del importe de cada uno de dichos medios la comisión y gastos correspondientes al contrato de descuento pactado.
- iii) No permite la domiciliación concreta de los medios de pago mencionados en la cuenta especial, pues, como explicamos, la cuenta de destino de las cantidades anticipadas será la indicada en la línea de descuento «genérica» que el promotor tenga con la Entidad Financiera concreta y para todos los efectos cambiarios, sin diferenciar el origen de los mismos, y sin poder indicar un número de cuenta diferente al ya pactado en la propia póliza.
- iv) Escape al control de la propia Entidad Financiera:
 - a) Es posible que la Entidad que realiza el descuento de los efectos cambiarios sea la misma que ha abierto la cuenta especial al promotor. Aun coincidiendo, la Entidad Financiera no podrá conocer si el efecto que está descontando el promotor sirve como medio de pago de cantidades anticipadas, ni tampoco a qué concreta promoción corresponde si el promotor no se lo comunica, por lo que no podrá, por desconocerlo, oponerse al descuento ni exigir el ingreso en la cuenta especial de la promoción donde debería ingresarse.
 - b) En el supuesto de que la Entidad Financiera que procede al descuento sea distinta de la que abrió la cuenta especial, un control por parte de la Entidad Financiera en este sentido es totalmente imposible.

Por ello insistimos en que las modificaciones operadas por la LOE en el año 1999 no fueron más que confusas y carentes de la profundidad requerida. Del mismo modo, la reciente reforma realizada a la disposición adicional primera de la LOE merece dicha crítica y si cabe con más énfasis, puesto que sigue manteniendo la obligación de ingreso del adquirente, pero no incorpora la obligación de domiciliación por el promotor y, lo que es más, no plantea la prohibición del

¹⁵ ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Las garantías de las cantidades anticipadas...», *op. cit.*, p. 212. Véase también ALONSO BEZOS, J. J.: «Letras de cambio. Excepciones oponibles por el deudor cambiario. *Exceptio doli*. STS núm. 467/2014, de 25 de noviembre de 2014 [RJ/2014\6008]», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015, Editorial Aranzadi, SA [BIB/2015\563]. Interesante también MARQUÉS NARVÁEZ, J. M.: *Medios de pago en la compraventa internacional*, ESIC/ICEX Editorial, Madrid.

descuento de los efectos cambiarios, no sólo porque el ingreso nunca llega a la cuenta especial (porque podría consentirse siempre que se realizara cumpliendo dicho requisito, el cual es posible firmando una póliza de descuento específica para el descuento de los efectos cambiarios de cada promoción), sino porque con el descuento nunca se dispone por el promotor del total de la cantidad anticipada por el adquirente (al ser objeto de descuento) y, por ende, nunca se aplicará la totalidad de las cantidades anticipadas a las «atenciones derivadas de la construcción de viviendas». En conclusión, se mantiene por la jurisprudencia y por la doctrina, en palabras totalmente acertadas de CAMACHO DE LOS RÍOS¹⁶, que «... por vía indirecta la Ley hace recaer sobre el cedente la obligación del ingreso, pues es a él a quien corresponde fijar las condiciones de la promoción y al cesionario simplemente cumplirlas. Por eso, el cesionario estará obligado a realizar dicho ingreso sólo si el cedente acepta éste como única forma de anticipar los fondos».

III. LAS GARANTÍAS EN SENTIDO ESTRICTO

El legislador de 2015 ha entrado a regular expresamente los requisitos del seguro de caución y del aval solidario, para que puedan servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, estableciendo los mismos tanto para la «póliza de seguro individual por cada adquirente» como para el «aval a emitir por la entidad de crédito»¹⁷. La nueva regulación, aunque quizá se revele insuficiente, no podemos sino elogiarla en este sentido; si bien, sigue manteniendo la exigencia de que la cuenta especial se abra posteriormente a la constitución de un contrato entre entidad garante y promotor-tomador-avalado que en nada protege al adquirente-asegurado-beneficiario, en vez de haber reforzado la importancia de la cuenta especial y del ingreso de las cantidades en la misma.

Conocido y admitido por toda la doctrina lo constituye el hecho de que las pólizas flotantes de los seguros de caución, firmadas entre promotor y entidad aseguradora, no son en sí mismas garantías que legitimen a los futuros adquirentes de una concreta promoción de viviendas frente a la entidad garante; adqui-

¹⁶ CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «Comentario a la sentencia de 22 de septiembre de 1997...», *op. cit.* Puede verse en cuanto a los efectos cambiarios de CARRASCO PERERA, Á.: «Las miserias de pagar el precio aplazado de la vivienda futura a través de letras de cambio. Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2014», Centro de Estudios de Consumo, 2014.

¹⁷ La doctrina venía insistiendo en todas las carencias de la Ley 57/1968. Así manifiesta BENAVENTE SEGORB, R.: «El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE», *Cuestiones actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS (Coord.), Ed. Atelier, Barcelona, 2002, pp. 290 y ss., cuando afirma: «... de larga, pero nada pacífica vigencia, sobre las que la doctrina ha venido haciendo consideraciones de *lege ferenda* y poniendo de relieve sus carencias...».

rentes que, en el momento de la contratación de dicha póliza, son totalmente desconocidos para ambas partes (entidad aseguradora y promotor-tomador). En igual forma, la línea de avales suscrita entre promotor y entidad bancaria no garantiza por sí misma la devolución de cantidad alguna anticipada por los adquirentes. La contratación de una póliza flotante o línea de avales entre entidad garante y promotor permite agrupar a una «pluralidad de intereses o personas»¹⁸. Sin embargo, la póliza global no significa con carácter general ninguna asunción, por parte de la entidad garante, de garantías a favor de los futuros adquirentes. La garantía la constituye propiamente el certificado individual o el aval solidario. La importancia de los documentos individualizados es fundamental y, como afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de abril de 1995¹⁹: «... ha de reconocerse la importancia de las pólizas individuales para entender consolidado y definido en su alcance el seguro de afianzamiento que la Ley prevé como auténtica garantía. Aquéllas reflejan la identidad del adquirente beneficiario, el *quantum* de las sumas anticipadas, la prima congruente con ellas y el plazo de duración de la garantía y la efectividad de su abono, todo como justa contraprestación al riesgo asumido por la aseguradora», y concluía que «... el objeto del contrato del seguro es el pago de una indemnización a cada uno de los asegurados —adquirentes— por las pólizas individuales que forman parte de él, para el caso de que la construcción de la vivienda especificada en las condiciones particulares de cada una de dichas pólizas individuales no se iniciase o no llegare a buen fin».

Igualmente, CAMACHO DE LOS RÍOS²⁰ afirma que: «Por lo que a la no emisión de certificados individuales de seguro se refiere, la cuestión podría ser, en principio, más grave, ya que en este caso sería más difícil sostener que los cesionarios quedan cubiertos por la existencia de la póliza colectiva —previa siempre a los certificados individuales—, pues tal posibilidad choca, además de lo establecido en la legislación específica de este seguro, con los elementos esenciales del contrato de seguro...». Así lo interpretó acertadamente la Dirección General de Seguros en su Resolución de 26 de septiembre de 1983, cuando señaló que la formalización del constructor de una póliza colectiva de afianzamiento de cantidades

¹⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ: «Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*, VERDERA (Dir.), vol. I, pp. 499-513, y del mismo autor, «Póliza flotante y seguro en abono», *Real Colegio de España*, Bolonia, 1984, y CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «El seguro de caución...», *op. cit.*, p. 31. Sobre avales: NIETO CAROL, U., y BONET SÁNCHEZ, J. I. (Coord.), «Tratado de garantías en la contratación mercantil», 3 vols., *Editorial Civitas*, Madrid, 1996; MARQUÉS FERNÁNDEZ-FLÓREZ, J. R., y otros: «Manuales de Empresa. Operaciones Bancarias», *Editorial CISS, SA*, Valencia, 1998; BARRÉS BENLLOCH, M.^a P., «El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas», *RES*, núm. 84, 1995, y EMBID IRUJO, J. M.: «Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro. Comentario a la STS de 1 de diciembre de 1989, AR\1989\8785», en BATALLER/BOQUERA/OLAVARRÍA, pp. 677-683.

¹⁹ Ponente SOTO NIETO.

²⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997», *CCJC*, núm. 46, 1998, p. 73.

anticipadas no significa ninguna asunción por la aseguradora a favor de los adquirentes, sino que dicha garantía se constituye desde la emisión del certificado individual de seguro.

IV. EL INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL. SU RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS PRESTADAS

El legislador, a nuestro juicio, ideó un sistema no tan imperfecto como a simple vista parece, aunque algunos aspectos merecen una revisión (recuérdese lo indicado sobre el descuento de efectos cambiarios). Conocedor, como no puede ser de otra manera, de que las únicas garantías que podían tenerse contratadas en el momento de la cuenta especial serían las pólizas flotantes de seguro de caución o bien la línea de avales y que las únicas garantías eficaces son las denominadas «individuales», las cuáles no es posible emitir hasta que se conozca al asegurado-beneficiario, que será en el momento de la firma del contrato de compraventa, exigió el ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas y posteriormente exigió también la domiciliación, por parte del promotor, de los efectos firmados y aceptados por el adquirente. Obligaba además al promotor a publicar e incluir como contenido contractual el número de la cuenta especial. Carecería de sentido tantas molestias si no existiera un porqué más allá de que las cantidades se destinaran efectivamente a la construcción; porque el hecho de que se destinen o no con separación de otros fondos no garantiza ni la entrega de la vivienda en plazo, ni el inicio de las obras en plazo, ni una gestión adecuada de los fondos disponibles por parte del promotor, etc. El sentido de dicha obligación ha de ponerse en relación con las propias garantías y con la dilatadamente discutida cuestión de si la póliza flotante del seguro de caución, o la línea de avales, simplemente por el hecho de recoger en el contenido contractual de las mismas, la mención general de los asegurados o beneficiarios, destinatarios de dicha cobertura o fianza a prestar, mediante afirmaciones tales como «con la finalidad de garantizar las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas de la promoción X», deben garantizar o no la devolución de las cantidades anticipadas por dichos adquirentes, sin haber emitido la póliza individualizada o el aval solidario.

Compartimos con CAMACHO DE LOS RÍOS²¹ la afirmación de que «... la Ley recogió en su articulado un régimen jurídico especial respecto al modo en que se han de percibir los anticipos, lo que afecta muy directamente al régimen de constitución de estas garantías: en especial, y a los efectos que nos interesa, lo relativo a la cuenta especial». Y es cierto que, como hemos indicado, la Ley 57/1968, con la modificación posterior de 1999, dejó un claro régimen en relación a la cuenta

²¹ CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...», *op. cit.*, 1997, p. 73.

especial concretado en la obligación de que el promotor debía percibir a través de la misma. Igualmente, el adquirente debía ingresar las cantidades que anticipara a través de la misma y el promotor debería domiciliar los efectos cambiarios aceptados por los adquirentes. Efectivamente, como afirma DIÉGUEZ OLIVA²², «... no puede hacerse recaer sobre el adquirente las consecuencias de no cumplir con la misma...», refiriéndose a la obligación de ingresar las cantidades en la cuenta especial cuando la entrega se realiza mediante la aceptación de efectos. No debemos olvidar que tanto la garantía prestada mediante seguro de caución como la prestada mediante aval solidario tienen un origen legal, esto es, sus características vienen determinadas por la propia Ley 57/1968 que las regula. Tampoco el funcionamiento propio de las respectivas garantías; en este sentido, ambas garantías nacen con la contratación de una póliza flotante o línea de avales entre entidad garante y promotor, que permite agrupar a una «pluralidad de intereses o personas»²³. Sin embargo, la póliza global no significa, con carácter general, ninguna asunción por parte de la entidad garante de garantías favor de los futuros adquirentes. La garantía la constituye propiamente el certificado individual o el aval solidario. Además, ha de tenerse presente que, una vez emitidas éstas, es indiferente que las cantidades se hayan ingresado o no en la cuenta especial.

¿Qué especialidad tienen entonces las garantías prestadas en virtud de la Ley que regula la devolución de las cantidades anticipadas y cuáles son las consecuencias del no ingreso en la cuenta especial? Para responder a ello analizamos separadamente ambas garantías.

1. La garantía prestada mediante seguro de caución

En el contexto indicado anteriormente debemos traer a colación la Orden de 29 de noviembre de 1968²⁴, para comprender qué buscó el legislador y cómo

²² DIÉGUEZ OLIVA, R.: «Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción...», *op. cit.*, p. 11. Véase en el mismo sentido MUÑOZ DE DIOS, G.: «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1981, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas...», *op. cit.*

²³ CORTÉS DOMÍNGUEZ: «Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*, en VERDERA (Dir.), vol. I, pp. 499-513, y del mismo autor «Póliza flotante y seguro en abono», *Real Colegio de España, Bolonia*, 1984, y CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «El seguro de caución...», *op. cit.*, p. 31. Sobre avales: NIETO CAROL, U., y BONET SÁNCHEZ, J. I. (Coord.): «Tratado de garantías en la contratación mercantil», 3 vols., Editorial Civitas, Madrid, 1996; MARQUÉS FERNÁNDEZ-FLÓREZ, J. R., y otros: «Manuales de Empresa. Operaciones Bancarias», Editorial CISS, SA, Valencia, 1998; BARRÉS BENLLOCH, M.^a P.: «El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas», *RES*, núm. 84, 1995, y EMBID IRUJO, J. M.: «Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro. Comentario a la STS de 1 de diciembre de 1989, AR/1989\8785», en BATALLER/BOQUERA/OLAVARRÍA, pp. 677-683.

²⁴ Orden sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. Derogada expresamente por la Ley 20/2015, de 14 de julio, sobre Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

añadió, inadvertidamente para muchos, una nueva protección para el adquirente. En ella se incluía para la entidad aseguradora la facultad de comprobar «... particularmente, ... el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto». De una rápida lectura de dicha Orden, se aprecia la importancia que la misma otorga a la cuenta especial, aunque sea al menos por su reiterada mención a la misma. Esta facultad es fundamental, pues:

1. La entidad aseguradora debería indemnizar a todos aquellos adquirentes a los que hubiera emitido una póliza individualizada, puesto que cada asegurado, sin lugar a dudas, está legitimado por medio del certificado individual de seguro o póliza individual, pero, además,
2. La entidad aseguradora, y aquí reside la especialidad de la Ley, deberá también indemnizar a aquellos adquirentes que, si bien no les hubiera emitido una póliza individual —por distintos motivos—, y por ello no les constara a la entidad garante como asegurados, por todas aquellas cantidades que se hubieran ingresado en la cuenta especial; puesto que (y aquí sí cobra sentido dicha facultad otorgada a la entidad aseguradora) dicha entidad puede conocer a través del movimiento de la cuenta especial si existen cantidades entregadas por adquirentes que, por cualquier causa, no le hubiera comunicado el promotor²⁵. Además, cobra sentido también el hecho que la falta de pago de la prima por el promotor no pueda ser oponible al asegurado por la entidad garante, puesto que ella sí que conocía, o estaba en su mano conocer, dicho ingreso o nuevo asegurado-adquirente de la promoción. Por ello, si un comprador se dirige a la entidad garante (que conoce por la publicidad y el contenido del contrato de compraventa, o debiera conocer), acreditándole el ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial, la aseguradora no podrá, en ningún caso y bajo ningún concepto, negarse a emitir la póliza individual correspondiente.
3. El único supuesto en que no puede exigirse a la entidad aseguradora que indemnice al adquirente es cuando ni existe póliza individualizada, ni tampoco las cantidades han sido ingresadas en la cuenta especial (independientemente de quién incumpla con su obligación, si el adquirente

²⁵ Sobre el deber del tomador de declarar la exposición del interés al riesgo, léase BENAVENTE SEGORB, R.: «El reparto de las cargas y de las obligaciones entre el tomador y los asegurados en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de una vivienda futura y las distintas excepciones oponibles por el asegurador», *Revista Española de Seguros*, núm. 95, 1998, pp. 465 y ss. MALDONADO MOLINA, F. J.: «Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas», 2011, p. 18; igualmente establece que dicho deber de comunicación «... cabe entenderlo implícito por ser presupuesto para que el asegurador pueda conocer tal exposición y, subsiguientemente, extender la póliza individual». También puede verse ESTRUCH ESTRUCH, J.: «Las garantías de las cantidades anticipadas...», *op. cit.*, 2009.

que pudo ingresar el efectivo —siempre que tenga el dato de la cuenta especial—, o el promotor, por deber domiciliar el efecto cambiario).

Nos falta una última puntualización y una matización sobre la interpretación que alguna doctrina da sobre la facultad recogida en el apartado 4.j) de la Orden citada, a saber, la de dejar de emitir nuevas pólizas individuales cuando de modo fehaciente se comprobare cualquier incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968 por parte del promotor contratante del seguro. Evidentemente, en virtud de lo anterior, la entidad aseguradora podrá también poner fin al contrato por dicho incumplimiento, pero ello no afectaría ni a los que ya estuvieran legitimados a través del correspondiente certificado individual del seguro, ni tampoco a aquellos cuyas cantidades estuvieran ya ingresadas en la cuenta especial, al margen de que se hubiera emitido o no el certificado individual. Ningún incumplimiento, además de los establecidos en la Ley, podría dar lugar a que alguno de los adquirentes se quedara sin la protección que se regula por este sistema, puesto que si el promotor no ha abierto la cuenta especial, ni tampoco ha incluido la información en la publicidad, ni en los contratos, etc., no se daría nunca la situación de que el ejercicio de resolver el contrato de seguro por la aseguradora perjudicara a algún adquirente antes de realizar el ingreso en la cuenta especial²⁶.

Así pues, ante la pregunta concreta sobre si la entidad garante, entidad aseguradora, puede negarse a pagar la indemnización, cuando las cantidades anticipadas no se hayan ingresado en la cuenta especial, la respuesta es clara:

- Nunca, si se emitió certificado individual a favor del adquirente (extraño en la relación entre el garante y el promotor).
- Siempre, si nunca se emitieron los documentos individualizados y únicamente existe la póliza flotante del seguro de caución.

Si las cantidades anticipadas han sido ingresadas en la cuenta especial, aunque no se emitiera el certificado individual, siempre debería responder la entidad aseguradora y ello en base a dicha facultad concedida para poder supervisar los movimientos de la cuenta especial. Si, en una concreta promoción, la totalidad de

²⁶ Es interesante llamar la atención sobre el apartado 2 del artículo 592, relativo al seguro de caución del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y cuya Ley aún no se ha publicado. En el mismo se indica, tras una copia exacta de la definición del seguro de caución realizada en la LCS: «2. Será necesaria la autorización expresa del asegurado para resolver el contrato de seguro de caución por causas distintas al mero transcurso del plazo de duración establecido». Evidentemente, dicha autorización va referida a la resolución del seguro propiamente dicho —póliza individual de seguro de caución— o, en nuestro caso, certificado individual del seguro de caución al amparo de la normativa objeto de estudio.

las cantidades anticipadas hubieran sido ingresadas en la cuenta especial, la entidad aseguradora debería responder de la totalidad de las cantidades anticipadas de una promoción —todas ingresadas en la cuenta especial—, aunque no hubiera emitido ni un solo certificado individual.

Por último, comentar que, erróneamente, las entidades aseguradoras suelen oponer la falta de ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas para evitar el pago de la indemnización, cuando han emitido los certificados individuales. Evidentemente, dicha argumentación no prospera, puesto que, como hemos razonado, la obligación del ingreso en la cuenta especial tan sólo es determinante para que puedan entenderse cubiertas dichas cantidades por el contrato de seguro de caución, cuando no se han emitido los certificados individuales; evidentemente sí prosperaría la oposición a realizar el pago de la indemnización cuando dichas cantidades —sobre las que no se emitió certificado individual—, tampoco aparecen ingresadas en la cuenta especial, y ello al margen de si el incumplimiento del ingreso se produce por el adquirente o bien por el promotor, puesto que, si bien los derechos del adquirente son irrenunciables y el incumplimiento del promotor no puede trasladarse al adquirente, dicha falta de ingreso —por cualquiera de los dos— tampoco podría ser trasladable a la entidad aseguradora.

2. La garantía prestada mediante aval solidario

El sistema articulado tiene su lógica plena en el supuesto de garantía prestada mediante aval solidario, puesto que la propia entidad financiera que presta la garantía para la devolución de las cantidades anticipadas podrá controlar los movimientos de la cuenta especial y exigir al avalado la petición de emisión del aval a favor de adquirente y el cobro de la correspondiente comisión o gasto al promotor y, en caso de negativa, a proceder al cargo en cualquier cuenta que el promotor-avalado mantenga con saldo positivo en la entidad (habitualmente, en las propias líneas de avales, se pacta dicha posibilidad de cobro inmediato y directo sin necesitar la autorización u orden del avalado-cliente que suscribió la línea de avales). Parecía el supuesto más fácil y sin necesidad de entrar a regularlo. Sin embargo, el sistema es fácilmente eludible por el promotor:

- A) Basta con que la entidad financiera donde se abra la cuenta especial sea diferente de la que presta la garantía, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con los seguros de caución, siempre deberá absolverse a la entidad financiera que no emitió los avales solidarios pese a que tuviera contratada la línea de avales (pero no la cuenta especial), y ello aunque en la propia línea se establezca de forma clara que la finalidad de los avales será para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas de una promoción concreta.

- B) Tampoco debería responsabilizarse a la entidad financiera por las cantidades ingresadas en cualquier cuenta abierta previamente al promotor, de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas, pues desconoce su responsabilidad y nunca podrá exigir la contratación de la garantía con carácter previo, ni realizar control alguno sobre la disposición de dichos fondos.

En definitiva, no se le podría responsabilizar:

- Ni por ser la entidad garante, aunque en estos casos puede ser discutible atendiendo a particularidades concretas.
- Ni por ser la entidad depositante, que simplemente recibe dichos fondos en cualquier cuenta previamente abierta al promotor (que no es especial, aunque el promotor la utilice para, además de otros fines, realizar los ingresos de las cantidades anticipadas de una concreta promoción, desconociéndolo la entidad financiera), y para la que no pidió, por motivos obvios, las garantías exigidas; pues aunque posteriormente la entidad financiera detectara dicha irregularidad no podría hacer nada al respecto.

La línea de avales es distinta de la póliza flotante del seguro de caución. Para que la garantía prestada mediante aval solidario sea válida es necesaria la emisión del aval o carta de aval. El mecanismo de protección, sin embargo, no deja de funcionar, siempre y cuando la entidad financiera donde se abra la cuenta especial y con la que se contrate la línea de avales sea la misma. En caso que fueran diferentes, si la entidad financiera que otorgó la línea de avales al promotor, nunca emitió un solo aval, por mucho que existieran cantidades ingresadas en la cuenta especial abierta en otra entidad, la entidad financiera de la línea global de avales nunca respondería frente a los adquirentes que no tuvieran el aval propiamente dicho, puesto que el legislador no les ha otorgado —a las entidades financieras—, como en el caso de las entidades aseguradoras, facultad alguna para poder consultar los movimientos de la cuenta especial, y ello puesto que el legislador, como decíamos, a nuestro juicio, da por hecho que la entidad financiera que presta ambas medidas (cuenta especial y garantía) es la misma. Si nos preguntamos nuevamente si la entidad garante, en este caso entidad financiera, puede negarse a pagar el importe de las cantidades anticipadas, cuando dichas cantidades no se hayan ingresado en la cuenta especial, la respuesta es clara:

- Nunca, si se emitió aval solidario a favor del adquirente.
- Siempre, si nunca se emitió aval solidario.

Si las cantidades se hubieran ingresado en la cuenta especial, pero nunca se hubiera emitido aval solidario, la entidad financiera podría negarse a pagar:

- Nunca, si la cuenta especial también se encontraba abierta en su entidad, puesto que debió exigir al promotor que solicitara la emisión del mismo y pagara dicha emisión.
- Siempre, si nunca se abrió la cuenta especial en su entidad.

Así pues, otra de las modificaciones que el legislador debería considerar realizar, si pretende que la garantía prestada por la entidad financiera entre en el juego de la cobertura de la devolución por las cantidades ingresadas en la cuenta especial, consistiría en que se exigiese que la mencionada identidad o coincidencia de entidades financieras —depositaria y garante— se produjera; mientras tanto, nunca podrá condenarse a una entidad financiera que no hubiera emitido un solo aval solidario y no se hubiera abierto la cuenta especial en dicha entidad o se hubiera usado otra cuenta para ello con su desconocimiento.

En definitiva, las consecuencias de la falta de ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial no debemos establecerlas en relación con las cantidades que se encuentran debidamente aseguradas a través del correspondiente certificado individual o aval solidario, sino en relación con aquellas sobre las que, por cualquier motivo, no se emitieron dichos documentos individualizados, de tal suerte que, aun existiendo únicamente la póliza flotante o la línea de avales, las entidades garantes deberán hacer frente a la indemnización o fianza, siempre que las cantidades hubieran sido ingresadas en la cuenta especial, puesto que las entidades garantes siempre²⁷ pudieron comprobar el efectivo ingreso en la cuenta especial.

En cualquier caso, y al margen las razones que lo amparen, las entidades garantes deberán responder siempre en virtud de una garantía ya ofrecida al adquirente (certificado individual o aval solidario), al margen, evidentemente, de las vicisitudes y obligaciones pactadas entre entidad garante y tomador-avalado o de los incumplimientos de ambos.

V. CONCLUSIÓN

La importancia del ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial no ha de concretarse sino en relación con el alcance de la garantía prestada por la entidad garante o, más concretamente, con la posibilidad de que la póliza flotante de seguro de caución y la línea de avales puedan cubrir la devolución de aquellas cantidades anticipadas siempre que éstas se hayan ingresado en la cuenta especial aunque no se haya emitido por la entidad garante, independientemente del motivo, la correspondiente garantía individualizada, sea certificado individual de seguro de caución o el propio aval solidario.

²⁷ Reiteramos la excepción de aquellas situaciones en las que la entidad financiera garante y entidad financiera depositaria no coincidan.

La doctrina admite e igualmente el legislador que las garantías propiamente dichas son el certificado individual de seguro de caución y el aval solidario, sin que pueda considerarse emitida la garantía con la sola contratación, entre promotor y entidad garante, de la póliza flotante o de la línea de avales. Éstas no legitiman al adquirente frente a las entidades garantes. En idéntica forma es admitido y es doctrina jurisprudencial que el ingreso de las cantidades en la cuenta especial no es fundamental para que un adquirente pueda obtener la devolución de las cantidades anticipadas si se emitió certificado individual o aval solidario.

La peculiaridad del sistema de garantías y la conclusión alcanzada consiste en que las entidades garantes, pese a no haber emitido la denominada garantía individual, responderán siempre de las cantidades anticipadas que se ingresen en la cuenta especial. Sin embargo, con este sistema y sin haberse emitido las garantías individuales, la entidad garante se encontraría con la inseguridad de desconocer el límite del riesgo por el que debe responder, motivo por el que la norma concede la facultad de consultar los movimientos de la cuenta especial a la entidad aseguradora y da por hecho que la entidad financiera garante, en tanto que entidad financiera depositaria de la cuenta especial, podrá también consultarlos. Por ello, el legislador establece que la falta de pago de la prima del seguro nunca será oponible al asegurado; no porque configure una especie de seguro o garantía gratuita, sino porque conociendo la entidad aseguradora la existencia de un nuevo asegurado por cuenta ajena, a través del ingreso de cantidades en la cuenta especial abierta, pueda reclamar al promotor el cumplimiento de la obligación de solicitar la emisión del certificado individual y el pago de la correspondiente prima, en virtud de lo pactado en la póliza flotante. Del mismo modo, las entidades financieras podrán, al tener conocimiento de un nuevo ingreso en la cuenta especial, emitir el correspondiente aval solidario y exigir del promotor el pago por dicha emisión o bien proceder al cargo, por compensación, en cualquier otra cuenta que el promotor tenga abierta en la entidad, en virtud de cláusulas que suelen incluirse en este sentido y con carácter general en todas las pólizas financieras. El sistema hace aguas cuando la cuenta especial no se abre o cuando la entidad financiera que se constituye como entidad garante es distinta de la entidad depositaria de la cuenta especial. Ello nos arrastra a otra conclusión anticipada al principio y que consiste en la necesidad de una nueva modificación legislativa que por un lado refuerce la importancia de la cuenta especial y del ingreso de las cantidades anticipadas en ella y, por otro, que establezca la necesidad de coincidencia de la entidad financiera garante y la entidad financiera depositaria.

Y es esta una sólida conclusión pese a que el Tribunal Supremo, a través de la sentencia de 13 de enero de 2015²⁸, ha sentado como doctrina jurisprudencial que «es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipa-

²⁸ STS dictada por la Sala Primera de lo Civil constituida en Pleno. Fundamento de Derecho Cuarto. [RJ/2015\352.]

das por los compradores en la cuenta especial que el referido promotor debe abrir...» y que por ello «... no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial», ya que en todas aquellas sentencias en que se hacen responsables a las entidades garantes de la devolución de las cantidades, no se estaban enjuiciando supuestos en los que tan sólo existieran las pólizas globales de las garantías, sino que siempre se había emitido el certificado individual del seguro de caución o bien, sólo existía la línea de avales, pero la entidad financiera que oponía el no ingreso en la cuenta especial había consentido el ingreso de las cantidades anticipadas en otra cuenta diferente y previamente abierta al promotor, por lo que, inevitablemente, era responsable.

También hemos de concluir que la posibilidad de que las entidades garantes puedan responder cuando únicamente se ha realizado la contratación de la póliza flotante del seguro de caución o de la línea de avales por el promotor, sin que las cantidades hayan sido ingresadas en la cuenta especial, es del todo rechazable; la aceptación de dicha posibilidad se nos revela vulneradora de la naturaleza de las garantías objeto de estudio, además de un equivocado traslado de responsabilidad del promotor a la entidad garante (ajena aún a la relación entre promotor y adquirente) sin justificación alguna. Derivado de lo anterior, se impone la necesidad de un mayor protagonismo de la cuenta especial y su importancia en relación al juego de las garantías ideado por el legislador. Incluso debe analizarse la posibilidad de hacer un cambio en el orden temporal de contratación de las medidas de aseguramiento, de tal forma que sea fundamental que la cuenta especial esté abierta para la contratación de las garantías. Al respecto, deberían introducirse dos requisitos nuevos: uno, que el promotor debiera acreditar la apertura de la cuenta especial mediante un certificado emitido por la entidad financiera depositaria para la contratación de las garantías y, en segundo lugar, que dicha cuenta permanezca bloqueada de ingresos hasta que el promotor no acredite la contratación de las garantías a la entidad financiera depositaria; pues estamos convencidos que ello afianzaría en mayor medida la finalidad pretendida por el legislador y que el control de las entidades garantes y la entidad financiera depositaria sería más difícilmente eludible por el promotor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO BEZOS, J. J.: «Letras de cambio. Excepciones oponibles por el deudor cambiario. *Exceptio doli*. STS núm. 467/2014, de 25 de noviembre de 2014 [RJ2014\6008]», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015, Editorial Aranzadi, SA [BIB2015\563].

BAÑO ARACIL, J.: «Reflexiones en torno a la cuenta bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, CUÑAT EDO, V., y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (Dir.), 2.^a edición, Pamplona, 2002.

BARRES BENLLOCH, M.^a P.: «*Régimen jurídico del seguro de caución*», Editorial Aranzadi, 1996.

— «El seguro de caución en la construcción de viviendas. Comentario a la STS de 26 de febrero de 1995», *Revista Española de Seguros*, núm. 84, 1995.

— «El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas», *RES*, núm. 84, 1995.

BENAVENTE SEGORB, R. J.: «El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE», en *Cuestiones actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS (Coord.), *Ediciones Atelier*, Barcelona, 2002.

— «El reparto de las cargas y de las obligaciones entre el tomador y los asegurados en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de una vivienda futura y las distintas excepciones oponibles por el asegurador», *Revista Española de Seguros*, núm. 95, 1998.

BERGAMÍN SERRANO, F. J.: «El seguro de caución y el primer requerimiento», en *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.), Fundación MAPFRE/ESTUDIOS, Atelier Mercantil, 2005.

BROSETA PONS, M., y MARTÍNEZ SANZ, F.: «Manual de Derecho Mercantil», vol. II, 15 edición, Madrid, 2008.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto de 1995.

CAMACHO DE LOS RÍOS, J.: «El seguro de caución. Estudio crítico», *Editorial MAPFRE, SA*, 1994.

— «Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997», *CCJC*, núm. 46, 1998.

CARRASCO PERERA, Á.: *Las miserias de pagar el precio aplazado de la vivienda futura a través de letras de cambio. Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2014*, Centro de Estudios de Consumo, 2014.

CARRASCO PERERA, Á., y AAVV: *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Editorial Diles, SL, 5.^a edición, Madrid, 2005.

- CHAMORRO POSADA, M.: «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 182, 2000.
- «Las entidades de crédito y la protección de los consumidores. Apertura de cuenta y aval a promotores por cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas», *Otrosí (Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*, octubre de 1995.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J.: *Póliza flotante y seguro en abono*, Real Colegio de España, Bolonia, 1984.
- «Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*, vol. I, 2001, pp. 499-513.
- DE LEÓN ARCE, A.: «Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas», en *Derechos de los consumidores y usuarios*, DE LEÓN ARCE (Dir.), Valencia, 2000.
- DIÉGUEZ OLIVA, R.: «Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 22/2009-1, Editorial Aranzadi, SA, [BIB\2009\79].
- EMBED IRUJO, J. M.: «La cuenta corriente bancaria en el marco de la contratación de las entidades de crédito», en *Contratos Bancarios & Parabancarios*, NIETO CAROL, U. (Dir.), Valladolid, 1998.
- «Problemas actuales del seguro de caución», *Revista Española de Seguros*, vol. 1, núm. 121, 2005.
- ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Civitas-Thomson Reuters, 2009.
- «La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23/2009, Editorial Aranzadi, SA [BIB\2009\926].
- «Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro. Comentario a la STS de 1 de diciembre 1989, AR\1989\8785», en BATALLER/BOQUERA/OLAVARRÍA, 1989, pp. 677-683.
- FERRANDO VILLALBA, M.^a L.: «El contrato de cuenta corriente», en *Contratación bancaria*, ORDUÑA MORENO, J., y TOMILLO URBINA, J. L. (Dir.), tomo I, Valencia, 2001.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C. C.: «La situación de prehorizontalidad y la proyección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982.

GARCÍA MEDINA, J.: «Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía», *Sentencias del TSJyAP y otros Tribunales*, núm. 10/2006 [BIB\2006\873].

MAGRO SERVET, V.: «Interpretación de lo dispuesto en el artículo 3.2 Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con el artículo 517.2.9.º LEC», *Boletín de contratación inmobiliaria El Derecho*, núm. 45, abril de 2008.

MARQUÉS FERNÁNDEZ-FLÓREZ, J. R.: *Manuales de Empresa. Operaciones Bancarias* (AA.VV.), Editorial CISS, SA, Valencia, 1998.

MARQUÉS NARVÁEZ, J. M.: *Medios de pago en la compraventa internacional*, ESIC/ICEX Editorial, Madrid.

MALDONADO MOLINA, F. J.: «Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas», *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, primer trimestre de 2011.

MONDÉJAR PEÑA, M. I.: «El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 16, 2007-II.

MUÑOZ DE DIOS, G.: «El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1981.

NIETO CAROL, U., y BONET SÁNCHEZ, J. I. (Coord.): *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, 3 vols., Editorial Civitas, Madrid, 1996.

SERRANO CHAMORRO, M.^a E.: «El seguro de caución: especial referencia al contrato de obra», *Revista de Derecho Privado*, 1988.

(Trabajo recibido el 1/12/2015
y aceptado para su publicación el 28/12/2015)

PRÁCTICA JURÍDICA

VENTAJAS DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO TRAS LA REFORMA DEL RD-L 1/2015: COMPARATIVA CON CONVENIOS CONCURSALES Y ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

ALFREDO MENESES VADILLO

Doctor en Derecho - Abogado

Master en Administración y Dirección de Empresas

RESUMEN

El presente trabajo trata de forma sistemática las novedades introducidas en acuerdos extrajudiciales de pago por el RD-L 1/2015, poniendo las mismas en relación con la regulación tanto de los convenios concursales como de los acuerdos de refinanciación, centrándose en las mayorías necesarias para la aprobación en los diversos casos y en el régimen de suspensión de las ejecuciones que pudieren estar en curso.

Palabras clave: acuerdo extrajudicial, convenio concursal, acuerdo de refinanciación, suspensión, ejecución, mayorías, acreedores.

ADVANTAGES OF OUT-OF-COURT SETTLEMENTS FOR PAYMENT FOLLOWING THE AMENDMENT TO RDL 1/2015: COMPARISON WITH INSOLVENCY ARRANGEMENTS AND REFINANCING AGREEMENTS

ALFREDO MENESES VADILLO

Doctor of Laws

Solicitor

ABSTRACT

The present paper systematically discusses the novelties introduced into out-of-court settlements for payment by RDL 1/2015, placing the same in connection with the regulation of both insolvency arrangements and refinancing agreements, focusing on the major

ities needed for approval in various cases and on the regime for suspension of any enforcement proceedings potentially under way.

Keywords: out-of-court settlement, insolvency arrangement, refinancing agreement, suspension, enforcement, majorities, creditors.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPARATIVA CON CONVENIOS CONCURSALES. 1. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores ordinarios. 2. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores con garantía real. 3. Suspensión de ejecuciones. 4. Conclusión: acuerdos extrajudiciales de pagos *versus* convenio concursal.—III. COMPARATIVA CON ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN. 1. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores ordinarios. 2. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores con garantía real. 3. Suspensión de ejecuciones. 4. Cuestiones respecto a gastos del acuerdo extrajudicial de pagos y del acuerdo de refinanciación. 5. Conclusión: acuerdos extrajudiciales de pagos *versus* acuerdos de refinanciación.

I. INTRODUCCIÓN

El RD-L 1/2015, de 27 de febrero, ha reformado la práctica totalidad de los artículos de la Ley Concursal dedicados a la figura del acuerdo extrajudicial de pagos, mecanismo de negociación extrajudicial de deudas introducido en nuestro derecho, procedente del derecho comparado, por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, previsto originariamente por esta norma únicamente para empresarios. Recordemos que la introducción de esta figura pretendía la creación de un procedimiento extrajudicial, breve y flexible, sustanciado ante registrador mercantil o notario, quienes nombrarían un negociador, pudiéndose ahora también sustanciarse ante una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

II. COMPARATIVA CON CONVENIOS CONCURSALES

1. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores ordinarios

La evidente ventaja de los acuerdos de refinanciación, en relación a la solución de situaciones de insolvencia en sede judicial de concurso residía, desde su introducción en nuestro derecho por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, en su carácter extrajudicial, aportando evidentes ventajas en cuanto a flexibilidad del procedimiento, duración temporal y coste del mismo.

Estas ventajas tenían un doble óbice, como eran la limitación subjetiva a empresarios y la falta de flexibilidad de los posibles pactos incardinables en la figura del acuerdo extrajudicial de pagos, ya que en su primigenia regulación por la Ley 14/2003, de apoyo a emprendedores y pese a la calificación de su exposi-

ción de motivos como «generosas» posibilidades, lo cierto es que sólo se permitían quitas de hasta el 25 por 100 y esperas de hasta tres años.

Este doble inconveniente subjetivo y objetivo (en cuanto a los acuerdos posibles), en comparación con las posibilidades de pacto previstos en convenios concursales, que no cuentan con restricciones subjetivas (previstos para todo deudor sea o no empresario) y con posibilidades de acuerdo mucho más amplias y alcanzables con mayorías más accesibles, se ha visto ahora suavizado con la extensión de la posibilidad de solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos a todo deudor, sea o no empresario, y con la extensión de las posibilidades del contenido del acuerdo extrajudicial a quitas sin límite de cuantía y esperas de hasta diez años.

Tras estas mejoras incorporadas por el RD-L 1/2015, ya no hay diferencias en cuanto al ámbito subjetivo de solicitantes de acuerdo extrajudicial de pagos o de concurso de acreedores.

Respecto al tipo de acuerdo y su aprobación, aunque, como hemos visto, las posibilidades del acuerdo extrajudicial de pagos han sido notablemente ampliadas, previendo el nuevo artículo 236 LC la posibilidad de:

- Esperas de hasta diez años.
- Quitas sin límite.
- Cesión de bienes o derechos en pago o para pago de todos o parte de los créditos.
- Conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.
- Conversión de deuda en préstamos participativos a plazo no superior a diez años.
- Conversión de deuda en obligaciones convertibles, préstamos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o en cualquier instrumento financiero.

Lo cierto es que el convenio judicial sigue contando con mayor flexibilidad, al poderse realizar ciertos tipos de acuerdos con mayorías más favorables.

Así, en relación a los créditos ordinarios, un convenio judicial puede ser alcanzado con una mayoría del 50 por 100 de los acreedores afectados, si contiene quitas de hasta el 50 por 100 o esperas de hasta cinco años, mientras que

acuerdos extrajudiciales de pago con idéntico contenido requerirían de una mayoría del 70 por 100¹.

Incluso en el caso de que la propuesta del convenio en sede de concurso consistiere en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 por 100, sería suficiente la aprobación por mayoría simple, es decir, que votaren a su favor una porción del pasivo superior a la que votase en contra.

Por el contrario, la mayoría más accesible prevista en acuerdos extrajudiciales de pago es la del 60 por 100 prevista para esperas de hasta cinco años, quitas de hasta el 25 por 100 o conversión de deudas en préstamos participativos también por plazo no superior a cinco años².

En cuanto al resto de acuerdos, mientras el convenio concursal permite la aprobación con mayoría del 65 por 100 del pasivo ordinario, cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez, quitas superiores a la mitad del importe del crédito y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100; el acuerdo extrajudicial de pagos requiere, sin embargo, una mayoría más alta, del 70 por 100, por lo que resultaría más complicado conseguir su aprobación, al requerirse la anuencia de un 5 por 100 más de acreedores ordinarios.

2. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores con garantía real

Una novedad importante en la nueva regulación del acuerdo extrajudicial es la extensión obligatoria de los efectos a los acreedores con garantía real, incluso por la parte que no exceda del valor de su garantía (anteriormente a la reforma operada por el RD-L 1/2015 esta extensión era solo voluntaria) siempre que voten a favor del acuerdo una mayoría del 65 por 100 o del 80 por 100 de la misma clase de acreedores, en función del contenido del acuerdo, medida respecto del valor de las garantías aceptantes sobre el total de las garantías otorgadas:

- Así, con mayoría del 65 por 100 se extienden los efectos para esperas de hasta cinco años, quitas no superiores al 25 por 100 o conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a cinco años.

¹ Artículo 124 Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

² Artículo 238.1 Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, según redacción dada por el artículo 2.7 del RD-L 1/2015.

- Para acuerdos más gravosos, se exige una mayoría reforzada del 80 por 100; esperas de entre cinco y diez años, quitas superiores al 25 por 100, conversión de deuda en préstamos participativos por plazo entre cinco y diez años, en obligaciones convertibles, préstamos subordinados, con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero.

La extensión del contenido del acuerdo, en el caso de convenio concursal, es alcanzable con menores mayorías. Así, según el artículo 134 LC, los acreedores privilegiados quedarán vinculados al contenido del convenio, además de cuando hubieren votado a favor de la propuesta, cuando concurren las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase:

- Del 60 por 100 cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.a), es decir, esperas de hasta cinco años, quitas de hasta el 50 por 100 o conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a cinco años.
- Del 75 por 100 cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.b), es decir, esperas entre cinco y diez años, quitas superiores al 50 por 100, conversión de deuda en préstamos participativos por plazo entre cinco y diez años, en obligaciones convertibles, préstamos subordinados, con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero.

Vemos, por tanto, que en orden a la extensión de efectos a acreedores privilegiados, las mayorías son más accesibles (un 5 por 100 menores) en el caso de alcanzarse en el seno de un convenio concursal, que si se pretendiere su consecución para la suscripción de un acuerdo extrajudicial de pagos.

3. Suspensión de ejecuciones

La declaración de concurso tiene el efecto general de no poder iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor³, y en cuanto a los acreedores de créditos con garantía real, el artículo 56 de la LC, señala que, cuando la garantía real recaiga sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

³ Artículo 55 LC 22/2003, de 9 de julio.

Los acuerdos extrajudiciales de pagos tenían hasta la reforma operada por el RD-L 1/2015 el efecto general, señalado en el artículo 5 bis de la Ley, relativo a que desde la comunicación de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, no pueden iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos, se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio o tenga lugar la declaración de concurso.

El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la reforma por el RD-L 1/2015, presenta frente a la propuesta anticipada de convenio concursal la ventaja de que además de la virtualidad prevista en el artículo cinco bis de la Ley Concursal, relativa a la suspensión de ejecuciones de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, se prevea ahora para los acuerdos extrajudiciales de pago también la suspensión de ejecuciones sobre la vivienda habitual del deudor, por tres meses, desde la comunicación de la apertura de negociaciones al Juzgado.

4. Cuestiones respecto a gastos del acuerdo extrajudicial de pagos y del concurso

El RD-L 1/2015 señala en su exposición de motivos que la reforma busca la *«potenciación de la figura del administrador concursal, introduciendo la posibilidad de que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios, si el deudor es empresario, o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarios»*⁴; esta posibilidad de actuación del notario como mediador es fruto de la extensión de la posibilidad de solicitud de realización de un acuerdo extrajudicial de pagos a todo deudor, sea o no empresario, y aunque existe esta posibilidad de llevanza por el notario de las negociaciones entre deudor y acreedores, en el caso de personas naturales no empresarios, también recoge el RD-L 1/2015 la posibilidad de que el notario pueda nombrar un mediador concursal en el plazo de cinco días desde la solicitud⁵.

La posibilidad del notario de realizar el nombramiento de un mediador concursal debe entenderse que ha de realizarse obligatoriamente en el plazo perentorio de cinco días desde la solicitud del deudor, dado lo terminante de la disposición legal al efecto, *«el nombramiento del mediador concursal deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor»*, sin que parezca legalmente posible que si el notario aprecia dicha conve-

⁴ E. de M. III RD-L 1/2015.

⁵ Artículo 242 bis 1 3.º RD-L 1/2015.

niencia con carácter sobrevenido pueda realizarse pasados esos cinco días el nombramiento de mediador concursal.

Hay que señalar que el nombramiento de administrador concursal realizado por notario o registrador no devengarán retribución arancelaria alguna⁶ y también se dispone en el RD-L 1/2015, respecto de los honorarios del mediador concursal por su intervención en el acuerdo extrajudicial de pagos, su futura determinación por el correspondientes desarrollo reglamentario⁷, y transitoriamente, hasta que dicho reglamento sea objeto de aprobación, se prevé que estos honorarios se calcularán aplicando sobre el activo y el pasivo del deudor los porcentajes establecidos en el arancel de derechos de los administradores concursales, con las siguientes reducciones, en función del tipo de deudor:

- Persona natural sin actividad económica: reducción del 70 por 100.
- Persona natural empresario: reducción del 50 por 100.
- Sociedad: reducción del 30 por 100.

Podemos apreciar, por tanto, la sustancial ventaja comparativa de los costes a soportar por el deudor en un acuerdo extrajudicial de pagos en comparación con un acuerdo alcanzado en el seno de un convenio concursal.

No obstante este carácter del acuerdo extrajudicial de pagos más favorable en cuanto a los costes para el deudor, conviene hacer una reflexión respecto al peligro que éstos pueden entrañar respecto a la protección de la vivienda habitual del emprendedor y la insuficiente protección de que goza la misma, a pesar de la innovación normativa realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores.

Ya el profesor MUÑOZ GARCÍA⁸ señalaba en cuanto a la falta de regulación eficaz de la protección de la vivienda habitual del emprendedor, que si éste no paga a los acreedores del emprendimiento, conservando la vivienda habitual, podría estar en situación de insolvencia y obligado a la solicitud de concurso. El concurso generaría nuevos créditos, éstos contra la masa, que sí pueden satisfacerse con cargo al bien «vivienda habitual». Para evitar esto, la alternativa del emprendedor podría ser no realizar la solicitud de concurso, pero entonces incumpliría con su deber de hacerlo y podría ser instado su concurso necesario, en el que además de tener que abonar los gastos del concurso terminaría siendo calificado de culpa-

⁶ Artículo 242 bis 1 4.º RD-L 1/2015.

⁷ Nueva redacción artículo 233.1, párrafo segundo, señalándose que las bases de la futura regulación reglamentaria, la cual determinará la retribución en función del tipo de deudor, activo y pasivo y éxito de la negociación.

⁸ MUÑOZ GARCÍA, A.: diario *La Ley*, núm. 8243, de 4 de febrero de 2014.

ble al dimanar tal calificación del incumplimiento del deber de instar el proceso concursal, lo que llevaría la responsabilidad ilimitada de su bien vivienda habitual también frente a las deudas derivadas de la actividad económica.

Pues bien, el mismo peligro puede predicarse si los gastos del acuerdo extrajudicial de pagos no son satisfechos, ya que el artículo 242.2.3.^a de la Ley Concursal señala que en el eventual concurso consecutivo tendrán «*la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84, tengan tal consideración y se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos*», por lo que habrá que ser cauteloso respecto a la posibilidad de que por acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos y no poder satisfacer los gastos inherentes al mismo, en un eventual concurso consecutivo, estos gastos, al considerarse contra la masa, puedan poner en peligro el mantenimiento de la propiedad de la vivienda habitual del deudor emprendedor, dejando sin efecto la eventual protección obtenida de acuerdo con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a Emprendedores.

A estos efectos se echa de menos que no se haya aprovechado la reforma de los acuerdos de extrajudiciales de pagos realizada por el RD-L 1/2015 para, al igual que se prevé en el mismo, como presupuesto para poder solicitar cualquier persona jurídica un acuerdo extrajudicial de pagos el requisito de disponer de «*activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo*»⁹, no se haya introducido análogo requisito para la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos en caso de deudor empresario persona física, a fin de evitar que la falta de previsión de éste en cuanto a cómo satisfacer los gastos del acuerdo, pueda dar al traste con la eventual protección de su vivienda habitual, pese a haber cumplido los requisitos establecidos en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores¹⁰.

5. Conclusión: acuerdos extrajudiciales de pagos *versus* convenio concursal

El acuerdo extrajudicial de pagos tiene evidentes ventajas en cuanto a coste y tiempo sobre el más complejo procedimiento judicial de concurso; sin embargo, si se previere no poder alcanzarse mayorías mínimas del 65 por 100 para solucionar la situación de insolvencia, el concurso de acreedores permitiría el alcance de pactos con acreedores con mayorías inferiores.

⁹ Artículo 231.2.c) Ley Concursal.

¹⁰ Constancia en el Registro Mercantil como Emprendedor de Responsabilidad Limitada e inscripción de la no sujeción de la vivienda habitual del emprendedor a los resultados del tráfico empresarial o profesional (arts. 9 y 10, respectivamente, de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización).

III. COMPARATIVA CON ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

1. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores ordinarios

La reforma de la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pago ha igualado a esta figura con los acuerdos de refinanciación en cuanto a posibles pactos, poniendo fin a la limitación existente anteriormente para los acuerdos extrajudiciales de pagos respecto a circunscribirse a quitas de hasta el 25 por 100 del importe de la deuda y esperas de hasta tres años.

Además de esta armonización de posibilidades, los acuerdos extrajudiciales de pagos, en el caso que afecten a acreedores no garantizados, presentan la ventaja de ser alcanzables, en la mayoría de los supuestos, con menores mayorías que los acuerdos de refinanciación:

- Mayoría del 60 por 100: Quitas de hasta el 25 por 100, esperas de hasta cinco años y conversión de deuda en préstamos participativos por plazo no superior a cinco años (en los acuerdos de refinanciación no se pueden hacer quitas con un porcentaje inferior al 75 por 100 del pasivo afectado, esperas y conversión de deuda en préstamos participativos por plazo, en ambos, casos hasta cinco años tienen establecida idéntica mayoría para acuerdos extrajudiciales de pagos y acuerdos de refinanciación).
- Mayoría del 70 por 100: Resto de acuerdos, no siendo posible esperas de más de diez años o conversión de deuda en préstamos participativos por plazo superior a diez años (en los acuerdos de refinanciación estos acuerdos necesitan una aprobación del 75 por 100 del pasivo afectado).

2. Análisis conjunto de posibilidades de acuerdo y mayorías para su aprobación en caso de acreedores con garantía real

Otra novedad importante, fruto de la asimilación de la normativa del acuerdo extrajudicial de pagos a los acuerdos de refinanciación, es la extensión obligatoria de los efectos a los acreedores con garantía real, incluso por la parte que no exceda del valor de su garantía (anteriormente la extensión era sólo voluntaria) siempre que voten a favor del acuerdo una mayoría del 65 por 100 o del 80 por 100 de la misma clase de acreedores, medida respecto del valor de las garantías aceptantes sobre el total de las garantías otorgadas.

Las mayorías necesarias para la extensión del acuerdo extrajudicial de pagos a acreedores con garantía real son las mismas que las previstas en los acuerdos de refinanciación, con la única diferencia que en los acuerdos extrajudiciales de

pagos se pueden pactar quitas de hasta un 25 por 100 con una mayoría del 65 por 100, en lugar de la mayoría del 80 por 100, que se prevé en acuerdos de refinanciación.

Así, con mayoría del 65 por 100 se extienden los efectos para esperas de hasta cinco años, quitas no superiores al 25 por 100 o conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a cinco años.

Para acuerdos más gravosos se exige una mayoría reforzada del 80 por 100; esperas de entre cinco y diez años, quitas superiores al 25 por 100, conversión de deuda en préstamos participativos por plazo entre cinco y diez años, en obligaciones convertibles, préstamos subordinados, con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero.

3. Suspensión de ejecuciones

A este respecto hay que resaltar la virtualidad que tras la reforma realizada por el RD-L 1/2015 tienen los acuerdos de refinanciación respecto a la suspensión de ejecuciones por tres meses, desde la comunicación de la apertura de negociaciones al Juzgado, en relación a acreedores con garantía real si la misma recae sobre la vivienda habitual del deudor, virtualidad de la que no disfrutaban los acuerdos de refinanciación¹¹.

4. Cuestiones respecto a gastos del acuerdo extrajudicial de pagos y del acuerdo de refinanciación

Frente a la necesidad de contar con un mediador para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, en los acuerdos de refinanciación se necesita únicamente contar con certificación de auditor de cuentas sobre la suficiencia del pasivo exigido para la adopción del acuerdo (art. 71 bis.1.b. 2.ª y DA 4.ª.1.), por lo que los acuerdos de refinanciación presentan ventaja en este punto.

5. Conclusión: acuerdos extrajudiciales de pagos *versus* acuerdos de refinanciación

Si bien los acuerdos de refinanciación puede considerarse gozan de mayor flexibilidad en cuanto a requisitos formales al no necesitar un profesional que dirija la negociación, como es el caso del mediador que se requiere en los acuerdos extrajudiciales de pagos, éstos presentan la principal ventaja de requerir

¹¹ Nueva redacción artículo 235.2.a) LC.

mayorías más accesibles para la consecución de acuerdos que afecten a acreedores ordinarios. Esta ventaja de los acuerdos extrajudiciales de pagos frente a los acuerdos de refinanciación, en el caso de acuerdos que afecten a acreedores con garantía real, se contrae únicamente al caso de quitas de hasta el 25 por 100, pero en este único supuesto en que se puede hablar de ventaja de los acuerdos extrajudiciales de pagos en caso de acuerdos extensibles a acreedores con garantía real, la ventaja es sustancial, al poderse realizar el acuerdo con una mayoría un 15 por 100 inferior que en el caso de acuerdos de refinanciación. También en relación a los acreedores con garantía real, el acuerdo extrajudicial de pagos conlleva la suspensión de ejecución sobre la vivienda habitual del deudor si fuere ésta la garantía real, circunstancia no prevista en el caso de acuerdos de refinanciación.

*(Trabajo recibido el 1/12/2015
y aceptado para su publicación el 30/12/2015)*

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

SCPS: TRANSFORMARSE O MORIR

ANÁLISIS DE LOS CAMBIOS EN LA TRIBUTACIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES CON OBJETO MERCANTIL EN EL EJERCICIO 2016, AL HILO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015, RELATIVA A LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

LETICIA BALLESTER AZPITARTE

Notario

RESUMEN

La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, convierte en contribuyentes por el Impuesto de Sociedades a todas aquellas sociedades civiles que desarrollen un objeto mercantil. Por tanto, todas aquellas entidades a las que doctrina y jurisprudencia venían aplicando el régimen jurídico de la sociedad colectiva irregular dejan de tributar por el régimen de atribución de rentas previsto en la Ley del IRPF a partir del 1 de enero de 2016. Ello, no obstante, se prevé un período transitorio de seis meses en la DT19 de la Ley del IRPF para evitar el cambio de tributación mediante su disolución sin coste fiscal alguno.

Palabras clave: IRPF, IS, exención fiscal, disolución, transformación social.

GENERAL PARTNERSHIPS MUST CONVERT OR DISAPPEAR

PARTNERSHIPS WHICH PURSUE A COMMERCIAL OBJECT WILL BE SUBJECT TO CORPORATION TAX ON THEIR PROFITS IN 2016. ABOUT THE RESOLUTION OF THE DGRN ON THE CIVIL LEGAL PERSONALITY OF IRREGULAR CORPORATIONS

ABSTRACT

The law 26/2014, of November 27th, makes all civil partnerships which pursue a commercial object subject to Corporation Tax on their profits. Therefore, all the business organizations which had to comply with the law requirements established for general partnerships according to doctrine and case-law, will no longer be taxed through the income allocation system of the Personal Income Tax Law from January 1st, 2016. Nevertheless, the DT19.^a of the Personal Income Tax Law grants them a transitional period of six months so that they may wind up in order to avoid the change in tax liability.

Keywords: Personal Income Tax, Corporation Tax, Tax exemption, winding up, transformation

SUMARIO: I. BREVE INTRODUCCIÓN.—II. VAYA POR DELANTE... LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR Y LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015.—III. ENTRANDO EN MATERIA... CAMBIOS EN LA TRIBUTACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL CON OBJETO MERCANTIL. 1. La primera opción: disolución sin coste fiscal. DT19 de la Ley del IRPF. 2. La segunda opción: pasar a ser contribuyente por el Impuesto de Sociedades desde el 1 de enero de 2016.—IV. CONCLUSIONES. BREVE REFERENCIA A LA ESCRITURA DE TRANSFORMACIÓN.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

PAZ-ARES dijo que eran monstruos jurídicos que había que desterrar, y la Agencia Tributaria parece haberse puesto manos a la obra. Al menos en parte, quedando aún por deportar las mal llamadas comunidades societarias o comunidades de bienes para el ejercicio del comercio. A partir del ejercicio fiscal en curso, las sociedades civiles con objeto mercantil solamente tienen dos alternativas: o pasar a tributar por el Impuesto de Sociedades o acogerse a la Disposición Transitoria 19 de la Ley 35/2006 del IRPF y disolverse sin coste fiscal.

Si bien no hay que confundir el contrasentido de la sociedad civil con objeto mercantil con la problemática de la sociedad mercantil en formación o irregular, en ambos casos nos encontramos ante situaciones que evolucionan en sentido opuesto en los ámbitos jurídico y tributario, como veremos a lo largo del presente trabajo. Comenzamos con la sociedad en formación e irregular: sociedades que se han constituido con arreglo a Derecho, pero que carecen de reconocimiento pleno en el ámbito fiscal. Su personalidad jurídica es un asunto zanjado a la vista de los fundamentos jurídicos de la Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 2015.

II. VAYA POR DELANTE... LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR Y LA DGRN DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

Ya no caben medias tintas. Se trata de una sociedad limitada constituida en virtud de escritura pública otorgada el día 23 de mayo de 2012 que, por causas imputables a los socios, no se inscribe hasta dos años después, concretamente el 27 de mayo de 2014. Para efectuar el depósito de cuentas del año de la inscripción es indispensable depositar con carácter previo las cuentas de 2012 y 2013, puesto

que la sociedad en formación y la irregular gozan de personalidad jurídica y les es aplicable el artículo 378 del RRM sin discusión alguna.

Con la inscripción en el Registro mercantil la sociedad adquiere la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido (art. 33 de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en adelante, LSC), en este caso el de la sociedad limitada, pero ya tenía anteriormente la personalidad jurídica en abstracto la del artículo 38.1 del CC, «suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones». También el artículo 24 de la LSC, al señalar que, «salvo disposición contraria de los estatutos, las operaciones sociales darán comienzo en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución» y que no se puede fijar una fecha anterior a la de la escritura para dicho comienzo fuera de los casos de transformación, otorga personalidad jurídica a la sociedad desde el momento del otorgamiento de la escritura.

Cierra la lista de argumentos más concluyentes de personificación el artículo 37.1 de la LSC, haciendo responder a la sociedad en formación de los actos y contratos indispensables para la inscripción, de los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción y de los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios «con el patrimonio que tuviere», siendo la autonomía patrimonial, junto con la capacidad de obrar, el segundo componente fundamental de la personalidad jurídica.

La Resolución de 2015 no supone ninguna innovación, sino que viene a retomar los argumentos de la de 14 de febrero de 2001, que ya mantenía sin reservas, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 8 de junio de 1995, 27 de noviembre de 1998 y 24 de noviembre de 2010), la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas. Desde la Ley de 1989, la inscripción otorga a estas sociedades la personalidad jurídica perfecta o la absoluta separación patrimonial, limitando la responsabilidad de los socios y haciendo cesar la responsabilidad solidaria de los administradores, de conformidad con el régimen de los artículos 36 a 38 de la LSC y 120 del Código de Comercio (en adelante, CCom).

La Resolución de la DGRN de 25 de marzo de 2011 lleva el argumento que analizamos hasta el extremo, pues en aquel caso no se trataba de una sociedad irregular, sino simplemente en formación, y se exigió el cumplimiento de las obligaciones contables por el transcurso de un lapso temporal de menos de veinte días. La sociedad en cuestión se había constituido mediante escritura el día 12 de diciembre de 2008 e inscrito el día 23 de febrero de 2009. Puesto que los propios estatutos indicaban que la sociedad daría comienzo a sus operaciones el día siguiente del otorgamiento, resultó ser su primer ejercicio el comprendido entre

el 13 de diciembre y el 31 de diciembre de 2008, debiendo presentar las cuentas de ese año aun cuando la sociedad no hubiera realizado actividad mercantil alguna al cierre del mismo.

Decíamos al principio que, si bien el año 2016 supone un avance importante a la hora de llamar a las cosas por su nombre, quedarían aún por reconducir a su verdadera forma y naturaleza las denominadas comunidades societarias. Para PAZ-ARES, de comunidad de bienes sólo tienen el nombre, y SÁENZ DE SANTA-MARÍA las considera un triple no, pues ni gozan de personalidad jurídica, ni son titulares de un patrimonio separado, ni tienen representación legal o estructura orgánica. El artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado su TR por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, los califica de empresarios, permitiéndoles contratar trabajadores, y se les asigna un Número de Identificación Fiscal con la clave «E», como a las demás entidades sin personalidad jurídica del artículo 35.4 de la Ley General Tributaria.

Pero del artículo 122 del CCom se desprende que no existe libertad de creación de tipos sociales, ni se puede excluir voluntariamente la ley aplicable, y por tanto hay que reconducirlas a su verdadera forma social. Cuando una comunidad de bienes inicia una explotación mercantil estamos ante una sociedad colectiva irregular, y así lo declara la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 14 de octubre de 2011 (rec. 97/2011), con ocasión de la calificación y clasificación de un crédito concursal en favor de la Tesorería General de la Seguridad Social. «Sea cual sea la calificación otorgada por quienes la integran», dice la sentencia, «no existe una comunidad de bienes como tal, sino que nos encontramos ante una sociedad mercantil por su objeto, puesto que desarrolla una actividad constitutiva de empresa bajo una razón unificada en el tráfico, que tiene carácter irregular y a la que son aplicables las normas de la sociedad colectiva».

La Audiencia Provincial adopta la tesis doctrinal clásica de que el ánimo de lucro es, junto a la aportación al fin común y el origen negocial, un componente indispensable del fenómeno societario (véanse arts. 116 CCom y 1665 del Código Civil, en adelante, CC): «desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad mercantil». Así pues, el criterio para fijar la distinción entre tributar los socios por el Impuesto de la Renta de las Personas físicas (IRPF) o la sociedad por el Impuesto sobre Sociedades (IS) desde el 1 de enero de 2016, debería ser estrictamente material, siendo sociedades mercantiles «las constituidas para la realización de actos de comercio y civiles cuando no concurra tal circunstancia». Sin embargo, como veremos más adelante, ésta no es la postura que ha adoptado y difundido la Administración tributaria.

Siguiendo con el criterio correcto (el de la materia), éste marca otra distinción igualmente importante, pues la responsabilidad de los socios en las sociedades

civiles es mancomunada (1698 CC), mientras que en las de naturaleza mercantil, por ser la colectiva la sociedad general del tráfico, la responsabilidad es solidaria, de acuerdo con el artículo 127 CCom, así como ilimitada y subsidiaria respecto de la sociedad. Termina diciendo la sentencia de la AP antes citada, respecto al alcance de la responsabilidad, que cada socio debe asumir la deuda social en su totalidad, si bien gozando del beneficio de excusión. En el caso enjuiciado, la persona física concursada había constituido una comunidad de bienes con su esposo, habiendo excluido inicialmente la administración concursal el crédito comunicado por la TGSS por entender que correspondía a dicha comunidad y no a la socia. Promovido el incidente concursal, es indudable que la concursada debe ser considerada deudora a título personal por la totalidad de la deuda, ante la imposibilidad de hacer frente a la misma con bienes de la sociedad irregular.

Ahora bien, sentada la doctrina de que tanto la sociedad en formación como la irregular deben cumplir con la normativa contable y registral si sus estatutos no han pospuesto el inicio de operaciones a un momento posterior al del otorgamiento de la escritura constitutiva, parecería una consecuencia lógica que también tuvieran que liquidar el Impuesto de Sociedades durante dichos ejercicios. Al menos, si ha devenido irregular por haber transcurrido un año desde el otorgamiento sin haberse solicitado la inscripción, y se le aplica el régimen de la sociedad colectiva por haber iniciado o continuado sus operaciones.

La Agencia Tributaria, como se desprende del documento de instrucciones internas publicado en su página *web* el día 22 de diciembre de 2015, adoptará un criterio estrictamente formalista a la hora de distinguir entre las sociedades civiles que pasarán a ser contribuyentes por el Impuesto de Sociedades y las comunidades que seguirán en régimen de atribución de rentas. Así pues, si la entidad se manifiesta como sociedad civil ante la AEAT en el momento de solicitar el NIF, mencionándolo así en el acuerdo de voluntades, entonces se entenderá que es voluntad de los socios no mantener secretos sus pactos y consiguientemente atribuir al ente colectivo personalidad jurídica, conforme al artículo 1669 del CC¹.

En este caso, según el documento de instrucciones, se les otorgará un NIF «J» de sociedad civil; mientras que si se manifiestan como cualquier otra entidad sin personalidad jurídica, sea cual sea la denominación del ente, se les otorgará un NIF con letra «E». Ya adelanta la Agencia Tributaria, por tanto, que se modificará la Orden EHA/451/2008, de composición del número de Identificación Fiscal (NIF). En todo caso, el criterio fiscal es hacer depender de la voluntad de los socios o partícipes la adquisición de personalidad jurídica, voluntad que debe exteriorizarse no mediante la publicidad registral (como en la Resolución de la

¹ GALÁN ABOGADOS Y ASESORES FISCALES. Nota sobre la doctrina administrativa relativa a la sujeción de las sociedades civiles al Impuesto sobre Sociedades (Madrid, versión actualizada a 29 de diciembre de 2015).

DGRN de 25 de junio de 2012), ni mediante la actuación en el tráfico *nomine societatis*, sino a través de la presentación de la solicitud del NIF ante la Agencia Tributaria. No hace falta ser muy aventurado para vaticinar el caos que conllevará la implantación de este criterio estrictamente formal.

En definitiva, las sociedades civiles podrán constituirse mediante escritura pública o bien en documento privado aportado a la Administración tributaria a efectos de asignación de un NIF. Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 23 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio), dicha solicitud debe hacerse antes de la realización de cualquier entrega, prestación o adquisición de bienes o servicios, de la percepción de cobro o del abono de pagos, o de la contratación de personal laboral, efectuados para el desarrollo de una actividad empresarial o profesional; y, en todo caso, dentro del mes siguiente a la constitución o establecimiento en territorio español.

III. ENTRANDO EN MATERIA... CAMBIOS EN LA TRIBUTACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL CON OBJETO MERCANTIL

1. La primera opción: disolución sin coste fiscal. DT19 de la Ley del IRPF

A fecha de publicación del presente artículo ya habrá transcurrido buena parte del período de seis meses que la citada DT 19 de la Ley del IRPF ha concedido a las sociedades civiles con objeto mercantil para disolverse sin coste fiscal alguno, evitando así el cambio de tributación por el Impuesto de Sociedades y la consiguiente obligación de cumplir con los requisitos de contabilidad mercantil. Esta disposición, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, fue redactada por el apartado 91 del artículo 1.º de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el R. D. Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias (BOE de 28 de noviembre).

Así pues, aquellas sociedades civiles que venían tributando por el régimen de atribución de rentas (Sección 2.ª del Título X de la LIRPF), pero que por razón de la naturaleza mercantil de su objeto pasaran a tributar en el ejercicio 2016 por el Impuesto de Sociedades, pueden disolverse y liquidarse acogidos a las condiciones de la disposición, siempre y cuando adopten válidamente el acuerdo de disolución en los seis primeros meses de 2016 y, con posterioridad al mismo, realicen todos los actos o negocios jurídicos necesarios para la extinción de la sociedad dentro de un nuevo plazo de seis meses, contados, esta vez, desde la adopción del acuerdo.

Cumplidos estos plazos temporales, el premio es la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, TPO y AJD), modalidad «Operaciones Societarias». La disolución de sociedades, recordamos, se regula como hecho imponible sujeto y no exento en el artículo 19.1.1 del Texto refundido del impuesto, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por contraposición a la constitución de sociedades, el aumento de capital, las aportaciones que efectúen los socios que no supongan aumento de capital y el traslado a España de la sede de dirección efectiva o del domicilio social de una sociedad cuando ni una ni otra estuviesen previamente situados en un Estado miembro de la Unión Europea, que gozan de dicho beneficio con carácter general y desde la modificación introducida por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

La base imponible en las disoluciones, además, viene determinada por el valor real de los bienes y derechos entregados a los socios, sin deducción de gastos y deudas, pudiendo ser comprobado por la Administración Tributaria y al que será de aplicación el tipo de gravamen del 1 por 100. Todo ello suponiendo que no hubiera excesos de adjudicación con respecto a la cuota de participación de cada socio, ya que entonces se devengaría TPO por el mismo.

En segundo lugar, tampoco se devengará la plusvalía municipal o el Impuesto sobre Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante, IIVTNU) con ocasión de las adjudicaciones que se efectúen en favor de los socios de inmuebles de naturaleza urbana de los que fuera titular la sociedad disuelta. En este caso no estamos ante una exención propiamente dicha, sino ante un supuesto de no sujeción, ya que la propia disposición advierte que «en la posterior transmisión de los mencionados inmuebles se entenderá que éstos fueron adquiridos en la fecha en que lo fueron por la sociedad que se extinga».

Por tanto, de manera semejante a lo que ocurre con este impuesto municipal en casos como: (a) las adjudicaciones en favor de los cónyuges o hijos (art. 104.3 del TR de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo); (b) las operaciones de reestructuración bancaria (art. 104.4 del mismo texto legal); (c) las derivadas de operaciones a las que resulte aplicable el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un Estado miembro de la Unión Europea a otro (régimen especial de los arts. 76 a 89 de la Ley del IS), o (d) las que traigan causa de operaciones distributivas de beneficios y cargas por aportación de los propietarios incluidos en las actuaciones de transformación urbanística y las adjudicaciones a favor de dichos propietarios o en virtud de expropiación forzosa (antiguo art. 18.7 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley del Suelo, hoy vigente art. 23.7 del Real Decreto

Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), el período temporal de generación del impuesto o el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor no se verá interrumpido por la disolución y adjudicación a los socios, sino que seguirá computándose a partir de la anterior ocasión en la que se pagó el IIVTNU.

Se distingue, pues, de los supuestos de exención *strictu sensu* del impuesto, como la dación en pago de viviendas (art. 105.1.c de la LRHL) o aquellos incrementos que correspondan a la Administración Pública (art 105.2.a del mismo texto), donde el período de generación del impuesto se cierra automática y definitivamente, abriéndose un nuevo período de generación de otro incremento distinto que tributará cuando se produzca, en su caso, el hecho imponible del impuesto.

En todo caso, resulta en cierta medida extraño analizar el devengo de este impuesto de plusvalía municipal en este ámbito particular, puesto que, a la vista del artículo 1667 del CC, ni siquiera podemos aseverar con certeza que ha habido inicialmente una transmisión de dominio en la aportación de un inmueble a la sociedad (menos aún, por tanto, en la disolución y adjudicación a los socios), si todo ello se instrumentaliza en documento privado. Si seguimos la tesis intermedia de que la transmisión en documento privado es válida *inter partes*, pero carece de efectos frente a terceros, y en particular la de PANTALEÓN, para quien el citado artículo tasa los medios de prueba frente a terceros, pues no se puede cumplir el requisito de la *traditio* y entregar la posesión del inmueble a la sociedad sin escritura pública, ¿cómo exigir el impuesto municipal o cualquier otro por la transmisión?

Existe una tercera y última exención tributaria aplicable a la disolución y liquidación de la sociedad que cumpla los requisitos de la DT 19, y se produce con relación a los impuestos de IRPF, IS o IRNR de los socios de la sociedad que se disuelve. Dice la disposición que el valor de adquisición de las acciones o participaciones en el capital de la sociedad que se disuelve, una vez determinado conforme a la DT 32 de la LIS (que luego analizaremos), se aumentará en el importe de la deudas adjudicadas al socio y se disminuirá a su vez en el de los créditos y dinero que se le adjudiquen.

Si arroja dicha operación un resultado negativo, se calificaría como renta o ganancia patrimonial según el socio adjudicatario fuera una persona jurídica o física, respectivamente, y el resto de elementos adjudicados tendría un valor de adquisición cero. Siendo el resultado positivo o cero, sin embargo, no se consideraría que existe renta o pérdida o ganancia patrimonial, adjudicándose igualmente en el segundo caso un valor de adquisición cero al resto de elementos asignados. Si el resultado fuera positivo, el valor de adquisición de éstos será el que resulte de distribuir el resultado positivo entre ellos en función del valor de mer-

cado que resulte del balance final de liquidación. En todo caso, la fecha de adquisición por el socio sería la misma que la fecha de adquisición por la sociedad disuelta.

Lo comparamos con el régimen general: siendo el socio adjudicatario también una sociedad, dice el art. 17.4 de la LIS que se valorarán por el valor normal de mercado los elementos patrimoniales que se transmitan a los socios por disolución. Así, la sociedad que se disuelve, si hubiera sido contribuyente por el IS (en nuestro caso precisamente se disuelve para no serlo), integraría en su base imponible el valor de mercado de los elementos transmitidos minorado en su valor fiscal. En los supuestos que contemplamos seguirá siendo aplicable el régimen de atribución de rentas del IRPF, puesto que la propia DT aclara que hasta la finalización del proceso de extinción de la sociedad civil continuará aplicándose el mismo, sin que llegue a adquirir la consideración de contribuyente por el IS. Por otro lado, la sociedad adjudicataria (aquí, el socio de la sociedad que se disuelve) normalmente queda obligada a integrar en su base imponible el valor de mercado de los elementos adquiridos minorado en el valor fiscal de las participaciones anuladas (art. 17.8 de la LIS), si bien dicha renta puede quedar exenta por el artículo 21.3 de la misma Ley, regulador de la exención para evitar la doble imposición.

Siendo el socio adjudicatario persona física, se considera por regla general ganancia o pérdida patrimonial la diferencia entre el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición de la participación en el capital, que se integrará en la base imponible del ahorro, de conformidad con el artículo 49 de la LIRPF. En caso de pérdidas, únicamente se pueden compensar con otras generadas e integradas en la base imponible del ahorro en el mismo período impositivo, o bien con las que se pongan de manifiesto en los cuatro años siguientes.

2. La segunda opción: pasar a ser contribuyente por el Impuesto de Sociedades desde el 1 de enero de 2016

Se da nueva redacción al artículo 7.1.a de la LIS para incluir como contribuyentes a todas las personas jurídicas, a excepción de las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil, y se modifican correlativamente los artículos 8.3 de la LIRPF y 6 de la LIS, de manera que sigan quedando sometidas al régimen de atribución de rentas, además de las herencias yacentes, las comunidades de bienes y demás entidades del artículo 35.4 de la LGT, «las sociedades civiles no sujetas al Impuesto sobre Sociedades»; por tanto, las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil.

La Disposición Transitoria 32 de la LIS recoge el régimen aplicable a aquellas sociedades que no se hayan acogido a la DT 19 de la Ley del IRPF que hemos analizado en el epígrafe anterior. En primer lugar, y a modo de cajón de sastre, advierte que en ningún caso los cambios de criterio de imputación temporal (los del IS los

recoge el art. 11 de su Ley reguladora) comportarán que algún gasto o ingreso quede sin computar o que se impute nuevamente en otro período impositivo.

Seguidamente pasa a distinguir dos regímenes según las sociedades civiles hubiesen tenido o no la obligación de llevar contabilidad ajustada a lo dispuesto en el Código de Comercio en los ejercicios 2014 y 2015. La disposición se refiere en primer lugar a aquellos contribuyentes por IRPF que, conforme al artículo 68.2 del Reglamento del impuesto (aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo), hubieran tenido ya que ajustar su contabilidad a las normas del Código de Comercio, concretamente los que desarrollen actividades empresariales cuyo rendimiento se determine en la modalidad normal (y no simplificada) del método de estimación directa.

A título de ejemplo, la consulta vinculante de la DGT V1289-10, de 8 de junio de 2010, lo aplicaba al que ejercía una actividad de comercio al por menor de medicamentos, productos sanitarios y de higiene personal, que debía llevar contabilidad ajustada al Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas. Además, según el apartado 10 del mismo artículo del Reglamento, adaptarse a la contabilidad mercantil eximía a estos contribuyentes de tener que llevar los demás libros-registro incluidos en el mismo: por ejemplo, cuando la actividad empresarial sujeta al régimen normal del método de estimación directa no tiene carácter mercantil, deben llevar un libro-registro de ventas e ingresos, un libro-registro de compras y gastos y un tercero para bienes de inversión.

Pues bien, las sociedades que ya hubieran ajustado su contabilidad a la normativa mercantil quedan sujetas a una serie de normas; la primera, relativa a la distribución de beneficios obtenidos en períodos impositivos en los que hubiera sido de aplicación el régimen de atribución de rentas. Siendo el perceptor una persona física, el rendimiento de capital mobiliario obtenido por la participación en los fondos propios (art. 25.1 LIRPF) y, concretamente, los dividendos o participación en beneficios no se integrarán en su base imponible. Si el perceptor fuera una sociedad o un contribuyente por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, IRNR) con establecimiento permanente tampoco se integrarán en su base imponible los beneficios obtenidos.

En segundo lugar, las rentas obtenidas en la transmisión de su participación en la sociedad civil que se correspondan con reservas procedentes de beneficios no distribuidos mientras tributaba por atribución de rentas en IRPF, se computarán, cuando el transmitente sea una persona física, por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión, estando ambos valores integrados por el precio o cantidad desembolsada y el importe de los beneficios sociales no distribuidos. Si las transmite una sociedad o contribuyente del IRNR con establecimiento permanente, el régimen será el previsto con carácter general en la LIS. Véase a este respecto la exención para evitar la doble imposición de rentas obte-

nidas en la transmisión de participaciones de una entidad en la que participe la transmitente en al menos un 5 por 100 (o bien cuando el valor de adquisición de la participación hubiese superado los 20 millones de euros, art. 21 de la LIS).

Por último, señala la DT 32 de la LIS que para aquellos nuevos contribuyentes por el IS que no hubieran estado obligados a llevar contabilidad ajustada al Código de Comercio en 2014 y 2015, fiscalmente se entenderá que la totalidad de sus fondos propios a día 1 de enero de 2016 están formados por aportaciones de los socios, con el límite de la diferencia entre el valor del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias y el pasivo exigible, y salvo prueba de la existencia de otros elementos patrimoniales. Este límite constituirá, a su vez, el baremo para determinar el valor de adquisición de las participaciones en la sociedad civil adquiridas antes del cambio en su tributación.

Otra consecuencia lógica para aquellas sociedades civiles que no se disuelvan será el cese en el régimen especial del recargo de equivalencia del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA). Dicho régimen, regulado en los artículos 148 y siguientes de la Ley reguladora del impuesto (Ley 37/1992) y en los artículos 59 a 61 de su Reglamento (aprobado por Real Decreto 1624/1992), está previsto con carácter obligatorio para comerciantes minoristas que sean personas físicas o entidades en régimen de atribución de rentas en el IRPF. En casos de cese está previsto que las entidades se puedan deducir en la última autoliquidación la cuota resultante de aplicar al valor de adquisición de sus existencias inventariadas (IVA y recargo de equivalencia excluidos) los tipos de dicho impuesto y recargo vigentes en la misma fecha.

Quedaría solamente por añadir que la DT 30 de la LIRPF permite a los socios de las sociedades civiles que pasen a tributar por el IS seguir aplicando las deducciones en la cuota íntegra de aquel impuesto previstas en el artículo 68.2 de su Ley reguladora. Se trata de la deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación, las deducciones en actividades económicas (a las que se aplican los incentivos y estímulos a la inversión empresarial establecidos en la normativa del IS, con igualdad de porcentajes y límites a deducir, sin perjuicio de determinadas excepciones), la deducción por donativos y otras aportaciones, la de rentas obtenidas en Ceuta y Melilla y la de actuaciones para la protección y difusión del Patrimonio Histórico Español o bienes declarados de Patrimonio Mundial. Éstas deben estar pendientes de aplicación el 1 de enero de 2016, de acuerdo con los límites establecidos en el artículo 69 de la LIRPF.

IV. CONCLUSIONES. BREVE REFERENCIA A LA ESCRITURA DE TRANSFORMACIÓN

Desaparecidos los incentivos de índole fiscal, es lógico que todas las sociedades que no acuerden disolverse aprovechando el régimen transitorio se transfor-

men paulatinamente en sociedades limitadas, al menos para gozar del beneficio pleno de la limitación de responsabilidad. Así pues, la escritura pública de moda esta temporada primavera-verano 2016 es la de transformación de sociedad civil particular (en adelante, SCP) a sociedad limitada. Aunque jurídicamente pueda resultar paradójico, ya que no cabe hablar propiamente de sociedades civiles con objeto mercantil, principalmente porque la normativa mercantil de protección del tráfico es imperativa y las partes no pueden sustraerse por su sola voluntad de la misma, nuevamente el Derecho se pone al servicio de la realidad para reconducir este tipo de entidades.

El criterio de la DGRN en este punto es muy claro: las sociedades tienen la naturaleza que corresponda a su objeto, y si éste supone el desarrollo de una actividad indubitadamente mercantil, es necesario que se constituya con arreglo a esta normativa. No cabe, por tanto, inscribir en el Registro de la Propiedad un inmueble de una sociedad constituida como civil si desarrolla una actividad mercantil (véase, entre otras, la Resolución de 21 de mayo de 2013, respecto de una sociedad que tenía por objeto la instalación y subsiguiente explotación de un negocio de comercio al por mayor de maquinaria de perforación y sondeos).

En la escritura que mencionamos comparecen los otorgantes en su propio nombre y derecho, pero por cuenta e interés como únicos socios de la SCP, y se transforman generalmente en sociedad limitada, de acuerdo con lo previsto en el art. 4.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles (en adelante, LMESM). Lo hacen, generalmente, por el procedimiento simplificado del art. 9.3 de dicha Ley, al ser acordado en Junta general universal y por unanimidad. Surge, sin embargo, un impedimento que no aparecería si, siendo estrictos, simplemente se constituyese *ex novo* una sociedad limitada (previa disolución de la SCP acogiéndose a la exención tributaria mencionada en el epígrafe anterior).

Dicho impedimento aparece con ocasión de los acreedores de la SCP transformada, ya que la publicación del acuerdo de transformación en el *BORME* y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio puede obviarse solamente, dice el artículo 14.3 de la LMESM, cuando se comunique individualmente por escrito a todos los acreedores en los domicilios que hayan puesto en conocimiento de la sociedad o, en su defecto, en los domicilios legales. En otro caso, deberá manifestarse que, según el balance de situación, la entidad carece de acreedores sociales. Es igualmente importante que la comunicación se realice a los socios cuando no se adopte el acuerdo en Junta universal y por unanimidad, ya que en tal caso gozan del derecho de separación regulado en el artículo 15 de la LMESM.

A pesar de que la transformación de la sociedad civil a limitada o anónima no produce a los acreedores ni frío ni calor, pues la responsabilidad limitada surge

para las deudas posteriores, éstos deben recibir la comunicación por encontrarnos ante un supuesto de refundación social, siendo imprescindible que el patrimonio social cubra al menos la cifra de capital. De acuerdo con el artículo 21.2 de la citada Ley, salvo que medie el consentimiento expreso de dichos acreedores, subsistirá la responsabilidad de los socios que respondían personalmente de las deudas de la sociedad transformada por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la misma. Dicha responsabilidad prescribe a los cinco años desde la publicación en el *BORME* del acuerdo de transformación, y cabe defender que por ser una sociedad civil a la que se le aplica el régimen jurídico de la sociedad colectiva irregular, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales que subsiste con la transformación es solidaria y no mancomunada.

Respecto a la certificación de la denominación social, que no se exige como regla general en las transformaciones, ya que la denominación social no ampara el tipo social y, por tanto, no cambia cuando la sociedad se transforma, el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM) dice en su artículo 413 que no podrá autorizarse escritura de constitución de sociedades o de modificación de denominación sin que se presente certificación negativa del Registro mercantil central. En el primer caso deberá estar expedida a favor de un fundador o promotor, y en el segundo a nombre de la propia sociedad o entidad. Pues bien, en la escritura por la que se transforme la SCP en limitada, en caso de que la certificación se expida a nombre de uno de los socios comparecientes (como en la constitución), éste deberá manifestar haberla solicitado por mandato de la sociedad, renunciando a la reserva de denominación a favor de la mercantil resultante de la transformación.

En conclusión, el nuevo criterio tributario supone un importante avance, pero probablemente traiga una larga cola de interrogantes y de inseguridad jurídica. Los conflictos surgirán, imaginamos, a la hora de deslindar los objetos de naturaleza mercantil de los civiles y, sobre todo, en torno a la subsistencia de las comunidades societarias. En el primer caso habrá que estar a los criterios jurisprudenciales y administrativos, siendo mercantiles las actividades de compraventa de productos o la producción y distribución de bienes y servicios en el mercado (en general, las que tengan asignada una tarifa en el Impuesto de Actividades Económicas, como la intermediación inmobiliaria, consulta de la DGT V2392/2015, de 28 de julio).

Por el contrario, tradicionalmente se han considerado civiles la ganadería (explotación de ganado vacuno de leche, consulta V2381/2015, de 28 de julio), la pesca (consulta V2393/2015, de 28 de julio), la agricultura (explotación agrícola de secano y regadío, consulta V2380/2015, de 28 de julio) o el ejercicio de profesiones liberales (por ejemplo, la abogacía, consultas V2395/2015, de 28 de junio, y V2376/2015, de 28 de julio).

Destacar por su carácter reciente, de entre las numerosas consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos, la de 22 de diciembre de 2015 (V3450-15), que niega la posibilidad de que una sociedad civil que desarrolle una actividad farmacéutica tribute por el Impuesto sobre Sociedades. Cada uno de los farmacéuticos deberá seguir tributando por IRPF, bien individualmente, bien por el régimen de atribución de rentas. Así, el rendimiento obtenido por el farmacéutico en la dispensación del medicamento, cuya adquisición le corresponde a éste, formará parte del rendimiento de su actividad económica. No obstante, la sociedad mercantil podrá ser la titular de los restantes elementos patrimoniales que integren el negocio de farmacia (locales, mobiliario), para su cesión al farmacéutico en la explotación de la oficina de farmacia.

En última instancia, puesto que hemos visto que la Administración tributaria adoptará un criterio de distinción estrictamente formalista, seguirá quedando al arbitrio (o, en ocasiones, al mero desconocimiento) de los administrados reconducir las entidades que desarrollen un objeto mercantil a su verdadera forma y tributación o, por el contrario, mantenerlas como comunidades societarias. Como señala el informe antes citado de GALÁN ABOGADOS y ASESORES FISCALES, en el borrador de instrucciones de la AEAT (versión anterior a la definitiva, de 22 de diciembre), se deducía que se otorgaría un NIF de comunidad de bienes y no de sociedad civil si del acuerdo de voluntades resultaban cuatro circunstancias: un patrimonio común preexistente, ausencia de voluntad de asociarse diferente a la mera situación de copropietarios, falta de aportación de nuevos bienes o derechos y de socios que no sean a su vez copropietarios. Sin embargo, la Resolución del TEAC de 5 de febrero de 2015, para la reducción por mantenimiento de empleo en IRPF, no tiene reparo en «subrayar la plena individualidad de la comunidad de bienes respecto de sus miembros, pese a carecer de personalidad jurídica, lo cual no obsta a que fiscal y mercantilmente actúe, en muchas ocasiones, como si de una sociedad se tratase».

No existe ningún motivo jurídico de peso para no extender el cambio tributario que ha supuesto la Ley 26/2014 a las comunidades societarias, obligándoles también a ser fiscal y contablemente un empresario. Simplemente, la fiscalidad, como la contabilidad o el Derecho laboral, tiene en ocasiones tal afán por regular su propio objeto que llega a prescindir del Derecho civil y mercantil. En definitiva, tantos siglos discutiendo el sexo de los ángeles, y ahora resulta que la personalidad jurídica de la sociedad civil surge por el hecho de que se presente en Hacienda el documento de constitución de la SCP, pues considera la Dirección General de Tributos que la sola presentación implica falta de secreto de los pactos entre los socios, en los términos del artículo 1669 del Código Civil.

*(Trabajo recibido el 29/2/2016
y aceptado para su publicación el 3/3/2016)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE COMUNERO POR EL INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN DE PAGO Y OTORGAMIENTO DE PODER A UNA SOCIEDAD GESTORA

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

RESUMEN

La titularidad de un derecho subjetivo, ya sea de crédito o real, puede corresponder a una sola persona o a varias al mismo tiempo; lo que da lugar a la cotitularidad o comunidad en los derechos subjetivos. Los comuneros tienen la facultad de servirse de la cosa común conforme a su destino, y no puede utilizarla en perjuicio de los restantes comuneros colectiva e individualmente. Asimismo, tienen derecho a participar en los beneficios que la cosa produce. La cuota de participación de cada uno de los copartícipes o comuneros en los beneficios o rendimientos será la que se hubiese estipulado y, en defecto de pacto, se consagra la regla de la igualdad —la proporcionalidad en sus respectivas cuotas—. En justa compensación al derecho de aprovechamiento, cada comunero tiene la obligación de contribuir a los gastos que se deriven de la titularidad de la cosa. Así, en la constitución de una Comunidad empresarial para construir un edificio con el correspondiente fuerte desembolso económico que ello supone, basta que uno no pague y no se le aparte de la comunidad de forma rápida y, por ende, se le sustituya por otro comunero para que se paralice la obra, a no ser que los restantes comuneros paguen la parte del incumplidor. De no operar en este sentido, la Comunidad quedaría dependiente del propietario incumplidor, pues bastaría que se opusiera al requerimiento resolutorio para de esta forma acudir a la vía judicial. En definitiva, se debe poner sobre la balanza los intereses de la comunidad de bienes, o la de un concreto comunero que ha incumplido sus obligaciones de conservar su cuota y, por ende, su posición en la comunidad. De ahí que, en la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 2015, se resuelve precisamente la cuestión de si pierde la condición de comunero el que incumple con su obligación de pago. En la misma, y en esta cuestión que tanto debate genera, se va a centrar el presente estudio.

Palabras clave: Comunidad de bienes, cuota, copropietario o comunero, gastos, beneficios, interés de la comunidad, acuerdos, mayoría, adquisición, inmueble.

LOSS OF THE STATUS OF JOINT PARTNER THROUGH FAILURE TO COMPLY WITH A PAYMENT OBLIGATION AND CONFERRAL OF POWERS OF ATTORNEY ON A MANAGEMENT COMPANY

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Doctor and Contracted Professor of Civil Law. UCM.

ABSTRACT

The ownership of a civil right already is of credit or royal it can correspond to an alone person or at the same time; in the latter case, the situation that gives place to the community in the civil rights. The commoners have the faculty to be served the common thing in conformity with his destination, and it cannot use it to the detriment of the remaining commoners collective and individually. Likewise, they have right to take part in the benefits that the thing produces. The quota of participation of each one of the copartners or commoners in the benefits or performances will be the one that had been stipulated and, in fault of agreement, the rule of the equality devotes itself—the proportionality in his respective quotas—. In just compensation to the right of utilization, every commoner has the obligation to contribute to the expenses that stem from the ownership of the thing. This way in the constitution of a managerial Community to construct a building with the strong correspondent economic disbursement that it supposes, it is enough that one not page and not apart from the community of rapid form and, for ende, he is replaced by another commoner in order that the work is paralyzed, unless the remaining commoners pay the part of the unreliable one. Not producing in this respect the Community would remain dependent on the unreliable owner, so, there would be enough that it was putting to the requirement for of this form to come to the judicial route. Definitively, it is necessary to put on the scale the interests of the community of goods, or that of a concrete commoner that, it has broken his obligations to preserve his quota and, for ende, his position in the community. Of there that, in the Resolution on February 12, 2015, resolves precisely the question of if the commoner's condition loses the one that it breaks with his obligation of payment. In the same one and in this question that so much he debates it generates, is going to centre on the present study.

Keywords. Community of goods, quota, co-owner or commoner, expenses, benefits, interest of the community, agreements, majority, acquisition, building.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR UNO DE LOS COMUNEROS. EFECTOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La titularidad de un derecho subjetivo, ya sea de crédito o real, puede corresponder a una sola persona o a varias al mismo tiempo; en este último caso, la situación que da lugar a la cotitularidad o comunidad en los derechos subjetivos¹. Como señala O'CALLAGHAN, la comunidad «existe siempre que un derecho o conjunto de derechos están atribuidos a una pluralidad de sujetos, correspondiéndoles en común»². Para que exista la comunidad de derechos es preciso la concurrencia de varios requisitos o presupuestos: 1. La pluralidad de sujetos, dos o más personas que tengan la misma posición jurídica en relación con el objeto de derecho. Pueden ser personas físicas o jurídicas. No hay límite máximo. En relación con aquéllas basta su capacidad jurídica, no la de obrar, la cual será precisa para el ejercicio de los derechos; 2. La unidad de objeto: el derecho que se comparte ha de ser único; y, por tanto, no está dividido el objeto en partes correspondientes a los titulares; y 3. La división intelectual en cuotas: éstas son disponibles por sus respectivos titulares y, asimismo, indican la amplitud de los derechos de cada uno y la participación material en el momento de dividirse la cosa. De forma que no hay comunidad cuando uno de los sujetos tiene la titularidad de una parte del derecho y otro u otros las demás partes diferenciadas del mismo objeto. Ahora bien, la comunidad puede referirse tanto al derecho real de propiedad (copropiedad o condominio) como a cualquiera de los derechos reales (art. 392 a 406 del Código Civil). Pero, asimismo, hay copropiedad cuando lo que está en cotitulari-

¹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5273), y de 14 de julio de 2003 (RJ 2003/4633); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, 7 de octubre de 2010 (AC 2010/1751).

² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, *Derechos reales e hipotecario*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 145. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de febrero de 1994 (RJ 1994/912), la comunidad de propietarios carece de personalidad independiente de los copropietarios.

dad no es un derecho subjetivo concreto, sino un patrimonio, un conjunto de bienes o una masa patrimonial.

DÍEZ PICAZO³ enumera una serie de principios rectores de la copropiedad:

Primero. Principio de autonomía privada contenido en el artículo 392.2 del Código Civil, que concreta que el régimen de copropiedad viene determinado, en primer lugar, por los acuerdos de los copropietarios. Las normas legales tienen, por lo general, el valor de normas dispositivas, puesto que rige solamente a falta de contratos o disposiciones especiales.

Segundo. Principio de proporcionalidad referido a las cuotas de cada copropietario que se presumen iguales (art. 393 del Código Civil).

Tercero. Principio democrático. En la administración y mejor disfrute se sigue el régimen de la mayoría, no de personas, sino de cuotas o intereses (art. 398 del Código Civil).

Cuarto. Principio de libertad individual. La tiene cada comunero respecto de su cuota, de la que puede disponer, renunciar a la misma, liberándose de determinadas obligaciones que sean consecuencia de la comunidad (art. 395); y, en cualquier momento, puede, asimismo, solicitar la división de la cosa común (art. 400 del Código Civil).

Sobre tales bases, los comuneros tienen la facultad de servirse de la cosa común conforme a su destino, y no puede utilizarla en perjuicio de los restantes comuneros colectiva e individualmente⁴. No obstante, la mayoría de los comuneros puede decidir imponer una determinada distribución del uso o cambiar este

³ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, 5.ª ed., Civitas, Madrid, p. 1027; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 73. En esta línea, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, tomo IV, *Propiedad y Derechos Reales de goce*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 148-149, señala como características fundamentales de la copropiedad romana las siguientes: «1. Cada uno de los copropietarios, aunque sea idealmente, tiene atribuida una cuota de participación en el derecho compartido que, en general, rige tanto para la contribución a los gastos cuanto para la formación de los acuerdos por mayoría; 2. Los copropietarios gozan de amplia libertad para adoptar los acuerdos que estimen oportunos respecto de la copropiedad, mediante la división de la cosa común en el momento en que la consideren conveniente; 3. Estructuralmente, pues, la copropiedad se concibe como una situación tendencialmente transitoria; 4. Respecto de la cuota de participación respectiva, cada uno de los copropietarios puede realizar, sin consentimiento de los restantes, los actos de disposición o enajenación que considere oportunos, desligándose así en definitiva de la copropiedad; 5. Entre los copropietarios entre sí y en relación con la cosa común no existe más vínculo o ligazón que la titularidad compartida del derecho de propiedad».

⁴ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 1968 (RJ 1968/648).

régimen de utilización por otro diferente, siempre que el nuevo sistema no limite abusivamente el derecho de uso de los comuneros minoritarios. Asimismo, todos los copropietarios o comuneros tienen derecho a participar en los beneficios que la cosa produce. La cuota de participación de cada uno de los copartícipes o comuneros en los beneficios o rendimientos será la que se hubiese estipulado y, en defecto de pacto, el artículo 393 del Código Civil establece que para la distribución de los beneficios, como para el reparto de cargas, se consagra la regla de la igualdad —la proporcionalidad en sus respectivas cuotas—⁵. La cuota expresa numéricamente y de manera ideal (no material) la participación de cada comunero en el bien o derecho sobre el que recae la comunidad⁶. Se expresa habitualmente en tanto por ciento o en fracciones.

Ahora bien, en justa compensación al derecho de aprovechamiento, cada comunero tiene la obligación de contribuir a los gastos que se deriven de la titularidad de la cosa⁷. Este deber de contribución es exigible y no puede un copropietario liberarse (art. 395 del Código Civil), salvo que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio, en cuyo caso la porción renunciada acrece a los demás comuneros, en proporción a sus respectivas cuotas⁸. La forma de reparto de esta obligación es la misma que para los aprovechamientos, pues a ambos se refiere el artículo 393 del Código Civil; de modo que cada comunero contribuirá a los gastos o cargas en la forma pactada y en defecto de acuerdo en proporción a su cuota.

Ciertamente, la cuota de los partícipes resulta esencial en el régimen legal de la comunidad de bienes, pues, en los términos vistos, se recurre a ella para determinar la participación de cada comunero en los beneficios, cargas y gastos de la comunidad (que habrá de ser proporcional a su cuota: art. 393 del Código Civil), para determinar el sistema de toma de decisiones, que se tomará por mayoría de

⁵ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1989 (RJ 1989/94); de 18 de julio de 1990 (RJ 1990/5948), y de 26 de marzo de 1991 (RJ 1991/2448) y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 17 de noviembre de 1998 (AC 1998/7855).

⁶ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 8 de julio de 2010 (AC 2010/1159).

⁷ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14, de 9 de diciembre de 2010 (AC 2011/201).

⁸ Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil*, vol. III, *Derechos Reales*, 2.ª ed., Colex, Madrid 2008, p. 185, que «hay una relación evidente entre la renuncia a la parte que corresponde a un comunero (parte que acrece a los demás comuneros) y la exoneración de la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa (gastos que deben ser afrontados, igualmente, por los demás comuneros): el mayor gasto que pesa sobre cada comunero se compensa con el aumento de su cuota en el bien o derecho». Si bien, añade, «esta causa de exoneración no es esgrimible por el comunero que contrajo el gasto frente al acreedor (aunque, si hay acuerdo en este sentido, podrían pactar una dación en pago de la cuota que corresponde al comunero sobre el bien o derecho de que se trate). Tampoco cabe esta forma de exoneración si el comunero que intenta la renuncia ha aprobado el gasto cuyo pago se trata».

cuotas (art. 398 del Código Civil), o, en fin, para organizar las consecuencias de la división de la cosa común (que se adjudicará en proporción a las respectivas cuotas: art. 402 del Código Civil), o de su venta (el precio se repartirá en función de las cuotas respectivas: art. 404 del Código Civil).

En cuanto a la administración y disfrute de la cosa común, la regla general es que los acuerdos serán adoptados por «la mayoría de los partícipes» (art. 398.1 del Código Civil)⁹. De forma que habrá mayoría cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses que constituyan el objeto de la comunidad (art. 398.2 del Código Civil). Y, asimismo, esta mayoría que resulta suficiente para tomar acuerdos vinculantes no es la de los partícipes, sino la de cuotas¹⁰. Respecto de las alteraciones en la cosa común se requiere el consentimiento unánime de los condueños, «aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos» (art. 397 del Código Civil). E, igualmente, se requiere la unanimidad para los actos de disposición sobre la cosa común¹¹. De todas formas, la mayoría de doctrina¹² y la jurisprudencia¹³ equiparan los actos de disposición sobre la cosa o el derecho a los de alteración, considerándolos como de alteración jurídica.

Asimismo, cualquier partícipe se encuentra facultado para actuar y realizar actos que redunden en beneficio de la comunidad, siempre que no afecten o supongan actos de disposición¹⁴.

⁹ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/2150), y sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.ª, de 19 de diciembre de 2001 (AC 2002/616).

¹⁰ Al respecto precisa MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 186, que «la posición de la minoría (de cuotas) queda protegida por dos mecanismos: 1. El limitado ámbito de actuación de la regla de la mayoría que únicamente actúa respecto de la administración y mejor disfrute de la cosa común y no más allá; y 2. La previsión del párrafo tercero del artículo 398 del Código Civil en cuya virtud si el acuerdo de la mayoría «fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez proveerá a instancia de parte lo que corresponda, incluso nombrar un administrador»; esta misma regla se aplica cuando no se obtiene mayoría suficiente para tomar decisiones (art. 398.3 del Código Civil)».

¹¹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1990 (RJ 1990/4894); de 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9281); de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6603); de 25 de abril de 1986 (RJ 1986/2065); de 17 de marzo de 1997 (RJ 1997/1980); de 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9689), y de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012/4059); y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de diciembre de 2003 (AC 2004/220). Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1953 (RJ 1953/1262), la venta de un comunero sin autorización de los demás es nula.

¹² Vid. por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *Curso de Derecho Civil, op. cit.*, p. 185.

¹³ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6603), y de 19 de octubre de 1993 (RJ 1993/7741), y las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.ª, de 13 de marzo de 1999 (AC 1999/4191), y de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, de 4 de junio de 2012 (JUR 2012/308062).

¹⁴ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 1998 (RJ 1998/4680).

En este contexto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 2015¹⁵ resuelve el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Móstoles número 2 en relación con la inscripción de una escritura titulada como «baja de comunidad de bienes por incumplimiento, compraventa de vivienda, entrega de llaves y posesión de vivienda y subrogación hipotecaria» que va a ser objeto de análisis en este estudio. Los hechos sobre los que se sustenta la citada Resolución son los siguientes: Mediante escritura autorizada el día 19 de mayo de 2011 por el notario de Madrid don Alfredo Barrau Moreno, número 1.346 de protocolo, se constituyó la comunidad de bienes denominada «CP Nueva York», y en escritura autorizada el día 7 de julio de 2011 por el mismo notario, con número 1.797 de protocolo, doña O. G. F. se adhirió a la misma y otorgó poder en favor de «Activitas Inversión Inmobiliaria, S. L.», «representada en la persona física de don F. M. R., Consejero Delegado de la misma», entre otros, para que, aun cuando se incida en contraposición o conflicto de intereses y representación múltiple, pueda ejercitar todas las facultades que constan en el apoderamiento también otorgado en la citada escritura de constitución de la comunidad de bienes, entre las cuales se expresa la siguiente: «... 29. Alquilar, arrendar, vender o enajenar, en el precio y condiciones que estimen convenientes las partes privativas del inmueble o cuotas indivisas de las mismas que los copropietarios puedan adquirir conjuntamente, o aquellas partes privativas o cuotas indivisas de las mismas cuya titularidad haya sido resuelta voluntariamente por el adjudicatario o resultase rescindida por el incumplimiento de las condiciones de adquisición».

Asimismo, por escritura autorizada por el notario don Alfredo Barrau Moreno el día 19 de julio de 2012, número de protocolo 1.721, la titular registral, doña O. G. F., junto con setenta y ocho copropietarios más, entre los que se encuentra «Activitas Inversión Inmobiliaria, S. L.», ejercitan un derecho de opción de compra sobre la finca registral número 31.555, adquiriendo dicha señora una participación indivisa de 1,1031 por 100 del 97,6587 por 100 de la misma finca, causando la inscripción 5.^a de 5 de septiembre de 2012.

En escritura autorizada de nuevo por el mismo notario el día 26 de octubre de 2012, número 2.406 de protocolo, de los elementos independientes resultantes de la división horizontal de la registral 31.555 se adjudica el pleno dominio de la totalidad de la finca registral 34.471 a la copropietaria doña O. G. F., con carácter privativo, por título de extinción de pro indiviso, según consta en la inscripción 3.^a de la finca 34.471, de 14 de diciembre de 2012.

Por último, mediante escritura otorgada también ante el notario don Alfredo Barrau Moreno el día 9 de junio de 2014, número de protocolo 1.255, don F. A. M. R., actuando como representante persona física de la sociedad denominada

¹⁵ RJ 2015/1218.

«Tenedora de Patrimonio Sostenible, SL», la cual, a su vez, es consejera delegada de la entidad «Activitas Inversiones Inmobiliarias, SL», apoderada voluntaria de la titular registral, doña O. G. F., vende a doña Y. A. M., quien compra la finca número 34.471, haciéndose constar en dicha escritura:

- a) Que la Junta directiva de la comunidad de bienes citada, «en su reunión de fecha 19 de mayo de 2014, en cumplimiento del otorgamiento octavo de la escritura de Constitución de la Comunidad, aprobó la baja como copropietaria de dicha Comunidad de doña O. G. F., «por incumplimiento reiterado en el abono de sus compromisos económicos».
- b) Que mediante burofax le había sido comunicada a doña O. G. F. su baja como copropietaria. Se testimonia en la escritura el burofax, con acuse de recibo (consta bajo la palabra «Conforme» una firma legible, con el nombre de «Patricia»), que contiene el texto de dicha comunicación.
- c) Que como consecuencia de lo dispuesto en los estatutos de la comunidad de bienes, «Art. 10. Pérdida de la Condición de Propietario», apartado A), y transcurridos más de quince días desde la comunicación sin que la destinataria haya regularizado su situación, doña O. G. F. ha causado baja en la »Comunidad de Bienes», y por tanto ha perdido la condición de copropietario, de conformidad con la decisión de la Junta Directiva de la Comunidad de Bienes, la cual es igualmente ratificada en este acto por el miembro de la Junta Directiva aquí presente, debidamente legitimado al efecto para ello, dejando en consecuencia libre el coeficiente asignado a la misma de 1,1031 por 100».

El notario autorizante de dicha escritura de compraventa, al efectuar la reseña de las facultades representativas de quien comparece en nombre de doña O. G. F., hace constar lo siguiente: «... hace uso de las facultades conferidas, que no han sido revocadas, según manifiesta, mediante escritura de adhesión y poder otorgada ante mí, el día siete de julio de 2011, con el número 1.797 de protocolo. Yo el notario compruebo en la matriz que obra en mi protocolo la no existencia de nota alguna revocatoria a tal efecto. Juicio de suficiencia: Yo el notario autorizante, he examinado y valorado dicho documento auténtico de poder, y declaro bajo mi responsabilidad, que a mi juicio, son suficientes las facultades representativas conferidas y acreditadas mediante el mismo para el otorgamiento de la presente escritura, por cuanto en la misma la sociedad apoderada está facultada, entre otras, para vender o enajenar las partes privativas cuya titularidad resulte rescindida por el incumplimiento de las condiciones de adquisición. Resultando la legitimación de la sociedad apoderada del acuerdo de la Junta Directiva de la comunidad...».

El referido artículo 10, apartado A), de los estatutos de la comunidad de bienes que se transcribe en la escritura de compraventa tiene el siguiente contenido:

«Pérdida de la condición de copropietario: El copropietario causará baja en la Comunidad por las siguientes causas: A) Por incumplimiento. El copropietario que incumpla las obligaciones contraídas en los presentes Estatutos y contrato de adhesión, y en especial cualquiera de las determinadas en el artículo 9 de los Estatutos, causará baja en la Comunidad, con pérdida de la mayor de las dos cantidades siguientes, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, el 20 por 100 del precio total reflejado en el documento de adhesión o el 40 por 100 de las cantidades entregadas hasta ese momento. La Gestora será competente para determinar la existencia del incumplimiento y tramitar la baja del copropietario de la comunidad. En todo caso las decisiones adoptadas serán comunicadas fehacientemente al copropietario, concediéndole un plazo de 15 días para que subsane el incumplimiento. Transcurrido dicho plazo sin que la subsanación se hubiera producido, la baja será firme. A tal efecto y en uso de sus facultades irrevocables concedidas a la Gestora, se procederá a transmitir su cuota de copropiedad a un nuevo partícipe, y en caso de no encontrar a ese nuevo partícipe a la Gestora quien la adquirirá con carácter transitorio hasta que se incorpore un nuevo copropietario interesado en su autopromoción».

Presentada dicha escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad de Móstoles número 2, fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe, emitida por el registrador don José Luis Aragón Aparicio con los siguientes Fundamentos de Derecho: I. Es materia de calificación por parte del registrador en orden a los documentos de todas clases sujetos a inscripción y bajo su responsabilidad, resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, a tenor de lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento. II. No se identifican, ni expresan, cuáles son las condiciones económicas que se incumplen, y desde luego, no se acredita fehacientemente tal incumplimiento, cuya concreción determina el hecho básico en qué consiste la condición. III. En la notificación por burofax que se hace a la titular registral, doña O. G. F., no se indica si ésta fórmula o no oposición. En cualquier caso, y por analogía, a los efectos del artículo 1.504 del Código Civil, no es admisible el requerimiento resolutorio efectuado por burofax, pues sólo es válido el efectuado por vía judicial o notarial —STS 4 de julio de 2011—. IV. Tampoco se hace constar nada sobre la obligación que existe de depositar el sobrante, a disposición de doña O. G. F., pues el importe de compra-venta, que recibe la Entidad Activitas Inversiones Inmobiliarias, SL, asciende a la cantidad de 86.151 euros, que recibe mediante cheque bancario. *Vid.* artículos 59 y 175.6.º del Reglamento Hipotecario. V. Por otra parte, aun suponiendo que se diera validez total a tal apoderamiento, y dado que el cumplimiento del contrato no puede dejarse a la voluntad de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil) tal apoderamiento ha de interpretarse en el sentido de legitimar al apoderado para demostrar ante el registrador el incumplimiento de las condiciones establecidas, pues como dijo la Resolución de 30 de julio de 1992, el cumplimiento de la condición no puede derivarse de la sola

afirmación que en tal sentido formula la parte negocial beneficiada, aunque así se hubiese estipulado (Resolución de la D.G.R.N. de fecha 25 de enero de 2012). En conclusión, como es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la constancia del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, requiere la demostración fehaciente de la realidad del hecho, y no siendo así, es imprescindible el consentimiento de ambas partes contratantes o resolución judicial. A mayor abundamiento, doña O. G. F., en la tan precitada escritura de Adhesión y poder, en su Otorgan Sexto, manifiesta su consentimiento expreso a que los inmuebles que le corresponden no le sean entregados hasta tanto no se encuentre al corriente de todas sus obligaciones. En consecuencia, no procede la inscripción del presente documento, por los hechos y fundamentos de derecho expresados anteriormente, en todo caso podría acudirse a la anotación de demanda a los efectos de ejercitar la resolución correspondiente, tal y como señala la Resolución de la D.G.R.N. de fecha 25 de abril de 1996. Queda automáticamente prorrogado el Asiento de presentación por el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Las Calificaciones negativas del registrador —como la presente— podrán (...) Móstoles, 22 de julio de 2014. El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador).

El día 19 de agosto de 2014 se solicitó calificación sustitutoria y el registrador de la propiedad de Madrid número 50, don Antonio Javier Tornel García, a quien había correspondido emitirla, resolvió desestimar la pretensión solicitada ratificando la nota de calificación emitida en fecha 22 de julio de 2014, basándose en que, junto con la escritura calificada, se acompañaba un acta subsanatoria, autorizada por el mismo notario al día siguiente de la calificación, por lo que dicha acta no podía ser tenida en cuenta en la calificación sustitutoria.

Estando vigente y prorrogado el asiento que motivó la inicial calificación de fecha 22 de julio de 2014, se aportó de nuevo al Registro de la Propiedad de Móstoles número 2 el título calificado, en unión de acta de manifestaciones y de protocolización complementaria que había autorizado el mismo notario el día 23 de julio de 2014, protocolo número 1.694. Y el día 9 de septiembre de 2014, el registrador de la propiedad de Móstoles número 2, don José Luis Aragón Aparicio, reiteró la inicial nota de calificación de fecha 22 de julio de 2014 en todos sus términos, al no haberse subsanado los defectos puestos en la misma.

En la referida acta el compareciente expresa lo siguiente: «Que a su representada “Activitas Inversión Inmobiliaria, SL”, como apoderada voluntaria de doña O. G. F., y a él mismo, no les consta que haya habido ningún tipo de oposición por parte de la vendedora Sra. O. a la venta y al uso del apoderamiento en base al cual fue formalizada la escritura de compraventa». Además, entrega y se protocoliza una hoja contable que recoge, según afirma, «el Estado de Cuentas correspon-

diente a la Sra. O. con la «Comunidad de Bienes “CP Nueva York”, a fecha 6 de julio de 2014». Dicha hoja contable va firmada por el Secretario de la Junta Directiva de dicha Comunidad, Don J. C. F. C., con el V.º B.º del compareciente Don F. M. R., como Presidente, cuyas firmas considero legítimas, y que dejo unido a la presente acta. Manifiesta el Señor compareciente que conforme a dicha hoja contable se acredita que a la Señora O. no le corresponde cantidad alguna procedente de la venta formalizada en la escritura referenciada en el dicen de este acta».

Solicitada de nuevo calificación sustitutoria, la misma fue emitida, en fecha 16 de octubre de 2014, por la registradora de la propiedad de Madrid número 52, doña Carmen Posada de Grado, ratificando íntegramente la calificación de fecha 9 de septiembre de 2014 y que es ahora objeto de recurso.

Don F. A. M. R., en representación de «Jatiel Gestión, SL», la cual es a su vez consejera delegada de «Activitas Inversión Inmobiliaria, SL», interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido, con las siguientes alegaciones: 1. El proceso constructivo se realizó mediante la constitución de esta Comunidad de Bienes constituida como una comunidad de promotores, carente de personalidad jurídica propia, considerándose cada copropietario como autopromotor de su propia vivienda, plazas de garaje y trastero, en régimen de comunidad romana, debiendo establecerse para conseguir el fin para el que se constituyó y en beneficio de todos los integrantes de la Comunidad de Bienes al inicio, o los que se adhriesen en el futuro, una serie de normas de funcionamiento y otorgamiento de poderes a favor de una Gestora que de forma profesional encauce todo el proceso constructivo a cambio de una remuneración. Estas normas de funcionamiento se encuentran recogidas en los Estatutos por medio de los cuales se ha de regir la vida de la Comunidad de Bienes, y a los que vienen obligados todos los miembros integrantes de la citada Comunidad de Bienes. Estos estatutos se encuentran protocolizados en la citada escritura de constitución de la Comunidad de Bienes. El 7 de julio de 2011, ante el mismo notario, y protocolo 1.797, D.ª O. G. F. se adhirió unilateralmente a la citada Comunidad de Bienes y en la estipulación Séptima de la citada escritura, la compareciente otorgó un poder a favor de Activitas Inversión Inmobiliaria, S.L. representada en la persona física D. F. M. R., Consejero Delegado de la misma, junto a otros, para que cada uno de ellos, en forma solidaria, con relación al bien que se adjudica y que es la registral 34.471, ejercite sin limitación todas y cada una de las facultades que constan en la cláusula Duodécima de la escritura de Constitución de Comunidad de Propietarios otorgada el 19 de mayo de 2011, y que para el caso que nos ocupa, se encuentra recogida dentro de ese apoderamiento voluntario la facultad numerada bajo el número 29 que es la de vender o enajenar, en el precio y condiciones que estime convenientes, las partes privativas del inmueble o cuotas indivisas de las mismas cuya titularidad haya sido rescindida por el incumplimiento de las condiciones de adquisición. En el mismo acto de firma de la escritura pública de adhesión el notario hizo entrega

a D.^a O. G. F. de los Estatutos por medio del cual se rige la Comunidad de Bienes «CP Nueva York». Por lo tanto la actuación de la Comunidad de Bienes debe acomodarse a los estatutos que están aprobados por todos y cada uno de los comuneros que forman parte de la Comunidad, y así consta en su correspondiente documento público de adhesión, en el que el notario facilita copia auténtica de dichos estatutos. En base a esos estatutos los mismos (art. 7) cada copropietario se compromete y obliga formalmente a observar lo dispuesto en los mismos y en el documento de adhesión. En estos estatutos se encomienda a la Gestora, Actividades Inversión Inmobiliaria, SL (arts. 16 a 18) la Administración, gestión, dirección y gobierno de todas las actividades que requiera el cumplimiento del objeto social de la Comunidad de Propietarios. En el artículo 10 de los citados estatutos se regula la pérdida de la condición de copropietario, señalando en su letra a) que por incumplimiento causará baja, facultando a la Gestora a la transmisión de la cuota de copropiedad o la vivienda a un nuevo partícipe. Con el fin de conseguir el fin de la Comunidad de Bienes, se delega la función en la sociedad Gestora, que profesionalmente asegura la construcción de las viviendas. 2. En la escritura de adhesión, D.^a O. G. F. otorgó un poder a Actividades Inversión Inmobiliaria, SL, para que actuase en su nombre hasta el momento en que la edificación haya concluido y se proceda a la entrega de las llaves correspondiente a la vivienda de cada uno de los comuneros. Por lo tanto en el documento de adhesión y poder, figura las condiciones económicas para satisfacer el precio de la construcción del conjunto urbanístico, delegando a la Gestora la vigilancia de los pagos y cumplimiento de las obligaciones que cada uno de los comuneros debe ir haciendo durante el proceso constructivo, otorgando la función ejecutiva para ejecutar los actos necesarios por medio del poder que cada uno de ellos les otorga, toda vez que la falta de pago afecta de una forma directa a todos los restantes comuneros copropietarios, incluso el desarrollo del «iter» constructivo podría quedar comprometido sin esas aportaciones, así como la financiación con garantía hipotecaria que la Gestora negocia durante el proceso con la entidad bancaria correspondiente, en nombre de todos los miembros de la Comunidad. La sanción estatutaria por el no cumplimiento de las aportaciones previstas de realizar a la propia Comunidad viene recogida en el artículo 10 de los estatutos, y es la enajenación de la vivienda que al comunero incumplidor correspondiere a fin de poder atender a sus obligaciones. Y esa facultad de enajenación se encomienda a la Sociedad Gestora, quedando reflejada en el poder al que todos los comuneros se adhieren y otorgan a favor de la misma. Así pues en la escritura de baja de comunidad de bienes por incumplimiento, compraventa de vivienda, entrega de llaves y posesión de vivienda y subrogación de hipoteca, Actividades Inversión Inmobiliaria, SL, actúa por medio de un poder que le legitima al representante de la Gestora para el ejercicio de sus facultades representativas respecto a terceros, constando en la intervención de la Escritura que se ha calificado reseñado el documento auténtico del que deriva la representación y se emite por el notario el preceptivo juicio notarial de suficiencia, conforme al artículo 98.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, actuando también como Presidente de la junta Directiva de la Comunidad de Bie-

nes. 3. La acreditación del incumplimiento de las obligaciones económicas corresponde realizarla a la Junta Directiva de la propia Comunidad de Bienes, cuyos miembros están determinados en la propia escritura de constitución y que todos los comuneros conocen al formalizarse la correspondiente adhesión y poder. Por ello en la escritura a fin de que el notario autorizante juzgara la legitimación del representante de la gestora se consigna además «el acuerdo de la Junta Directiva de la Comunidad de Bienes CP Nueva York de 19 de mayo de 2014 al que luego se hace referencia, en relación con el artículo 10 apartado A) de los Estatutos sociales de la Comunidad». También para mayor abundamiento en el cumplimiento del procedimiento interno establecido en los Estatutos [art. 10.a)] en la escritura se detalla el burofax remitido a la comunera D.^a O. G. F., pero este envío de burofax no es preceptivo para hacer uso de las facultades de enajenación o venta que formaliza haciendo uso del poder sino a la declaración de baja, esto es una cuestión de carácter interno de la Comunidad de Bienes con observancia de lo dispuesto en la Estatutos. Es por ello por lo que el representante de la sociedad Gestora «Activitas Inversión Inmobiliaria, S.L.», intervino como representante voluntario de doña O. G. F. en uso del poder y en ese concepto vendió y el notario emitió el juicio de suficiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el incumplimiento de las condiciones económicas a las que venía obligada por su escritura de adhesión fueron ratificadas por esta sociedad como Presidente de la Junta Directiva de la Comunidad de Bienes. 4. El registrador al calificar la escritura negativamente basa su calificación en que el apoderamiento ha de interpretarse en el sentido de legitimar al apoderado para demostrar ante el registrador el incumplimiento de las condiciones establecidas en base a la Resolución del 30 de julio de 1992 y 25 de enero de 2012, interpretación que no se sustenta ni en los Estatutos ni en el alcance de dicho poder. Pero en el presente caso no nos encontramos ante el incumplimiento de condiciones sino de observancia de las normas que rigen la propia Comunidad en base a unos estatutos de obligado cumplimiento de todos los integrantes de la misma, que su incumplimiento conlleva una sanción, y que en base a ello se legitima a la Sociedad Gestora y apoderada a vender a un tercero, la propiedad de la comunera incumplidora. De no otorgar esa legitimación a la Sociedad Gestora frente al incumplimiento de las normas que regulan la Comunidad de Bienes el proyecto constructivo podría quebrarse si una parte de los comuneros incumplieran con sus obligaciones de aportación que constan en la correspondiente escritura de adhesión y poder. 5. No existiendo ningún elemento de juicio alguno que pueda apreciar la existencia de mala fe o desprotección de la comunera que habiendo incumplido y habiendo seguido el procedimiento estatutario, en uso de las facultades que ella misma otorgó a la Gestora y que en ningún caso ha revocado, este Centro Directivo debería estimar el presente recurso por considerar que el juicio de suficiencia emitido por el notario en la escritura facultó a la Sociedad Gestora a representar a la citada comunera en la misma, con los efectos que de las facultades concedidas provoquen como es la transmisión de su cuota. La Gestora intervino en representación de la titular registral como vende-

dora haciendo uso del poder otorgado al efecto, vigente y sin revocar, si bien su legitimación resultaba complementada por el acuerdo de la Junta Directiva acreditativo del cumplimiento de la normativa interna de la Comunidad de Bienes. Es más la comunera podría haber comparecido ante notario a fin de revocar el poder, extremo que no ha hecho nunca a pesar de la notificación de su baja por vía de burofax. 6. La Gestora es una apoderada de la titular registral, y no hay ningún contrato entre la Gestora y la Comunera del que nazcan obligaciones que haya podido incumplir la citada Comunera. Las obligaciones incumplidas nacen entre la Comunidad y los miembros de la misma, y la Gestora es una mera representante. La Gestora intervino en representación de la titular registral como vendedora haciendo uso del poder otorgado al efecto, vigente y sin revocar, si bien su legitimación resultaba complementada por el acuerdo de la Junta Directiva acreditativo del cumplimiento de la normativa interna de la Comunidad de Bienes. El documento de Adhesión y poder no es un documento bilateral, es unilateral, el comunero se adhiere una vez tiene el visto bueno de la Junta Directiva, se obliga al cumplimiento de los estatutos y simultáneamente otorga el poder a favor de la Gestora. Precisamente el otorgan sexto de la escritura de adhesión y poder está configurada como protección no para el comunero que se adhiere sino en favor de toda la Comunidad y como orden imperativa a la Gestora de no entregar la posesión física de la vivienda al comunero correspondiente, sin que este esté al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la comunidad, pero la Gestora en cuanto tal es una apoderada de la titular registral. 7. El resto de motivos de calificación fueron acreditados mediante acta de manifestaciones de fecha 23 de julio de 2014, otorgada ante el notario D. Alfredo Barrau Moreno, protocolo 1.694, en la que se detallaron las condiciones económicas que se incumplían, acreditando fehacientemente su incumplimiento mediante la certificación emitida por el Secretario de la Junta Directiva de la Comunidad de Bienes con el visto bueno del Presidente, y que frente a sus acuerdos la propia comunera podría impugnarlos si considerase los mismos lesivos a sus intereses, cuestión que tampoco ha realizado a pesar de la notificación del burofax. Por lo tanto el acta de manifestaciones subsana los defectos enumerados en los fundamentos de derecho II y IV, donde constan los elementos que el registrador observó y que a pesar de haberse presentado a calificar de nuevo junto con el citado acta, el registrador vino a ratificar su calificación por medio de calificación de fecha 9 de septiembre de 2014. 8. Por último en cuanto a la forma del requerimiento resolutorio que considera el registrador aplicable al caso por analogía a lo establecido en el artículo 1.504 del Código Civil, debemos unirlo a lo manifestado anteriormente y la Sociedad Gestora en ningún caso resuelve un contrato de compraventa, sino que resuelve la adhesión y procede a la baja de la comunera en la Comunidad de Bienes, y su sanción por tal baja es la transmisión del inmueble, ejecución del acuerdo que debe ser ejecutado por medio del poder que ella misma otorgó a la Gestora. No es un supuesto equivalente al planteado por el registrador de la propiedad, por cuanto no se trata de incumplimiento de condiciones que consten en el propio Registro, sino de observancia de las normas internas por las que se rige la comu-

nidad, que legitiman a la Sociedad Gestora y apoderada a vender a tercero, la propiedad de la comunera incumplidora. De no ser así el proyecto constructivo podría quedar «varado», si una parte de los comuneros incumplieran con sus obligaciones de aportación que constan en la correspondiente escritura de adhesión y poder (...).

El notario autorizante formuló las siguientes alegaciones: 1. Que la cuestión de fondo se centra en la vigencia y suficiencia del apoderamiento en virtud del cual la sociedad gestora y recurrente intervino en la referida escritura como apoderada de la Sra. titular registral de la finca objeto de la compraventa. Copia autorizada de dicho apoderamiento le fue exhibida como notario autorizante, sin constar en la misma nota de revocación, habiendo el notario además comprobado su vigencia al no constar nota revocatoria en la matriz a su cargo, toda vez que dicho apoderamiento había sido otorgado el día 7 de julio de 2011 número 1797 de su protocolo. Que declaró la suficiencia del mismo al haberse acreditado el cumplimiento de las normas —Estatutos— de la Comunidad de Bienes que rigen las relaciones entre los comuneros, protocolizadas en la escritura de constitución de dicha comunidad en fecha 19 de mayo de 2011, número 1346 de su protocolo. 2. Que el apoderamiento en su día formalizado, y no revocado, facultaba a la sociedad Gestora, encargada de la ejecución del proyecto común de edificación en régimen de comunidad; de tal forma que la sociedad gestora se limita a ejecutar la decisión de la Junta Directiva de la comunidad de Bienes de declaración de la baja de la Sra. Comunera por incumplimiento de sus obligaciones y compromisos económicos; no respecto de la gestora, sino respecto de la propia Comunidad o más técnicamente, dada la carencia de personalidad jurídica de la misma, respecto de los restantes copropietarios o comuneros, que son los realmente afectados por dicho incumplimiento, que puede trascender a la consecución de los propios fines de la Comunidad en orden a la adecuada construcción y terminación de la edificación. Es por ello por lo que en aras de evitar que el impago de las obligaciones pecuniarias a las que cada comunero se ha obligado al entrar en la comunidad pueda perjudicar a los restantes, que en las normas internas que regulan sus relaciones, plasmadas en los Estatutos aceptados por todos, en el propio documento público de Adhesión y apoderamiento, se configure el incumplimiento de dichas obligaciones como causa de baja y permita la enajenación de su participación en la Comunidad, referenciada al elemento o elementos que a resultas de la división horizontal le corresponden, otorgándose, en consecuencia el apoderamiento a favor de la sociedad gestora a tal efecto, como un instrumento jurídico indispensable para alcanzar el fin común. 3. En consecuencia no se está ante un supuesto de resolución de un contrato bilateral. Lo que se resuelve es la condición o carácter de comunera, que abre el proceso estatutario, de tal forma que cumplido el mismo, la Sociedad Gestora, como apoderada, queda además legitimada en base a la decisión de la Junta Directiva de la Comunidad a proceder de inmediato a la enajenación a fin de evitar el perjuicio a los restantes partícipes. 4. Por lo que, como notario autorizante de dicha escritura y habiéndose acreditado el acuerdo de

la Junta Directiva —certificación de fecha 19 de mayo de 2014 incorporada en la escritura, así como la notificación realizada a la Sra. Comunera— y el transcurso del plazo estatutario de 15 días, sin que la Sra. comunera se hubiera puesto al día en el cumplimiento de sus obligaciones económicas, el apoderamiento conferido es plenamente eficaz para la acreditación de la representación de la vendedora, por lo que el negocio jurídico es plenamente válido y eficaz y susceptible de inscripción registral, y todo ello sin perjuicio del derecho de la comunera al ejercicio de las acciones procesales que entendiere le corresponden en derecho frente a la Comunidad de Bienes.

La Dirección General de Registros y del Notariado en esta Resolución desestima el recurso, pues mantiene que ha de probarse fehacientemente el incumplimiento del comunero, que actúa a modo de condición para el ejercicio del poder, bien por acta de notoriedad, bien por decisión judicial, pues no puede dejarse la prueba a criterio de una de las partes. Al respecto señala que: «La prueba del cumplimiento o incumplimiento de una condición es una de las cuestiones más problemáticas desde el punto de vista registral, debido al estrecho margen probatorio que cabe en este tipo de procedimientos y al hecho de que para verificar tal cumplimiento o incumplimiento es preciso atender frecuentemente a hechos o circunstancias extrarregistrales, como ya puso de manifiesto la Resolución de 7 de octubre de 1929. Cabe señalar como pauta general que ese cumplimiento o incumplimiento puede acreditarse, bien por la notoriedad del hecho o acontecimiento en que consiste la condición, para lo que resultan de gran utilidad las actas notariales, bien por la documentación que ponga de relieve el hecho, bien por la decisión judicial que así lo declare, por lo que la constancia del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones requiere la demostración fehaciente de la realidad del hecho, y en su defecto es imprescindible el consentimiento de todos los contratantes o la resolución judicial.

Cuando la demostración del cumplimiento o incumplimiento de la condición se pretende formular por sólo una de las partes contratantes —más concretamente aquella a quien beneficia la prueba—, no puede fundarse tal prueba en su sola afirmación, aunque así se hubiera estipulado, lo que supondría tanto como dejar a la voluntad de una sola de las partes la eficacia del contrato (*vid.* art. 1.256 del Código Civil). Por lo demás, el poder que se le conceda a uno de los contratantes le habilita para acreditar tal cumplimiento o incumplimiento por sí solo y para promover las consecuencias registrales y extrarregistrales que se deriven, pero no le exime de probar cabalmente el acontecimiento que constituye la condición. Idea ésta, pues, que es perfectamente aplicable a casos, como el presente, en los que se pretenda hacer valer consecuencias derivadas de un posible incumplimiento contractual con base en una actuación puramente individual al margen del consentimiento del presunto incumplidor. Por ello, tiene razón el registrador al poner de relieve la falta de acreditación de esos incumplimientos alegados».

Por analogía considera aplicables a este caso los requisitos para el ejercicio de la condición resolutoria e inscripción de la resolución (art. 1.504 del Código Civil): aportarse el título del vendedor, notificación judicial o notarial (no admite el burofax) y depósito del sobrante.

Finalmente, señala que no se cuestiona la nota de calificación del juicio notarial de suficiencia del poder, sino que lo que se plantea es si se acreditan o no los requisitos para el ejercicio del poder, para provocar la mutación real de la titularidad, para lo que concluye que no.

II. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR UNO DE LOS COMUNEROS. EFECTOS

En esta Resolución se examina si es o no posible que la pérdida de la titularidad dominical para el titular registral derive tan sólo del mero ejercicio de un poder conferido cuya legitimación, precisamente, descansa en la acreditación, fehaciente y con las debidas garantías, de determinadas circunstancias, algunas previstas contractualmente y otras derivadas de aquellos principios inspiradores del Derecho Patrimonial y del Derecho Hipotecario. Lo cierto es que, en el presente caso, se produce una mutación dominical, pues alguien deja de ser propietario y ha de soportar la transmisión que de su propiedad pretende realizarse y llevarse a los libros del Registro, en ejecución de un presumible incumplimiento declarado *«inaudita parte»*. Asimismo, es doctrina que ha ido elaborando este Centro Directivo a lo largo del tiempo que han de dotarse suficientes garantías al titular registral, caso de que se pretenda despojarle de tal condición; idea que, por lo demás, es una constante en nuestra legislación, tal y como se infiere claramente, por ejemplo, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de la abundante doctrina y jurisprudencia que ha generado.

La Dirección General del Registro y del Notariado opta por extender por analogía los requisitos del ejercicio de la condición resolutoria al presente caso ex artículo 1504 del Código Civil, lo que no resulta suficientemente claro y fundamentado, pues no estamos ante un contrato entre la Sociedad gestora y el comunero del que nazcan obligaciones que haya podido incumplir el citado comunero, ni, en consecuencia, ante dos partes con intereses contrapuestos, sino ante una sola, en concreto, comunidad de bienes (comunidad de promotores carente de personalidad jurídica propia) considerados cada copropietario como autopromotor de su propia vivienda, plaza de garaje y trastero en régimen de copropiedad romana (art. 392 del Código Civil), debiendo establecerse para conseguir el fin para el que se constituyó y en beneficio de todos los integrantes de la comunidad de bienes al inicio o a lo que se adhieran en el futuro una serie de normas de funcionamiento, a la vez que se otorga poderes a una Sociedad gestora que de manera profesional lleve todo el proceso constructivo a cambio de una remuneración.

Estas normas de funcionamiento se encuentran recogidas en los Estatutos por medio de los cuales se ha de regir la vida de la comunidad de bienes y es de obligado cumplimiento para todos los miembros que la integran. Las obligaciones incumplidas por uno de los comuneros nacen entre la comunidad y los miembros de ésta; la Sociedad gestora es una mera representante; quien ejercita el poder que actúa de forma independiente de los comuneros. No estamos, pues, ante el incumplimiento de condiciones, sino de observancia o no de las normas que rigen la propia comunidad en base a unos estatutos de obligado cumplimiento por todos los integrantes de la misma. Así el incumplimiento de las aportaciones previstas en los Estatutos conlleva una sanción, como es la enajenación de la vivienda del comunero incumplidor a fin de atender a sus obligaciones y, en base a ello, se legitima a la Sociedad gestora y apoderada a vender a un tercero la propiedad del comunero incumplidor —facultad de enajenación encomendada en lo que conforma el alcance del poder—. Precisamente, en los estatutos de la comunidad que constan en la escritura pública están concretadas las obligaciones de cada comunero y su sanción y, asimismo, está especificado los requisitos para la ejecución del poder y, por ende, en el otorgamiento de éste. El envío del burofax al comunero incumplidor no es preceptivo para hacer uso de las facultades de enajenación o venta que se formaliza en el uso del poder, sino de la declaración de baja y sanción por incumplimiento como cuestiones de carácter interno de la comunidad de bienes, tal como se contiene en los estatutos.

El comunero incumplidor es como los demás poderdante y prestó anticipadamente su consentimiento al ejercicio del poder; de forma irrevocable y se somete a las condiciones fijadas. Finalmente, es al notario a quien corresponde determinar si el poder es o no suficiente para la venta y para ello debe comprobar y juzgar si se dan los requisitos o condiciones para el ejercicio de dicho poder, lo que se contiene en la propia escritura. Una vez emitido el juicio de suficiencia, y que es congruente tal poder con el acto jurídico realizado, la compraventa, no cabe cuestionarlo en sede registral, sino en sede judicial, en su caso.

En el presente caso se han observado las normas que rigen la propia comunidad según unos estatutos de obligado cumplimiento para todos los integrantes de la misma; su incumplimiento conlleva una sanción, y con base en ello se legitima a la sociedad gestora y apoderada a vender a un tercero la propiedad de la comunera incumplidora. De no reconocer esa legitimación a la sociedad gestora, frente al incumplimiento de las normas que regulan la comunidad de bienes, el proyecto constructivo podría quebrarse si parte de los comuneros incumplieran con sus obligaciones de aportación que constan en la correspondiente escritura de adhesión y poder. Además, el juicio de suficiencia emitido por el notario en la escritura faculta a la sociedad gestora a representar a la citada comunera en la misma, con los efectos que las facultades concedidas provoquen, como es la transmisión de su cuota. La gestora intervino en representación de la titular registral como vendedora haciendo uso del poder otorgado al efecto, vigente y sin revocar, si

bien su legitimación resultaba complementada por el acuerdo de la Junta directiva acreditativo del cumplimiento de la normativa interna de la comunidad de bienes.

De todas formas, existe recelo por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la venta sin intervención directa de su titular, si bien el poder conferido no atribuye al apoderado una facultad indiscriminada e incondicionada —«*ad nutum*»— para decidir sobre la posibilidad de realizar una transmisión ni para declarar un incumplimiento unilateralmente, sino de dar cumplimiento a la sanción contenida en los estatutos. De acreditarse de forma indubitada y fehacientemente los hechos —el incumplimiento contractual alegado— determina la posibilidad de hacer uso del poder en cuestión, tanto ante el notario como ante el registrador.

En este caso estamos ante la constitución de una Comunidad empresarial para construir un edificio —en concreto 79 comuneros— con el correspondiente fuerte desembolso económico que ello supone, basta que uno no pague y no se le aparte de la comunidad de forma rápida, y se le sustituya por otro comunero, para que se paralice la obra, a no ser que los restantes comuneros paguen la parte del incumplidor. De no operar en este sentido, la Comunidad quedaría dependiente del propietario incumplidor, pues bastaría que se opusiera al requerimiento resolutorio para de esta forma acudir a la vía judicial. Si en vez de ser uno el incumplidor fueran varios estaría clara la paralización de la obra, al no poder asumir los restantes la carga financiera que supone asumir el pago de los demás que no cumplen. Se daría, además, la paradoja de que el copropietario incumplidor sería también propietario de lo que se construya con dinero ajeno por el principio de accesión «*superficie solo cedit*» (arts. 358 y 361 del Código Civil). En todo caso, al copropietario incumplidor le queda siempre abierta la vía judicial para invalidar la venta o reclamar en su caso el sobrante (art. 59 y 175.8 del Reglamento Hipotecario).

La Sociedad Gestora intervino en representación del titular registral como vendedora, haciendo uso del poder que esta misma le había otorgado, vigente y sin revocar, y estando legitimada para actuar sobre la base de un acuerdo de la Junta Directiva acreditativo de la sanción derivada del incumplimiento del comunero. En la Junta se identifican y expresan las condiciones económicas que se incumplen y se acredita tal incumplimiento. El apoderado actúa cumpliendo con el acuerdo de la Junta. Se ha acreditado ante el notario la suficiencia del poder.

En definitiva, cuando se pone sobre la balanza los intereses de la comunidad de bienes, o la de un concreto comunero que ha incumplido sus obligaciones de conservar su cuota y, por ende, su posición en la comunidad, cuando, precisamente, ha aceptado lo dispuesto en los estatutos y las consecuencias sancionadoras que de los mismos se dispone en caso de incumplimiento de la obligación de pago; lo cierto es que debe favorecerse a aquellos, pues, de optar por otra solu-

ción, además de frustrarse el fin de la comunidad, se dejaría sin ningún valor jurídico lo acordado y previsto en los estatutos y en el propio poder. De forma que, con este proceder, el proyecto constructivo podría quebrarse si una parte de los comuneros incumple con sus obligaciones de aportación que constan en la escritura de adhesión y poder. La Sociedad gestora no decide sobre la posibilidad de realizar la transmisión, ni por declarar el incumplimiento. Basta con que acredite la suficiencia del poder y su alcance y, por ende, su no revocación. El incumplimiento que determina la posibilidad de hacer uso de este poder proviene de un acuerdo tomado por la Junta Directiva de la comunidad de bienes sobre la base de unos estatutos aprobados y consensuados por todos los comuneros. De manera que tal acuerdo y su contenido vincula a todos los comuneros sin excepción.

Por lo que consideramos procedente la actuación del notario al que se acreditó el incumplimiento de la comunera; asimismo que el sistema pactado de exclusión del comunero incumplidor tiene como finalidad proteger a los restantes comuneros para lograr el fin perseguido, que es la construcción de un edificio, y en consecuencia emitió aquel juicio de suficiencia de tal poder. No compartimos el hecho que el incumplimiento del comunero actúa a modo de condición para el ejercicio del poder, como señala en esta Resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado y, en consecuencia, que haya de probarse tal incumplimiento fehacientemente, bien por acta de notoriedad, bien por decisión judicial. Asimismo, no consideramos que en este caso resulten aplicables por analogía los requisitos para el ejercicio de la condición resolutoria e inscripción en el Registro: aportarse el título del vendedor, notificación judicial o notarial y depósito del sobrante. Entendemos que se acreditan los requisitos para el ejercicio del poder, que provoca una mutación real de la titularidad, y así lo constata el notario autorizante. En fin, se ha acreditado el incumplimiento del comunero, y el apoderado no tiene que demostrar al registrador el incumplimiento de lo previsto en los estatutos, que determina la sanción expuesta para el comunero incumplidor. Y resulta procedente proteger los intereses de una comunidad frente al interés de uno de los comuneros que ha incumplido su obligación de pago, máxime cuando éste ha aceptado el acuerdo y las consecuencias sancionadoras que del mismo se derivan.

*(Trabajo recibido el 28/12/2015
y aceptado para su publicación el 20/1/2016)*

**COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN
DE 10 DE JULIO DE 2015. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 160
DE TRDLEG /2010, DE LA LEY DE SOCIEDADES
DE CAPITAL, TRAS LA REFORMA POR LA LEY 31/2014:
AUTORIZACIÓN DE LA JUNTA GENERAL PARA
LA TRANSMISIÓN DE ACTIVOS ESENCIALES**

MIGUEL LLORENTE GONZALVO

Notario de Bilbao (Bizkaia)

RESUMEN

En el presente comentario analizaré la nueva redacción del artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital y, tomando como base una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, comentaré sobre el espíritu de la Ley 31/2014, que reforma esta materia, criticaré el concepto de activo esencial, las consecuencias de no contar con el acuerdo de la Junta general para la transmisión de este tipo de activos y sobre el papel de notarios y registradores al aplicar el nuevo artículo reformado.

Palabras clave: Ley de Sociedades de Capital, protección al socio, autorización de la Junta general, transmisión de activos esenciales, la esencia de la sociedad de capital, límites al órgano de administración de la sociedad.

**COMMENT ON THE RESOLUTION BY THE DGRN
DATED JULY 10TH, 2015. ANALYSIS OF ARTICLE 160
OF THE TRDLEG/2010 AND THE CAPITAL
CORPORATIONS ACT FOLLOWING ITS AMENDMENT
BY LAW 31/2014: AUTHORIZATION BY THE GENERAL
MEETING OF SHAREHOLDERS FOR THE
CONVEYANCE OF ESSENTIAL ASSETS**

MIGUEL LLORENTE GONZALVO
Notary Public in Bilbao (Biscay)

ABSTRACT

In these few lines I will analyze the new version of article 160.f) of Spain's Companies Act, and by reference to the comment of a decision of Spain's General Direction of the Registers and Notaries, comment on the spirit of the law 31/2014 that reforms all this matter, I will criticize the concept of essential asset, the consequences of not having the agreement of the general Assembly in order to legally transmit such assets, and on the role of notaries and registrars to apply those new legal requirements.

Key words: Spanish Companies Act, Shareholders protection, General Assembly's permission, transmission of critical assets, the essence of a company, limits to general manager's powers

SUMARIO: I.—SUPUESTO DE HECHO. II.—ANÁLISIS SOBRE EL CONTENIDO Y ESPÍRITU DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY DE 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, A TRAVÉS DE LO DICHO EN SU PREÁMBULO. III.—CRÍTICA A LA NUEVA REDACCIÓN DEL APARTADO F) DEL ARTÍCULO 160 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010, DE 2 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. IV.—CRÍTICA A LA RESOLUCIÓN DE 10 DE JULIO DE 2015 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. V.—CONCLUSIÓN.

I. SUPUESTO DE HECHO

Vista en líneas generales la temática de la resolución que voy a comentar, procedo a analizar resumidamente las posturas de los distintos operadores jurídicos ante el supuesto de hecho planteado:

- Mediante escritura autorizada por un notario de Marbella una sociedad limitada, junto con dos personas físicas, constituyeron otra sociedad limitada, con un capital social de 15.000 euros, y a cuya formación contribuyó la sociedad limitada fundadora con la aportación de 5.000 euros en metálico. El objeto social de dicha sociedad fundadora está constituido por los servicios jurídicos y administrativos, así como todas las actividades inmobiliarias, y el de la sociedad constituida esas mismas actividades, entre otras.
- Un registrador mercantil de Málaga calificó negativamente dicha escritura fundamentando, entre otros, que no consta la autorización de la Junta, ni se expresa por la administración de la sociedad limitada fundadora «Focus Legal Abogados, S. L.», que los activos aportados no son esenciales y que no superan el veinticinco por ciento (25%) de los activos que figuren en el último balance aprobado y, en el caso que superen ese porcentaje, que los mismos no son esenciales, se infringe el apartado f) del artículo 160 LSC.
- Solicitada la calificación sustitutoria, ésta fue emitida por un registrador de la Propiedad de Vélez-Málaga, conforme a turno, quien confirmó la calificación del registrador mercantil sustituido argumentando que de la interpretación literal del apartado f) del artículo 160 de la LSC se aprecia que la ley no distingue entre ningún tipo de activo de los que pueden figurar en el balance, para sustraer o no la operación del conocimiento y

autorización por la Junta general y que lo único que establece es la presunción de que, si se supera el 25 por 100 del último balance aprobado, se debe reputar como esencial. Luego, si dentro del balance de una sociedad puede figurar el dinero, cuando la aportación supere el 25 por 100 del último balance, será necesario el acuerdo de la Junta general (aprobando la operación o manifestando que no es esencial ese dinero para la sociedad). Si no se supera ese límite del 25 por 100 bastará la manifestación del representante expresando que no se supera ese límite o que no es activo esencial. Argumenta el registrador sustituto que el objeto de la reforma de la Ley 31/2014 es ampliar las competencias de la Junta general para reservar a su aprobación aquellas operaciones que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales y evitar vaciar de dinero las sociedades sin conocimiento de la Junta, al entender que éste no es esencial, sino circulante.

- El notario autorizante interpuso recurso contra la calificación del registrador sustituido alegando resumidamente que el artículo 160 de la LSC tiene eficacia meramente interna, de forma que tiene un ámbito de aplicación meramente interno, delimitador de las relaciones entre los diversos órganos sociales, generadora de una posible responsabilidad del administrador frente a los socios en caso de contravención, pero sin que trascienda a las relaciones de la sociedad con los terceros de buena fe que con ella contratan ni a la eficacia del negocio jurídico con éstos celebrado. En este sentido es que la reforma no ha derogado el artículo 234 de la LSC, de forma que el artículo 160 de la LSC distribuye competencias entre los órganos sociales y el artículo 234 de la LSC se refiere a la extensión de las facultades representativas frente a terceros del Órgano de administración. Recuerda además que el artículo 161 de la LSC no puede perjudicar a terceros y debe respetar lo dispuesto en el artículo 234 de la LSC, por lo que igual pasa con el nuevo artículo 160 de la LSC.
- La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) estima el recurso y revoca la calificación impugnada. Entiende que el artículo 160 de la LSC no ha derogado el artículo 234.2 de la LSC, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. Añade que no existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, pero que si se manifestase en la escritura se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia. Considera que la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. Pero que, en todo caso, el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para

el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

Planteadas en esquema las posturas y los argumentos de derecho propuestos por todos los operadores jurídicos, considero que debe hacerse un análisis más profundo del caso planteado.

II. ANÁLISIS SOBRE EL CONTENIDO Y ESPÍRITU DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY DE 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, A TRAVÉS DE LO DICHO EN SU PREÁMBULO

Como hemos adelantado, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC), ha sido modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. En concreto, de esta reforma lo que nos interesa para el caso contemplado en la resolución comentada es la reforma que del artículo 160 de la LSC contiene el artículo ÚNICO.1 de la Ley 31/2014, que dice literalmente lo siguiente:

«Uno. El artículo 160 queda redactado como sigue: “Artículo 160. Competencia de la Junta. Es competencia de la Junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social. b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos. c) La modificación de los estatutos sociales. d) El aumento y la reducción del capital social. e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente. f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. g) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero. h) La disolución de la sociedad. i) La aprobación del balance final de liquidación. j) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.”»

También es pertinente a este comentario la reforma que dicha Ley 31/2014 hace del artículo 161 de la LSC, en su artículo ÚNICO.2, que dice literalmente: *«Dos. El artículo 161 queda redactado como sigue: “Artículo 161. Intervención de la Junta general en asuntos de gestión. Salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por*

dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234.”».

Ésta es la literalidad de los artículos reformados. Sin embargo, para la correcta comprensión de la problemática inherente al caso resuelto por la Resolución que comentamos no basta con acudir a la simple interpretación literal de la norma jurídica que le es aplicable, sino también hay que indagar en la *mens legislatoris*, esto es, la intención del legislador al dictar la reforma legislativa que ha dado nueva redacción a los antedichos artículos y ha producido un cambio en los requisitos legales para la actuación de las sociedades. La interpretación conforme al artículo 3 del Código Civil, según la finalidad última de la norma y los presupuestos jurídicos en los que el legislador ha fundamentado dicha reforma, se detectan en primer lugar en la exposición de motivos de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, la cual, aunque no tiene eficacia normativa directa, sí puede ser tomada como un indicio interpretativo de primera magnitud.

Así, el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que procedo a reproducir resumidamente a continuación, viene a decir lo siguiente:

- Que cada vez es más importante el gobierno corporativo de las sociedades tanto desde una perspectiva económica como jurídica, y que ello lo tienen en cuenta las autoridades públicas, extendiéndose los principios de buen gobierno corporativo. Los motivos del interés por el buen gobierno corporativo se fundamenta en dos pilares: uno, el convencimiento generalizado de que el buen gobierno corporativo da valor en la empresa, mejora la eficiencia económica y refuerza la confianza de los inversores; dos, la Unión Europea y el G-20 achacan parte de la culpa de la reciente crisis financiera a la complejidad en la estructura de gobierno corporativo de determinadas entidades, a su falta de transparencia y a la incapacidad para determinar eficazmente la cadena de responsabilidad dentro de la organización, por la asunción imprudente de riesgos, por el diseño de sistemas de retribución inapropiados, así como por la deficiente composición de los órganos de dirección y administración. (Véase la declaración de Pittsburgh de septiembre de 2009 o en la publicación en el año 2011 del Libro Verde para analizar la eficacia de la regulación no vinculante sobre gobierno corporativo por parte de la Comisión Europea, que dejaba la puerta abierta a una mayor regulación sobre gobierno corporativo en normas de carácter vinculante.)
- Continúa explicando el preámbulo de la Ley 31/2014 que España ha compartido históricamente el convencimiento de la importancia de que las sociedades, especialmente las cotizadas y las entidades financieras, cuenten con un buen gobierno corporativo. Lo ha hecho mediante creación de grupos técnicos de expertos para el estudio y elaboración de pro-

puestas de normas (véase el Informe Olivencia de 1998, creado por la Comisión especial para el estudio de un código ético de los Consejos de administración de las sociedades y fue base de nuestro primer Código de buen gobierno; o el Informe Aldama de 2003, de la Comisión especial para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas, que modificó el código anterior y añadiendo nuevas recomendaciones; o en 2006, en el que un Grupo de Trabajo Especial actualizó el contenido del Código de buen gobierno, dando lugar al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas hasta ahora vigente).

- Sigue apuntando el preámbulo de la Ley 31/2014 que también en España se ha debatido sobre si para extender el buen gobierno conviene emplear recomendaciones de carácter no vinculante o bien usar el carácter preceptivo de las normas jurídicas. Y por ello el legislador ha empleado tanto los códigos de buen gobierno de carácter no vinculante, como normas imperativas como la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que obliga a las sociedades cotizadas a contar con un Comité de Auditoría; o la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que obligó a las sociedades anónimas cotizadas a contar con los reglamentos de la Junta general y del Consejo de administración respectivamente. Posteriormente, destaca la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. También hay que mencionar los avances que introdujo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en materia de transparencia de los sistemas retributivos y la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, por la que se determinan el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores. Y similar en el ámbito financiero con los compromisos adquiridos por España en el Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, de 23 de julio de 2012, que ha dado lugar al Real Decreto 256/2013, de 12 de abril, por el que se incorporan a la normativa de las entidades de crédito los criterios de la Autoridad Bancaria Europea sobre la evaluación de la adecuación de los miembros del órgano de administración y la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, que dedica especial atención al gobierno corporativo de estas entidades; así como la reciente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

- Presta atención el preámbulo de la Ley 31/2014 al proceso de creación de la norma, y señala expresamente como su antecedente directo en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, comisión que propondrá reformas normativas en pro del buen gobierno corporativo y asesorará a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. El objetivo final de estos trabajos, tal y como indica el acuerdo, fue velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas españolas para conducir las a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores nacionales y extranjeros; mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades en las empresas, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor. Dicho informe fue evacuado por la Comisión el 14 de octubre de 2013, y sobre la base del citado informe y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones se ha elaborado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

De lo hasta aquí resumido del preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, debe deducirse que el Estado español entiende que el desorden estructural en las sociedades de capital españolas ha podido producir un perjuicio económico a la nación y a los inversionistas, y que si bien la solución a ello se confió inicialmente a la autorregulación de las propias empresas, ello no ha dado todos los frutos esperados en el contexto de la actual crisis económica global. Es por ello que se ha pasado a imponer por la vía imperativa las medidas del buen gobierno corporativo, empezando primero por las sociedades que capitalizan la mayor parte del ahorro popular, que son las sociedades cotizadas en bolsa y las entidades de crédito, y que por su carácter estratégico han de ser fuertemente supervisadas para garantizar su estabilidad y con ello la seguridad de los ahorros y el acceso al crédito. Esta medida debe entenderse como una respuesta de choque contra la crisis bursátil y financiera que afecta tanto a España como al resto del mundo desde 2007 hasta la actualidad.

Conseguido lo anterior, se procede en un segundo momento temporal, mediante la reforma que comentamos y mediante otras, a imponer los mismos criterios de buen gobierno corporativo y de orden estructural societario al grueso de las sociedades de capital españolas, que según la composición del tejido empresarial español están compuestas por pequeñas y medianas empresas (las llamadas PYMES, la mayor parte de ellas bajo la figura de sociedades de responsabilidad limitada). Se ve claramente al analizar el orden temporal del proceso de reformas que, una vez asegurado el buen gobierno corporativo de las grandes corporaciones (supervisadas tradicionalmente por la Administración Pública, lo que hace fácilmente comprobable el que adopten las nuevas regulaciones, pero que por sus

dimensiones cuentan con recursos técnicos y materiales para acometer en breve plazo su ajuste a unas nuevas regulaciones en muchos casos de gran complejidad jurídica), toca ahora imponerlo al grueso del tejido empresarial español, formado en su mayoría por infinidad de empresas que cuentan con pocos socios, generalmente de corte familiar, en los que las relaciones personales cuentan mucho y en el que quizá por la falta de medios o de falta de cultura corporativa *stricto sensu*, el rigor en el gobierno corporativo se relaja de manera considerable.

Pero la intención de la Ley 31/2014 parece clara, pues busca imponer el orden corporativo a la pequeña y mediana empresa, corporaciones que no por su tamaño son menos importantes, ya que sobre ellas radica parte importante del empleo y de la capacidad productiva de España. Es preciso ordenarlas cada vez más y ello se consigue mediante normas y procedimientos que impidan que el poder amplísimo del que goza el órgano de administración permita desmanes y perjuicios tanto a los socios como a trabajadores, proveedores, acreedores y a la economía en general.

Así, y con el fin de controlar el amplio poder del órgano de administración de la sociedad e incidir en el buen gobierno corporativo de las sociedades de capital en general, en el preámbulo de la Ley 31/2014 se dice que las modificaciones de la Ley de Sociedades de Capital en ella contenidas pueden agruparse en dos categorías: las que se refieren a la Junta general de accionistas y las que tienen que ver con el Consejo de administración. Esas dos categorías de modificaciones están presentes directa e indirectamente al analizar la nueva redacción de los artículos 160 y 161 de la LSC, que son los que de dicha reforma estamos comentando al analizar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de que versa el presente comentario y, de ambos, nos interesa de forma principal, aunque no exclusiva, el artículo 160 de la LSC, que enumera una serie de facultades exclusivas de la Junta general de la sociedad de capital.

Estas facultades, configuradas como exclusivas de la Junta general, son de un contenido mínimo, lo que conlleva dos consecuencias: una, que no pueden ser reducidas estatutariamente porque son las que la ley la atribuye a la Junta expresamente; y otra, que no necesitan ser reiteradas en los estatutos sociales ni en ningún asiento del Registro Mercantil, puesto que proceden de la Ley, y la Ley está por encima de Estatutos y Registros. Esto obviamente conlleva que la Ley obliga a todos, incluidas por supuesto las Autoridades Públicas a las que les toca interpretar o aplicar las leyes, por lo que los actos de los demás órganos y dependientes laborales o mercantiles de la sociedad no pueden contradecir, ni con sus actos obviar las competencias mínimas que la ley atribuye a la Junta General de Socios. El artículo 160 de la LSC es de derecho imperativo. Como veremos, es la facultad enumerada con la letra f) de este artículo la que se lleva el centro de toda nuestra atención, y sobre la cual profundizaré en el epígrafe siguiente de este comentario.

Por otra parte, el artículo 161 de la LSC no es inicialmente de derecho imperativo, ya que su aplicación puede ser exceptuada en convencionalmente por los socios en los estatutos, excluyéndolo *ab initio*, aunque también cabe reseñar que no posee un carácter imperativo absoluto o *erga omnes*, puesto que aunque se aplique no puede perjudicar nunca a terceros de buena fe. Así, dicho artículo en su nueva redacción amplía de forma importante la intervención de la Junta general de socios en gobierno de la sociedad, invadiendo el campo competencial del órgano de administración, de manera que, si en los estatutos no se excluye dicha posibilidad, la Junta puede impartir instrucciones u órdenes directas al administrador social sobre asuntos de competencia de éste o someter su actuación a autorización de la propia Junta.

Estas competencias de intervención, si bien tienen gran eficacia interna en la vida de la sociedad de capital, sin embargo, no pueden perjudicar a terceros de buena fe, según el tenor del artículo 234 de la LSC, mencionado en el propio artículo 161 LSC. De esta forma, si el administrador contraviene con su actuación en el tráfico jurídico-económico las órdenes o acuerdos de la Junta, aquél podrá haber incurrido en responsabilidad frente a los socios, pero los actos jurídicos así realizados serán válidos frente a terceros de buena fe. Ahora bien, el hecho de que dichas instrucciones u órdenes de la Junta no sean oponibles a terceros de buena fe no implica que la reforma legal practicada no tenga una gran trascendencia. Antes al contrario: se reconoce *ex lege* la facultad de la Junta general de influir de inicio en el órgano de administración y de someterlo a su voluntad, frente al tradicional desequilibrio en favor de los administradores que la regulación anterior propiciaba. Se pretende entonces dar mayor poder a la propiedad del capital (los socios) frente al gestor del día a día (el administrador) enviándole el mensaje de que está al servicio de los socios y no al revés. Sobrevuela en todo esto el tipo penal de la administración desleal como amenaza al administrador que incumpla las órdenes de la propiedad de la sociedad. Se le recuerda al administrador que es un gestor de intereses ajenos y no propios, y que el gran poder orgánico que se le confía no debe hacerle olvidar quién es el dueño de la entidad que representa.

Esta trascendente novedad queda despachada en unas pocas líneas en el preámbulo de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, según el cual «[...]Comenzando por las modificaciones relativas a la Junta general de accionistas, se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. A estos efectos, se extiende expresamente la posibilidad de la Junta de impartir instrucciones en materias de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo en todo caso la previsión de que los estatutos puedan limitarla. Asimismo, se amplían las competencias de la Junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales.[...]». Dejando a un lado la expresión «fomentar la participación accionarial», que puede tener unas connotaciones más políticas que económicas, es difícil pensar que el legislador no haya tenido en cuenta que una reforma de tal calibre puede alterar de forma sus-

tancial la organización estructural y el equilibrio de fuerzas dentro de la sociedad de capital, pero creo que merecería haber sido más comentado en dicho preámbulo. Sobre todo porque en esas pocas líneas se vislumbra una sospecha que puede distorsionar la interpretación y la aplicación de la propia norma.

Y es lo que vemos a continuación con ocasión de aplicar al caso resuelto por la DGRN la nueva redacción de la letra f) del artículo 160 de la LSC.

III. CRÍTICA A LA NUEVA REDACCIÓN DEL APARTADO F) DEL ARTÍCULO 160 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2010, DE 2 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

El nuevo apartado f) del artículo 160 de la LSC dice literalmente: “*Competencia de la Junta. Es competencia de la Junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*”.

A su redacción y contenido cabe hacerle una serie de críticas y observaciones:

1. Sobre la cualidad de «esencial» atribuible a los activos

Así, en primer lugar, debemos analizar el término «*esencial*» que la norma toma como base para exigir la fiscalización por parte de la Junta general de concretos actos jurídicos. Entendemos que el nuevo artículo 160.f) LSC establece dos formas de atribuir el carácter esencial a un activo: una forma es la de considerar esencial al activo por sí mismo, esto es, sin consideración a su valor, por estar dotado de carácter esencial (veremos de qué puede tratarse ese carácter); otra forma es la de considerar esenciales a determinados activos por virtud de presunción derivada de su valor en la contabilidad de la sociedad. Ninguna de las dos formas es por sí sola perfecta, por lo que cabe margen de duda en su valoración y aplicación. Por supuesto, huelga decir que la duda en el mundo del Derecho es fuente de conflicto y el conflicto, de por sí, es fuente de costes directos e indirectos. Profundizaré en todo esto.

a) ¿Para qué y por qué emplea el legislador el término «esencial»?

La verdad es que uno de los problemas para interpretar y comprender el carácter de esta norma es la utilización del término «*esencial*» para calificar a los

activos. Para empezar, gramaticalmente, se trata de un adjetivo, por lo que su empleo y apreciación depende en cierta manera de la subjetividad del intérprete. ¿Qué es ser esencial? ¿Es siempre lo mismo? ¿A quién corresponde su apreciación? Y lo que entiende el lego en derecho por «esencial», ¿es igual a lo que esencial significa en el mundo del Derecho?

Analicemos la cuestión desde el campo de la semántica. Así, remitiéndonos al Diccionario de la Real Academia Española, éste define esencial en sus dos primeras acepciones, pertinentes a nuestro escrito, como «*Esencial: Del latín "tardío essentiālis". 1. adjetivo. Perteneciente o relativo a la esencia. (ej., El alma es parte esencial del hombre.) 2. adjetivo. Sustancial, principal, notable*». La primera acepción nos lleva inevitablemente a consultar de nuevo el Diccionario de la Real Academia Española para ver cómo define «esencia». En sus dos primeras acepciones pertinentes a este escrito dice: «*Esencia: Del lat. essentia, y este calco del gr. οὐσία ousía. 1. f. Aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas. 2. f. Lo más importante y característico de una cosa.*» Añade también definición de «ser esencia de algo» definiéndolo como: 1. locución verbal. Ser preciso, indispensable. 2. locución verbal. Ser condición inseparable de algo.”.

Vista la respuesta que nos da la semántica a nuestro término discutido, todas las acepciones nos llevan quizá a mayor perplejidad: ¿de qué cosa es o debe ser la esencia de la que estamos hablando? No se nos dice directamente, sino que sólo se apunta la presunción que luego veremos. Y ¿desde qué ciencia nos tenemos que aproximar al concepto esencial? ¿Desde la lingüística?, ¿desde la Ciencia del Derecho?, ¿desde la Ciencia Económica?, ¿desde la Sociología? La cuestión parece obvia, pero no es baladí: cada una de estas ciencias tiene su propia forma de aproximarse a una misma realidad. Dicho de otra manera, lo que para el Derecho es esencial puede no serlo para la Economía o para la Sociología. El lector pudiera pensar que este planteamiento puede ser en exceso maximalista, pero creo que ésta es una materia en la que se puede palpar la tradicional confrontación entre el análisis economicista del derecho y el puramente jurídico. Ocurre igual que en el debate acerca de la causa de los contratos, que será esencial para el negocio jurídico si vence la óptica netamente jurídica o que será prescindible si se atiende a criterios de utilidad económica. Lo que pretendo trasladar con esto al lector es que, al interpretar el artículo 160 f) de la LSC, se va a encontrar de lleno en el fuego cruzado de estas dos tendencias (las más importantes, pero sin hablar por supuesto de otras, que también).

Tradicionalmente, la óptica del análisis puramente jurídico tiende a ser muy severo con el uso e interpretación de los términos legales: se busca la claridad y eficacia de los términos jurídicos, que la norma sea exacta y que su exactitud genere predictibilidad. Es la base del positivismo que nace con la codificación napoleónica y que ha dominado la conciencia jurídica durante todo el siglo XIX y

gran parte del siglo XX. Para esta corriente de pensamiento jurídico no hay lagunas, no puede haberlas, ya que el propio sistema ofrece las herramientas para la integración, sin que sea necesario acudir a elementos ajenos al Derecho, como por ejemplo al mundo de la economía, para interpretar y aplicar el Derecho. Autointegración siempre, heterointegración nunca, dirían los positivistas. Esta corriente es la más empleada por el jurista ordinario (el que tiene que resolver los problemas del día a día, sin tiempo ni ganas para bizantinismos de salón...), que tiende a buscar la simplicidad en la interpretación y aplicación de la norma jurídica al caso concreto, y al que la duda, el silencio o la oscuridad de la Ley le generan desconfianza por lo impredecible del resultado y por el sobreesfuerzo que le supone configurar operaciones de dudoso resultado. El positivismo tiene además la ventaja, no siempre bien apreciada, de que en su génesis como corriente jurídica en la época de la Ilustración se pensaba que la creación de códigos legales era la sistematización del Derecho Natural (el universal aplicable a todas las gentes de todas las naciones, mínimo común denominador de todos los pueblos), que el positivismo era la clave que culminaba el iusnaturalismo, por lo que interpretar la norma positiva y autointegrar sus imperfecciones conforme a la ley positiva no era otra cosa que aplicar la Ley Natural Universal al caso concreto, fuere de la dificultad que fuere. Tanto por inspiración directa como indirecta, uno de los principios fundamentales del Derecho Natural que tiñe todo el Derecho Positivo es el principio de Justicia, tanto en su variante punitiva como, en lo que nos atañe aquí, el de cuidado del necesitado de protección. A este principio, y también por este principio, se supeditan otros beneficios o realidades que aporta el Derecho a la Sociedad o a los particulares, como es el beneficio económico, la eficiencia, la rapidez o incluso el propio progreso de la sociedad que el Derecho dice proteger y promocionar. Dicho de otro modo, según esta visión, el Derecho debe alcanzar la Justicia para la Sociedad aún incluso cuando al alcanzarlo la propia Sociedad pueda sufrir daño injusto. Por ejemplo: no son nuevos esos casos en los que la Administración impide o deja pasar una inversión millonaria que hubiese podido proporcionar miles de puestos de trabajo a la Sociedad por encallarse en algún requisito legal que impida aprobar un proyecto o conceder una licencia. Ante esto, el jurista tradicional permanece impasible en el razonamiento de que como la Ley Natural es siempre superior y buena, la aplicación positivista que la materializa se revela como la más idónea. Simple, efectivo y, sobre todo, tranquilizador.

Frente a esta forma de interpretar el Derecho surgen otras (escuela histórica del Derecho alemana, los socialismos jurídicos, etc.), pero la que se revela como contrapunto a la anterior es la óptica economicista del análisis económico del Derecho (por todos, aunque no exclusivamente, la Escuela de Chicago). Explicándolo muy superficialmente dada la intención de este escrito, en virtud de esta corriente el Derecho, al aplicarse, produce costes y beneficios, y éstos pueden y deben ser calculados. Se trata de la posibilidad de medir las consecuencias de la aplicación del Derecho en la Sociedad, y por ello permitir al que aplica las normas diseñar estrategias adecuadas a sus propios recursos económicos (no se meterá en

un pleito si, aunque tenga razón, el coste siquiera de oportunidad, va a exceder el beneficio de ser protegido en su justo derecho). Una consecuencia inevitable de esta concepción del Derecho es trasladar el análisis coste-beneficio a la creación de normas por parte del Poder Público. Así en numerosas ocasiones se le ha pedido al legislador que flexibilice los requisitos y procedimientos, de manera que sea menos costoso el obtener Justicia, o bien, que se obtenga ya, inmediatamente, aunque no se obtenga toda la Justicia que debería obtenerse (la Justicia tardía puede generar más perjuicio si cabe). Finalmente se le ha incluso exigido al legislador que orille la persecución del Ideal de Justicia en pro de intereses materiales más prosaicos, como la creación de empleo o la riqueza nacional, como si la búsqueda de la Justicia y su perfección fuesen un obstáculo para el bienestar de la propia sociedad que se busca proteger. Dicho llanamente, que esté menos protegida, pero mejor alimentada. Esta concepción del Derecho llegó a su punto álgido a finales del siglo XX y la primera década del siglo XXI, cuando como consecuencia de las políticas que unos llamaron desregulación, otros neoliberalismo y otros obsolescencia de los ordenamientos jurídicos clásicos para adaptarse a las consecuencias de la globalización, se produjo una crisis económica severa y quizá global.

De todos es conocida la situación de crisis que venimos padeciendo en los últimos años, por lo que no voy a extenderme ni en sus causas ni en los efectos. En lo que sí recabaré es que una consecuencia generalizada en la toma de consciencia por parte de las Sociedades occidentales es que quizá haya habido un exceso de economicismo en la aproximación de la Sociedad al Derecho. Digamos que se produce algo similar a la parábola evangélica del hijo pródigo, pero en clave político-económica: el Derecho buscaba desde antiguo la Justicia y la Justicia sujetaba a la Sociedad, la Sociedad veía que la Justicia no le dejaba ser libre y por no serlo no podía ser rico y que podía aspirar a más Economía si ganaba en libertad controlando él mismo su vida sin el paradigma de la Justicia entorpeciendo todo con su idealismo. La Sociedad, empero, se excedió en su autorregulación, dando lugar a un desenfreno económico que resultó letal para las clases medias y bajas, y estas clases, que conforman a la mayoría de los electorados occidentales, forzaron a la Sociedad a retornar en la senda de la búsqueda de la Justicia.

Empero, como sabemos desde la antigua Grecia, nadie puede volver dos veces al mismo río, pues ni uno es el mismo ni el río es el mismo. Así, cuando la Sociedad, quizá arrepentida, quizá no tanto, vuelve a la senda de la búsqueda de la Justicia aún sacrificando la Economía en aras de la Seguridad, recoge de nuevo el clásico azadón que le permitía labrar el tráfico jurídico y sembrar certidumbre, el Derecho Positivo. Pero cuál es su sorpresa cuando se da cuenta que ya no le vale, que no sabe usarlo, o que su uso no le satisface, que no produce los mismos efectos que antaño parecía producir. Desconcierto.

Llegados a este punto el lector preguntará si no nos estamos desviando un poco del tema del análisis del artículo 160.f) de la LSC. Todo lo contrario, ya

verá. Es capital. Por eso es que he empezado por analizar la exposición de motivos de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que propicia su actual redacción. Busco penetrar en la *mens legislatoris* para descifrar qué entiende por «activo esencial» y para qué de la norma.

Bien, como hemos dicho, el legislador retoma el derecho positivo para corregir los abusos de la economía. Aplicará la Ley al mundo del dinero. Eso es algo que ya había hecho antes de la crisis (en realidad lo lleva haciendo toda la vida) y de lo que recuerda buenos resultados. La economía está basada mayoritariamente en la empresa, y la empresa, masivamente, tiende a adoptar la forma de sociedad de capital. El legislador regulará las sociedades de capital para buscar la Justicia. Con la búsqueda de la Justicia se perseguirá al infractor y se cuidará al necesitado de protección. Sin embargo, a la sociedad actual se le puede hacer clara analogía con el hijo pródigo, quien, recuerden la parábola, mientras vivía en casa de su padre todo era equilibrio, trabajo y estabilidad; cuando regresa tras su periplo al hogar familiar vuelve magullado, espantado y humillado y, lo que es más asombrosamente actual, anclado en posiciones extremas y maximalistas, pues se ofrece a su padre para trabajar como siervo sólo por la comida. Esto es, el hijo pródigo quiere otra vez estabilidad, seguridad y protección, pero no lo pide buscando un ideal universal, el amor gratuito de un padre, sino como reacción inmediata a las desventajas a las que le llevó su conducta. Esto es, no se sabe si está arrepentido o no, sólo que quiere protección. Puede que a la sociedad le pase un poco de lo mismo, quiere seguridad, pues ha sufrido enormemente con la crisis, cierto, y quiere volver a regular con el Derecho Positivo a las sociedades de capital. Sin embargo, ya no busca el ideal de justicia como hacía antes de los años locos, sino que ahora, habiendo saboreado las mieles que le proporcionó la bonanza de la economía y reconociendo como errores los abusos cometidos intenta legislar con dureza a las empresas a fin de que ninguna pueda caer en el mismo pozo económico del que aún a ella le cuesta salir. Cae también en una posición extrema, en un maximalismo conceptual no pacífico, pero es el que es y que guiará al derecho positivo en su creación normativa y en su aplicación. La desconfianza guía hoy al Derecho Positivo.

Si no creen lo que les digo, por favor, vuelvan a leer el párrafo de la exposición de motivos de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, que he reproducido más arriba en el epígrafe 1). En las líneas reproducidas se viene a decir: 1.º) Que se pretende la participación de los socios de la Junta general, esto es, a pequeña escala conseguir el ideal de Justicia para el débil, que se entiende que es el socio; 2.º) Que la vía de obtener la Justicia es que los socios puedan entrar a decidir en los asuntos de gestión; 3.º) Que el legislador reacciona negativamente a que por la vía de operaciones societarias quizá ordinarias se encubran actos de calado tal que se perjudique a los socios, como por ejemplo Modificaciones Estructurales. Creo que es evidente la sobre-reacción del legislador: para evitar daños graves causados por algo que sea similar a una modificación estructural (ni más ni

menos), someto tales cuestiones a la autorización de la Junta general, para que no se haga de espaldas a los socios y en su contra.

Loable fin, pero los medios empleados (el Derecho Positivo, la norma jurídica) no ha sido bien utilizada. En varios aspectos: tanto desde un punto de vista teleológico como de la realidad social del tiempo en el que debe ser aplicada la norma (art. 3 del CC), la generalidad de las empresas, aunque hagan operaciones de gran calado, no por ello incurrir en modificaciones estructurales ni en aportación de rama de actividad, ni modificación *de facto* del objeto social, ni en ningún fraude. Simplemente operan, con mayor o menor fortuna en el tráfico jurídico y económico, con la intención sana de obtener lucro o por lo menos no resultar dañados. Y la forma que el Derecho de Sociedades clásico ha formulado es que lo hagan mediante sus órganos de administración y apoderados. La idea es que, sean quienes sean los socios detrás de la sociedad, el tráfico jurídico pueda confiar en la certidumbre que los representantes orgánicos y voluntarios de la sociedad, a quienes ata un vínculo basado en la responsabilidad con sus socios, actuarán con similar responsabilidad para con los terceros, bajo amenaza de sanciones civiles y penales. Así se configuró desde la edad moderna el concepto y el funcionamiento de sociedad de capital, lo que ha generado seguridad y rapidez en el tráfico jurídico-económico. Introducir en la ecuación a terceros órganos, la Junta general, impartiendo instrucciones o interviniendo directamente en asuntos de gestión, altera el sistema de fuerzas tradicional entre los socios y el administrador, sí, pero también presenta ante el mercado un administrador mermado del que el tercero puede y debe desconfiar, sobre si tendrá las plenas facultades que dice tener. Y todo ello para evitar que el administrador pueda perjudicar con su actuación a los socios, como si ésa fuere la tónica general de los administradores sociales y los apoderados. Aquí el preámbulo rezuma de la desconfianza del legislador: ¿será una sobre-reacción suya ante las consecuencias de la crisis?

Mas, en efecto, vuelve a emplear el Derecho Positivo para sus nuevos fines, la obtención de certidumbre y la protección del necesitado, pero no lo hace técnicamente de manera adecuada ni tiene en cuenta las normas preexistentes, lo que da lugar a resultados jurídicamente incongruentes y económicamente desastrosos. Procederé a continuación a relacionar los fallos en los que a mi juicio incurre el legislador en este nuevo artículo 160.f) LSC.

b) «Activo esencial»: un concepto equívoco, oscuro y discutible

Así, el legislador falla a mi entender en los términos que emplea en la reforma, pues utiliza un término tan molestamente general y abstracto como el de «activo esencial», que, como vemos, es de difícil determinación. Y es que las esencias que no se pueden concretar se convierten en un problema de indefinición. La indefinición genera inseguridad y ello es negativo, como hemos visto.

Además cada pregunta y cada respuesta pueden llevar a resultados distintos en la interpretación del artículo 160.f) de la LSC. ¿De qué clase de esencia es o debe ser la cualidad de esencial del activo que para cuya transmisión se ha de recabar la autorización de la Junta general? Dificil respuesta. Esencial de la sociedad de capital pueden ser muchas cosas, tantas como aproximaciones a la misma existen, de manera que podría llegarse a exigir consentimiento de la Junta para cualquier acto jurídico que deba hacer la sociedad de capital. Muestras de esto hay muchas. Esencial de la sociedad es el asociacionismo, esto es, la conjunción de intereses contrapuestos que confluyen a un fin común, el ánimo de lucro. La asociación de personas en la formación de una nueva persona social es esencial en la sociedad considerada en sí misma como tipo jurídico. Esencial sería, según esto, hasta las normas de funcionamiento de la sociedad, sus competencias, sus órganos, sus potestades, etc. Sin embargo, parece que subsumir en el artículo 160.f) de la LSC este tipo de esencia es paradójicamente entrar demasiado en la esencia de la sociedad. La finalidad del artículo 160 f) LSC me dice que debo ser menos esencial, no caer en la reducción al absurdo, no puede ser todo esencial. Ya que hemos mencionado el ánimo de lucro como esencial de las sociedades ¿es el ánimo de lucro entonces la esencia de la sociedad? Sí que lo es, pues si no la sociedad no sería sociedad sino asociación. Pero el ánimo de lucro no es un activo en sí mismo, sino un fin a alcanzar por la sociedad de capital. Entonces, si el ánimo de lucro es la esencia de la sociedad, el activo esencial es aquel bien o derecho que está destinado a alcanzar la esencia de la sociedad, el ánimo de lucro. Pero siguiendo este razonamiento todos los bienes y derechos de la sociedad serían esenciales, pues todos, dentro del concepto de empresa como conjunto de bienes y personal ordenados para obtener lucro, serían esenciales, y no parece razonable que sea necesario para transmitir cualquier activo de la sociedad la competencia de su máximo órgano deliberante, que es la Junta. Esto paralizaría el tráfico jurídico. El lector pensará que este razonamiento es un poco extremo; sin embargo, debemos prever todo tipo de consecuencias y efectos al interpretar una norma bajo la premisa cierta y constatable que una cosa es la *mes legislatoris*, y otra la *mens legis*, y esta última puede llegar a efectos jurídicos ni siquiera pensados por el legislador.

c) *Aproximación de la ciencia jurídica al concepto «esencial»*

Cuando el jurista rebusca en la panoplia de conceptos jurídicos de que le ha dotado la ciencia jurídica aquellas categorías jurídicas tradicionales simples, pero eficaces y que le permiten salvar el día a día en la aplicación del derecho, llega a entender que la tradición jurídica sólo les atribuye el calificativo de esenciales a los elementos del negocio jurídico dentro de la teoría general de los contratos. Generalmente calificamos de «esencial», por ejemplo, en la teoría del negocio jurídico, a aquellos elementos sin los cuales no hay contrato. Y dentro de ellos encontramos el consentimiento, objeto y causa. Los que nos interesan son el obje-

to y la causa. El objeto es la prestación que la parte se obliga a hacer o deber recibir; la causa es el fin último del negocio jurídico teniendo en cuenta el tipo negocial empleado. Curiosamente, el Derecho Positivo se ha basado en la causa como mecanismo de protección de la Justicia, pero el artículo 160.f) de la LC parece volcarse en el objeto, es decir, en las aportaciones o prestaciones del negocio jurídico, y por extensión en los activos; así como también en su valor contable. Parecen resabios de la teoría economicista que, como hemos visto, aún le deben de quedar al legislador y que tiñen de algún modo su reforma.

Incluso desde la óptica del análisis jurídico, el término tampoco está muy bien traído, ya se puede interpretar perfectamente que deban ser calificados como «activos esenciales» aquellos que, no siendo superiores al valor del veinticinco por ciento de los activos del último balance aprobado, ostenten la cualidad de esencial, porque sin ellos no se podría desarrollar el objeto social, por lo que requerirán para ser enajenados el consentimiento de la Junta general. Por tanto, el valor mínimo no es un tope fijo para eximir de la autorización de la Junta, pero sí el carácter esencial del activo. En otras palabras, valga lo que valga el activo esencial necesitará el representante de la sociedad la autorización de la Junta para transmitirlo en la forma indicada en el artículo 160 de la LSC.

Pero esta interpretación, quizá más razonable y adecuada a la intención del legislador, provoca una desviación interpretativa que nos aleja del positivismo clásico, que entiende por esencia de la sociedad, la causa, lo que le distingue de otros contratos (que en el negocio jurídico de la sociedad es el ánimo de lucro, cualquiera que sea el objeto social), y nos impone el legislador una nueva tesis interpretativa a través del artículo reformado, que entiende que la esencia de la sociedad emana del objeto, pues esencial sería aquel activo sin el cual la sociedad quedaría desvirtuada.

Por otra parte, parece que la condición de esencial se reputa de los activos de la sociedad. Pero la reforma se queda corta en su definición, puesto que no dice qué tipo de activo es o debe ser esencial. Y ello es más lamentable cuando se refiere al último balance, por lo que debemos emplear las subcategorías de activos que emplea la contabilidad y las normas contables contenidas en la LSC. ¿Se refiere a todos los activos, a patrimonio neto, a los activos fijos, también al circulante? Todos pensamos en el caso de manual de la enajenación de un manantial por la sociedad que tenía por actividad su explotación, en el que por la enajenación de su más principal activo, la sociedad queda paralizada, lo que debe sin duda ser al menos consultado a los accionistas. Sin embargo, lo que puede ser razonable para unas sociedades no lo son para otras. Por ejemplo, hay sociedades, muchas, en los que más del veinticinco por ciento de los activos son circulantes, por ejemplo, dinero líquido, pues se dedican a invertir, o son mercancías que deben ser vendidas. ¿Debe pedirse autorización de la Junta general de una sociedad dedicada a la venta de tulipanes para vender toneladas de tulipanes, cuando

éstas superen el 25 por 100 del balance? Un poco radical el planteamiento. Más aún, ¿debe pedir autorización para hacer pagos en dinero? ¿Y si se fraccionan en varias operaciones?

d) *El problema de la presunción ¿«iuris tantum» o «iuris et de iure»?*

Se establece una presunción del carácter esencial del activo. Se presume esencial cuando pasa del veinticinco por ciento del último balance aprobado. Pero aquí se detecta otra deficiencia técnica que debería darle cierto reparo al operador jurídico: ¿es presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*? ¿Cabe prueba en contrario o no cabe? No lo dice. Y nosotros decimos: donde el legislador no distingue, nosotros no debemos distinguir, pero claro, no es lo mismo un tipo de presunción que otro. Sobre todo porque si el fin del artículo 160 f) LSC es proteger a los socios y evitar su perjuicio por operaciones, entonces debería ser *iuris et de iure*, pero al configurarlo como presunción a secas, lo lógico es que admita prueba en contrario pues si no debería decir se presumirá, sino directamente se considerará esencial, expresión en la que ya resultaría implícita una orden directa, sin posibilidad de ser contradicha.

e) *¿Deberíamos estar hablando de activos estratégicos en vez de activos esenciales?*

Se convierte en un problema emplear términos jurídicos para describir o normar realidades y magnitudes económicas. Debería acudirse a la terminología económica. Es una manifestación de lo que antes he dicho, de cómo a mi juicio el legislador está pensando desde la óptica de la economía más que del derecho. A mi juicio, en vez de hablar de activos esenciales, que es un término propio de la Ciencia del Derecho, debería emplear el término más adecuado de activos estratégicos, más propio de la economía. Desarrollando esta idea entiendo que, dado lo difícil de la definición de activo esencial, máxime cuando las sociedades tienen habitualmente numerosos objetos sociales distintos entre sí y cada vez más genéricos, debería hablarse de activos estratégicos, siendo ellos aquellos sin los cuales la sociedad no podría desarrollar su actividad actual o que vería gravemente mermada su capacidad productiva. La diferencia es sutil: el activo esencial, paralelamente a lo que sucede con el elemento esencial del negocio jurídico, es aquel sin el cual no hay sociedad, no hay contrato, pues pierde su esencia, su alma, su causa. Sin embargo, un activo estratégico es aquel que incide de forma importante en el rendimiento de la sociedad, pero sin el cual la sociedad subsiste pudiendo desarrollar su objeto con otros activos, pero mermada en cuanto a su productividad. Por ejemplo, si la sociedad se dedica a explotar hoteles, y se enajena su único hotel, evidentemente se destruye su fuente original de rendimiento, pero aún puede explotar otros hoteles, pues no ha sido creada exclusivamente para

explotar ese determinado hotel (salvo que así haya sido, naturalmente, en cuyo caso es un supuesto de disolución anticipada de la sociedad). Es estratégico el activo porque de él depende el plan social del momento para la obtención de rendimiento.

Y la prueba de que el concepto que maneja el artículo 160.f) LSC es de naturaleza económica y no estrictamente jurídica es la presunción del carácter esencial-estratégico del activo fundamentada en su peso específico dentro del balance social. Esa naturaleza económica se demuestra en la remisión a la contabilidad social y al documento que permite visualizar el estado económico de la sociedad de capital y que permite calcular el dividendo, cuya obtención es, como hemos visto, el fin último de las sociedades de capital. Es estratégico para la sociedad aquel activo cuya existencia en el balance de la sociedad tiene importancia no sólo en cuanto a su valoración en sí mismo, sino en lo que aporta al fondo de comercio de la sociedad, por tanto cuantificable no sólo desde un punto de vista material, sino también intangible o inmaterial. Otra variable quizá abstracta, pero desde luego más ajustada a la realidad.

Por eso cabrían tres posibilidades: 1) Activos esenciales de valor superior al veinticinco por ciento de balance: requieren para su enajenación acuerdo de la Junta; 2) Activos esenciales de valor inferior al veinticinco por ciento del balance: requieren para su enajenación acuerdo de la Junta; 3) Activos no esenciales de valor superior al veinticinco por ciento del balance: no requieren para su enajenación acuerdo de la Junta si se demuestra, contra la presunción legal, que no son estratégicos para la sociedad o que su enajenación no oculta fraudulenta o simuladamente una operación de modificación estructural de sociedad de capital. Este último inciso lo he añadido porque otro de los fines últimos del artículo 160.f) LSC es evitar que por medio de aportaciones de activos esenciales o estratégicos a la constitución de otras sociedades de capital, la sociedad aportante esté encubriendo una operación de escisión o de cesión de rama de actividad o cesiones globales de activo y pasivo, evitando el estricto régimen legal de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales de las sociedades de capital.

2. ¿Con qué tipo de mayoría de votos tienen que ser aprobados en Junta los actos dispositivos previstos en el artículo 160.f) LSC?

Curiosamente, y pese a la desconfianza contra el órgano de administración que destila el artículo 160 .f) LSC, no se establece mayorías reforzadas para adoptar esta clase de acuerdos. Así, en sede de sociedades anónimas, no se requiere ningún quórum especial para que la Junta que vaya a decidir sobre la transmisión de activos esenciales quede válidamente constituida. Tampoco los artículos 199 y 201 de la LSC establecen específicamente que dichos acuerdos deban tomarse por mayoría reforzada, por lo que deberán ser acordados por mayoría simple confor-

me a lo dispuesto en el artículo 198 LSC, que actúa como cláusula de cierre, sin perjuicio de que los estatutos sociales puedan establecer la exigencia de quórum o mayorías superiores.

Pero en este ámbito de quórum y mayorías simples es donde se puede detectar otra paradoja de la configuración legal que crea la Ley 31/2014. Si como ya hemos comentado antes el preámbulo de dicha norma dice que «asimismo se amplían las competencias de la Junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales [...]»; si, como hemos dicho, el sometimiento al acuerdo de la Junta de las enajenaciones de activos esenciales o su aportación a sociedades busca evitar cambios subrepticios de objeto social sin pasar por la Junta o modificaciones estructurales encubiertas, entonces, ¿por qué no se exige por ley para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, el quórum y mayorías reforzadas que se exigen para modificación estatutaria de objeto social, o para la escisión o para la cesión global de activo y pasivo? Es un primer paso someterlos a mayoría ordinaria solamente, de acuerdo; pero si se establece una presunción de desconfianza contra el acto jurídico por si eventualmente oculta simulación, entonces deberían haber sido asimilados directamente. Máxime cuando ya en el preámbulo exhibe el legislador manifiestamente esta desconfianza.

Lo que ocurre es que en el fondo el legislador es realista y debe entender que no toda disposición sobre activos esenciales va dirigida a producir una modificación del objeto social ni a encubrir una modificación estructural y que por ello sólo quiere reforzar el control y la antes criticada por mí «participación» de los socios en la sociedad. En el bien entendido que si una aportación, enajenación o transmisión de activos esenciales encubriese una modificación estructural, quizá podrían entenderse aquellas nulas por ser negocios simulados, siendo ésta nula por no ajustarse a los cauces estrictos de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales.

Entendemos, por tanto, que los acuerdos del artículo 160.f) LSC no están sujetos a quórum especial y serán aprobados por mayoría simple y ordinaria, puesto que no hay ley especial que lo exija.

3. Sobre la sanción a la contravención del artículo 160.f) LSC

Tal y como hemos dicho, esta norma es de carácter imperativo, ya que configura parte del contenido mínimo de las competencias de la Junta general de socios y no puede ser suprimida por vía estatutaria ni por tanto por decisión de la propia Junta compuesta anteriormente con otros socios. Parece, pues, que es una norma de gran importancia que ha de ser respetada por todos los operadores jurídicos, tanto de la propia sociedad como por terceros.

Debemos analizar cuál es la sanción por contravención de dicha norma. Si nos basamos en la regla general del artículo 6.3 del Código Civil, en él se dice que *«Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*. Dejando a un lado las formulaciones teóricas y jurisprudenciales acerca de la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia y los actos incompletos (teorías todas que el lector conocerá sin duda y que doy aquí por reproducidas para evitar repeticiones innecesarias), del precepto formulado cabe decir que el Ordenamiento Jurídico en un principio apuesta por la nulidad absoluta del acto contra norma imperativa, salvo que el propio legislador haya previsto otra sanción (por ejemplo, ineficacia total o parcial, o sanciones civiles o de otro tipo, por ejemplo). Por ello, hay que ver si el legislador ha previsto otra sanción civil a la contravención de norma imperativa mercantil. Para ello, por razón del principio de jerarquía normativa (artículo 9 de la CE), debemos buscar en norma de rango de Ley y, en virtud del principio de especialidad normativa, debemos indagar en el cuerpo normativo que regula la materia societaria, que es fundamentalmente la Ley de Sociedades de Capital.

Dicho esto, observamos que esta concreta materia de la nulidad en el ámbito de las sociedades de capital también ha sido reformada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Efectivamente, la sanción jurídica genérica a la contravención de norma mercantil de derecho societario viene regulada en el artículo 204 de la LSC. Si bien dicho artículo se refiere a la impugnación de los acuerdos de la Junta general, sin embargo, debemos entenderlo referido a todos los acuerdos de todos los órganos sociales, tanto por una interpretación sistemática del texto legal como también por la remisión a dicha materia que hace el artículo 251 de la LSC, en su párrafo segundo, que aunque referido a los acuerdos del Consejo de administración, debe extenderse a todos los actos del órgano de administración cualquiera que sea su forma de organización. Debemos apuntar, sin embargo, que la nueva redacción del artículo 204 LSC no es del todo satisfactoria.

Así, en su redacción inicial, hoy modificada, se establecía terminantemente la nulidad de los acuerdos societarios contrarios a la Ley [el artículo 204 LSC, en su redacción originaria antes de la reforma operada por la Ley 31/2014, decía: *«Acuerdos impugnables. 1. 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. 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables. 3. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro»*], si bien a dicha nulidad de actos contrarios a la Ley se le asociaba una acción social que caducaba al año, salvo para los actos nulos contrarios a la ley que fueran a su vez contrarios al orden

público [*antiguo artículo 205 LSC: Caducidad de la acción de impugnación. 1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. 2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días. 3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil»*]. Esta redacción originaria de ambos artículos, aunque era terminante por declarar nulos los actos mercantiles contrarios a la ley, sin embargo dejaba un gran margen de discrecionalidad al juzgador para decidir si la ley contravenida era del tipo de las que se consideraban de orden público o si simplemente generaban una «nulidad menor». Esta inseguridad jurídica era posiblemente criticable en cuanto a que dejaba en sede jurisprudencial la eficacia última de las normas jurídicas y permitía consolidar acuerdos y actos jurídicos que, pese a ser nulos por ser contra ley, sin embargo eran inimpugnables por el transcurso del tiempo. Sin embargo, ello pudiera ser admisible por la protección del tráfico jurídico y evitar en el ámbito mercantil los efectos perniciosos de una nulidad enquistada y el efecto de nulidad en cadena de los actos y negocios jurídicos posteriores que se hubiesen podido fundamentar en dicho acto nulo. Parece que el ordenamiento prefería que, salvo las grandes nulidades contrarias al orden público, la contravención de Ley mercantil no causase un perjuicio a la economía nacional por interrumpir el tráfico jurídico o por destruir de forma extemporánea con viejas nulidades nuevos negocios jurídicos que pudiesen ignorarlas.

Pero tras la reforma legislativa, la nueva redacción del artículo 204 de la LSC viene a complicar a mi modo de ver el estado de las cosas, pues establece lo siguiente:

«Artículo 204. Acuerdos impugnables. 1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la Junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios. 2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor. 3. Tampoco procederá la impugnación de

acuerdos basada en los siguientes motivos: a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la Junta y del Consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante. b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la Junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación. c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano. d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible. Presentada la demanda, la cuestión sobre el carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación previstos en este apartado se planteará como cuestión incidental de previo pronunciamiento.»

Esta nueva redacción del artículo 204 LSC, a diferencia de la anterior, no declara expresamente la nulidad de aquellos acuerdos contrarios a la ley, sino que sólo se refiere a la impugnabilidad de los mismos y a los supuestos en los que, pese a que el acuerdo es contrario a la ley, sin embargo no es impugnabile. Esta redacción es criticable por imprecisa. Una cosa es la impugnabilidad, que supone el ejercicio procesal de la acción contra un supuesto de hecho antijurídico, y otra es la causa que genera dicha acción. Así, la acción procesal, que es el derecho subjetivo público a obtener una tutela judicial concreta, puede surgir de diversas causas: la nulidad, la anulabilidad, la rescisión, la ineficacia sobrevenida, etc. Todas estas causas suponen una lesión de un derecho subjetivo precedente (perteneiente a la sociedad como persona jurídica, a los socios, a los obligacionistas, a terceros, etc.), lesión a la que la norma jurídica vincula una reacción sancionadora o coercitiva. La impugnación de un acto jurídico supone la capacidad del ejercicio de la acción para reclamar la aplicación de la reacción coercitiva del Ordenamiento jurídico. Todos aquellos actos jurídicos serán impugnables como consecuencia de la causa que los vicia, y su acción procesal para reclamar la sanción tendrá una u otra duración según diga la ley. Y la pérdida de la posibilidad de obtener sanción a la infracción, bien por mandato expreso del legislador *ab initio* o bien por el transcurso del tiempo legal de caducidad, vuelve al acto jurídico inimpugnable aunque siga adoleciendo del vicio que generó la acción.

Con ello quiero expresar que el legislador, o bien confunde la consecuencia, la impugnabilidad, con la causa, la nulidad o la anulabilidad, la rescisión, etc.; o bien a propósito lo deja abierto, para que cualquiera que sea la consecuencia del

decaimiento del acto jurídico, éste se someta al régimen de impugnación previsto en la Ley de Sociedades de Capital, que establece plazos más breves, y alejándolo del régimen común previsto en el Código Civil.

Esto no parece muy adecuado: en primer lugar, por una interpretación en base a los antecedentes legislativos (la nueva redacción del artículo 204 LSC se superpone sobre un sedimento normativo que reconocía expresamente la nulidad contra ley); y en segundo lugar y sobre todo, dado el tenor de la nueva redacción del artículo 205 de la LSC, que recoge el plazo para impugnar dichos actos jurídicos, y que dice que *«Caducidad de la acción de impugnación. 1. La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá. 2. El plazo de caducidad se computará desde la fecha de adopción del acuerdo si hubiera sido adoptado en junta de socios o en reunión del Consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito. Si el acuerdo se hubiera inscrito, el plazo de caducidad se computará desde la fecha de oponibilidad de la inscripción»*. Resulta de difícil comprensión que se excluya la prescripción para los actos contrarios al orden público cuando se está tratando desde el encabezamiento del artículo de la caducidad de la acción de impugnación, por lo que debe entenderse que aquellos actos jurídicos contrarios a la ley que sean contrarios al orden público serán siempre impugnables, sin que sea preciso siquiera decir que deba hablarse de la posibilidad de interrumpir plazos como en la prescripción, puesto que no hay plazos ninguno; ya que son siempre impugnables. Esta nueva redacción, sin usar en ningún momento la palabra «nulidad», parece que de alguna manera está reconociendo el concepto jurídico de nulidad radical, ése que entiende que lo que es nulo absolutamente siempre será nulo y nunca podrá ser convalidable y por tanto nunca es susceptible de serle opuesta excepción de ningún tipo. Pudiere parecer que el artículo 205 LSC en su nueva redacción está más cerca del artículo 6.3 del CC, en su interpretación más literal, la que propugna la nulidad absoluta, pero existe una gran diferencia, quizá en matiz, pero que marca a mi modo de ver la diferencia. Digamos que el artículo 6.3 del CC es más fino jurídicamente, puesto que asocia la nulidad a la contravención de la norma imperativa o prohibitiva, términos claramente extraídos de la más pura dogmática jurídica kelseniana, que nos permite saber a qué atenernos. Pero el nuevo artículo 205 LSC, al relacionar la inimpugnabilidad con el orden público, enturbia la interpretación y aplicación normativa, pues lo asocia a un concepto de todo menos unívoco: ¿qué es el orden público?

Se sufre entonces las consecuencias de un vicio que entiendo achacable al legislador que ha creado la Ley 31/2014, y del que he hablado y volveré a hablar en todo este artículo, cual es el empleo generalizado y de forma discutible de las categorías jurídicas clásicas, y entre ellas el del orden público y de la impugna-

ción. Así siempre ha existido el concepto orden público, véase, por ejemplo, en el artículo 1255 del Código Civil. Se ha teorizado mucho y muy brillantemente sobre el concepto de «orden público», su significado, sus orígenes, sus efectos, sus límites, etc. Sin embargo, ¿puede haber término más confuso y genérico? ¿Dónde está la definición de orden público en nuestro sistema jurídico? Nunca ha habido ni habrá un solo concepto teórico de «orden público». Unos pueden considerar el orden público como el conjunto de principios en los que se fundamenta el Sistema Jurídico Español, otros entenderán que son los principios políticos y las libertades civiles insertas en la Constitución Española, otros lo confundirán con los principios generales del derecho (artículo 1.4 CC); y otros pueden llegar al extremo de entender que orden público es todo orden establecido por fuente del derecho legítima, por lo que tan de orden público puede ser la ley como la costumbre, como los usos de comercio, como los principios generales del derecho. Todo lo que el Estado puede imponer y exigir, «ordenar», ¿es de orden público? No pretendo aquí hacer un tratado teórico sobre la materia, pero entiendo que fiar ni más ni menos la nulidad absoluta de los actos contrarios a ley a un concepto tan abstracto e interpretable es cuanto menos un verdadero atrevimiento, cuando no una temeridad, a mi modo de entender.

Se podría, sin embargo, llegar a un camino interpretativo, de carácter teleológico y sistemático, por supuesto, del artículo 205 de la LSC, que a mi modo de ver pasa por una característica básica que diferencia a las categorías tradicionales del Derecho Público y del Derecho Privado, que es el carácter dispositivo procesal de los derechos que concede la norma de Derecho Privado. Así, el lector recordará cuánto es de decisivo el principio de rogación y el principio dispositivo del objeto del litigio en el Derecho Procesal Civil, condensados en el Capítulo IV del Título I del Título Preliminar de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, hasta tal punto que condiciona no sólo el modo de actuar del juez o Tribunal del orden civil, sino también el ejercicio del derecho subjetivo o de la acción procesal. Si no son ejercidos, si no son alegados, en fin, si no son objeto de la rogación, no serán reconocidos ni defendidos ni ejecutados por el Tribunal del Orden civil, por mucha que sea la nulidad en la que se haya incurrido, que no se pronunciará sobre aquellas cuestiones que no les hayan sido alegadas en el proceso, aunque les sean evidentes, siempre que no haya perjuicio para el orden público, e incluso respecto de las que sí hayan sido alegadas cabe renuncia, transacción o allanamiento respecto de la pretensión, siempre también que no haya perjuicio para el orden público.

Así, los particulares en el orden sustantivo del derecho civil, como en el proceso civil, sí pueden disponer con sus actos y negocios jurídicos sobre aquello que sólo les afecta negativamente a ellos y a sus propios intereses, pero no podrán disponer sobre aquello que afecte negativamente a terceros, entendiendo como tales tanto a individuos concretos como a la sociedad en general. Y hago esta última precisión porque esta distinción no se infiere en el ámbito mercantil tras la reforma de los artículos 204 LSC y 205 LSC.

Me explico. Si la Ley hubiere querido que no se pudiese disponer de la nulidad y sus efectos en perjuicio de cualquier tercero individual o colectivo habría empleado la formulación exacta del artículo 6.2 del Código Civil, que dice: «2. *La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*», y en la que sí menciona tanto a tercero individual como al conjunto de la sociedad en general cuando emplea el término abstracto «orden público». En cambio, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, si bien el artículo 204 LSC, en su apartado primero, sí reconoce la impugnabilidad del acto societario contrario a la ley mercantil, sin embargo, el carácter imprescriptible o no caducable de la acción contra dicho acto no lo asocia el nuevo artículo 205 de la LSC al perjuicio contra terceros individuales, sino cuando perjudica a la sociedad en general, es decir, al orden público.

Esto, en vez de ampliar la protección contra la ilegalidad, lo que hace es relajarla, puesto que nulidades contra terceros sólo prescribirán en un año, salvo que la nulidad sea de las que perjudican al orden público.

Conforme a los conceptos elaborados por la doctrina civilista, dentro de la categoría normativa de la ley, lo es por supuesto la norma prohibitiva y la norma imperativa, pero también la dispositiva si no es exceptuada por las partes. Así, toda norma de por sí es «de orden público» puesto que regula la *res publica*, la «cosa pública», y porque su contravención hace que el Ordenamiento Jurídico reaccione con respuesta *ad hoc*. Y los civilistas entenderán que lo radicalmente nulo no es convalidable ni prescriptible, ni sanable. Sin embargo, empleando el tantas veces por mí criticado concepto de «impugnabilidad», se puede orillar el concepto de nulidad radical, tan fuerte en cuanto a sus efectos y consecuencias y, consciente el legislador de la Ley 31/2014 que lo nulo no es convalidable, sin embargo, prefiere decir en el apartado segundo que es «sustituible» por otro válidamente adoptado o si no es esencial («art. 204.2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro»). Relacionando entonces el artículo 204.2 con el artículo 205 LSC y el artículo 6.2 y 6.3 del Código Civil puede fácilmente entenderse lo siguiente según interpretación sistemática: el acto societario contrario a ley imperativa que sea contrario al orden público, aunque no caduca la acción para impugnarlo, si es sustituido por otro válido, la acción contra él se extingue y el acto nulo contra el orden público deviene inimpugnable por decaimiento del fin práctico de la acción.

Son estos casos de sustitución del acto societario contrario a la ley y al orden público supuestos en los que la ley entiende que si bien no son sanables por ser nulos radicalmente, sin embargo, considera que es superfluo continuar accionando contra ellos si las consecuencias negativas de su nulidad han sido contrarrestadas por otro acto válido, incluso posterior a la presentación de la demanda si así lo considera el juez en incidente procesal.

Es evidente que las normas analizadas rezuman un espíritu utilitarista. Este espíritu debe tenerse en cuenta al analizar la aplicación del artículo 160 f) de la LSC. Así, sea cual sea la respuesta jurídica del Ordenamiento a la contravención del artículo 160 f) de la LSC, no cabe duda que es cuanto menos potente. Sin embargo, cabe preguntarse si tal poderosa reacción jurídica está configurada de forma adecuada o si adolece de falta de claridad que pueda causar complicaciones en el tráfico jurídico. No cabe duda que una cosa es la aplicación abstracta de la norma en el laboratorio jurídico y otra es llevarla a la práctica, donde la realidad del tráfico económico puede llevar a consecuencias no previstas. Y eso se ve claramente en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que motiva el presente comentario.

IV. CRÍTICA A LA RESOLUCIÓN DE 10 DE JULIO DE 2015 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En el presente epígrafe completaré las opiniones de las partes protagonistas de la Resolución que estamos comentando, vistas y analizadas al principio del presente comentario, respecto de las cuales cabe hacer una serie de críticas y comentarios.

La Resolución de la DGRN reconoce los problemas interpretativos que conlleva la expresión activos esenciales. Lo califica de «*concepto jurídico indeterminado*». Reconoce que una finalidad importante de la norma contenida en el artículo 160.f) LSC es evitar modificaciones estructurales o sustitución del objeto social encubiertas. Asimismo confiesa que «*dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto (“la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales”) surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la Junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad*». Lo que se entiende hasta ahora de todo ello es que el artículo 160.f) LSC introduce por vía legal una norma relativa a actos que se encuentran dentro de la esfera de actuación del órgano de administración a los que debe darse participación a la Junta general. Lo que introduce dicho artículo es una limitación legal a la actuación del administrador. Ello trae dos consecuencias: una, que porque deban someterse a votación de la Junta no significa que pierdan el carácter de actos administrativos, puesto que no son actos que regulen la vida societaria, sino que conllevan relaciones con terceros ajenos a la sociedad en el tráfico jurídico-económico; y otra, que porque la votación haya sido impuesta por la ley ello no quiere decir que no tenga carácter de limitación de las facultades representativas del órgano de administración. Así, esto último se traduce en que, si la Junta autoriza la transmisión de activos esenciales, no será la Junta, sino el órgano de administración, el que representará a la sociedad de capital en el negocio jurídico que instrumentalice dicha transmisión; y que, en cambio,

si la Junta no autoriza la transmisión, el órgano de administración no podrá transmitir dichos activos esenciales, por lo que si concurre con un tercero para celebrar un negocio jurídico tendente a materializar dicha transmisión no permitida, se encontrará con una limitación en sus facultades representativas.

Bien. La LSC, en su artículo 234, establece como criterio general el principio de inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones al mandato representativo. Así, dice el artículo 234 LSC: «Ámbito del poder de representación: 1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, *aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*». Este artículo tiene como misión proteger el tráfico jurídico en base a la confianza de terceros que se relacionan con la sociedad y en el concepto de que las personas jurídicas tienen personalidad jurídica plena y plena capacidad de obrar, sea cual sea su objeto y el contenido de los pactos estatutarios limitando su objeto, de manera que puedan desarrollarse plenamente en la vida jurídica análogamente a como lo hacen las personas físicas. Subyace esta idea, no sólo en el artículo 38 del Código Civil, artículos 116.2 y 118 del Código de Comercio, sino en el propio 234 LSC, de forma que el tercero de buena fe quede protegido y la sociedad vinculada con él por la actuación negocial del órgano de administración cualesquiera que sean los pactos entre los socios fundadores (estatutos) o en Junta general de la sociedad (acuerdos votados en Junta), sin perjuicio de la eventual responsabilidad en la que haya incurrido el administrador. Por ello debería entenderse el artículo 234 LSC en sus propios y estrictos términos cuando dice: «*cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros*». La ley dice cualquier limitación, sin distinguir su origen, sea estatutario, sea convencional, sea de acuerdo de la Junta, o incluso legal. Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir. Ni siquiera el carácter inscribible o no inscribible de la limitación importa algo frente a este tercero mercantil superprivilegiado.

Pero pese al tenor literal del artículo 234 LSC, la Dirección General dicta que no es de aplicación la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias al poder de representación de los administradores que recoge el artículo 234.1 de la LSC porque, según dice, se trata de atribución legal de competencia a la Junta general con la correlativa falta de poder de representación del órgano de administración. Es discutible. Una cosa es que la ley atribuya a la Junta la decisión de autorizar o no el acto de disposición de activos esenciales y otra distinta la naturaleza del acto decisorio de la Junta. Dicho acuerdo, votado en Junta, no es de naturaleza legal, sino convencional, o de manera más precisa, orgánico, puesto que es un órgano, la Junta general, el que lo dicta, pero nunca emana directamen-

te de la ley. Y si, según el artículo 234 LSC, las limitaciones en cuanto al objeto aunque figuren en los estatutos sociales no son oponibles a terceros de buena fe, y si siendo los estatutos los que pueden establecer limitaciones a las facultades representativas de los órganos de administración (limitaciones o enumeraciones de facultades no inscribibles aunque figuren en la escritura de constitución, ex artículo 124.4 y 185.6 RRM), entonces no se entiende cómo acuerdos de Junta que no conllevan modificación estatutaria y que no son objeto siquiera de publicidad en el Registro Mercantil, van a poder derogar la regla de la inoponibilidad del artículo 234 LSC. Se consagraría una quiebra ilógica del sistema de seguridad jurídica en el tráfico mercantil, dando peor tratamiento a aquellas limitaciones inscritas frente a las no inscritas o no inscribibles. Y todo ello además con el añadido de que los acuerdos del artículo 160.f) LSC, si bien inciden en el representante orgánico, el administrador social, no lo suplen, sino que éste ejecuta a aquéllos. No es que se deba aplicar analógicamente al caso el artículo 234 LSC, como dice la DGRN en la Resolución comentada, sino es que cae de lleno al desarrollo del sistema de representación de la sociedad de capital y su funcionamiento, efectos y consecuencias. Justo lo que regula el artículo 234 LSC. No es lógico tratar a los actos referidos en el artículo 160.f) LSC como ajenos al ámbito de las facultades del órgano de representación, cuando una vez autorizados por ésta deben vehicularse necesariamente a través del representante social orgánico directamente o por vía de los apoderados nombrados por éste.

Reconoce la resolución que no se le puede imponer al tercero la carga de indagar en cada acto *«la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere»* (lo que le aproxima al artículo 234 LSC...), y que no puede pedirse pronunciamiento expreso de la Junta para todos los actos sociales, pues no puede pedirse sustituir el órgano de gestión por la Junta general, cosa que es absurda. También reconoce la resolución que el notario normalmente carecerá de elementos suficientes para saber si se trata o no de activos esenciales, pero para velar por la legalidad de los actos y negocios que autorice deberá reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad. El mecanismo para hacerlo, entiende la DGRN, que es la exigencia de una certificación del órgano social o manifestación del representante de la sociedad sobre el hecho de que el importe de la operación no haga entrar en juego la presunción legal establecida por la norma (por no superar el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado) o, de superarlo, sobre el carácter no esencial de tales activos. Aquí, aunque el cauce notarial para controlar la legalidad es razonable y se ampara en el artículo 17 de la Ley del Notariado, sin embargo, hubiere sido mejor que la propia norma lo hubiese dispuesto expresamente.

Añadido a lo anterior dice la resolución comentada que es igualmente cierto que en nuestro sistema registral no se exige la afirmación por los otorgantes sobre

la inexistencia de un vicio invalidante. Esto nos lleva a pensar que, de por sí, la ausencia de la manifestación del carácter no esencial del activo transmitido no es un requisito de inscripción registral, por lo que el negocio hecho en escritura sin esa manifestación será válido plenamente si el activo transmitido no es esencial. Si es esencial, el acto será inimpugnable si el tercero es de buena fe, y si el tercero conocía el carácter esencial y la falta de autorización, el acto es impugnabile, según artículos 204 y 205 de la LSC, pero caduca al año la acción para reclamar, si el acto, pese a ser contra socio o tercero, no es contrario al orden público.

Pero lo que es demasiado atrevido por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado es afirmar, como hace en la resolución que comentamos, que si bien no es necesaria manifestación del administrador sobre el carácter esencial o no del activo transmitido, *«en todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal)»*. Esto es de todo punto chocante. En primer lugar porque el registrador mercantil o de la propiedad es una persona ajena a la vida de la sociedad, que no ostenta la representación de la misma y que no tiene por qué conocer cuáles son los activos esenciales de la sociedad. Segundo: debe limitarse a calificar los documentos presentados (artículo 98 Reglamento Hipotecario o 58 del Reglamento del Registro Mercantil): los elementos fácticos quedan fuera de su alcance. En todo caso podrá apoyarse en las inscripciones registrales, pero no en documentos no presentados en el Registro. Se entiende lo complicado que es de entender que la DGRN reconozca al registrador la facultad de apreciar la notoriedad manifiesta, y en base a ello le permita no inscribir, por ejemplo, una compraventa, en perjuicio del comprador que, por ejemplo, puede ser un tercero protegible ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Aquí la Dirección General se excede atribuyéndole una competencia no reconocida ni siquiera por vía reglamentaria a los registradores. Incluso, y no me guía ningún ánimo corporativista, este reconocimiento competencial al Registro choca con la afirmación de la resolución que comentamos de *«normalmente el notario carecerá de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de activos esenciales»*. Atrevida afirmación que aleja a nuestro centro directivo de la realidad práctica del día a día de los despachos notariales en los que el notario no se limita a redactar el documento negocial, sino que puede conocer por indagación o consulta la magnitud de la operación. En todo caso, la propia DGRN reconoce que no es necesaria la manifestación del representante social sobre el carácter esencial porque no está legalmente tipificado como requisito de inscripción, pero lo que no puede hacer es no exigirlo y atribuir la condición de vigilante a quien tampoco tiene competencia legalmente para ello. Que lo exija expresamente, que será más seguro para el tráfico.

Lo que es destacable es que la resolución que comentamos aquí no se atreve o no quiere calificar el negocio jurídico sobre activo esencial sin autorización de la Junta como nulo por contravenir norma imperativa o por lo menos norma legal. Es por eso que destaqué la importancia del término «impugnable» en el apartado II del presente comentario, puesto que como la ley no lo califica directamente de nulo, la DGRN tampoco quiere hacerlo. Podría preguntarse uno si cabe convalidación posterior mediante acuerdo de la Junta en favor de la transmisión de activos. Sin embargo, ello nos aproximaría peligrosamente a la casuística del artículo 72 de la LSC (antiguo artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, hoy refundida), en el que su contravención podía ser interpretado como insubsanable y los actos contra él nulos. Dejo apuntado que con la nueva redacción del 160.f) LSC, el artículo 72 LSC puede haberse quedado sobrepasado por aquél en algunos aspectos.

Como último inciso resaltaré un detalle que a mí me ha parecido importante, que sobrevuela en todo este asunto, pero que ha sido obviado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución aquí comentada, no sé si consciente o inconscientemente. Se trata de si es posible el empleo por parte de los registradores mercantiles o de la propiedad de la contabilidad social depositada en el Registro Mercantil de la sociedad, las cuentas anuales, balances etc., a fin de que sean utilizados por los registradores para calibrar si la transmisión, adquisición o aportación de un bien o derecho excede el 25 por 100 del balance de la sociedad, como reza el artículo 160.f) LSC. Sería lo razonable dado la referencia al balance que hace el artículo 160.f) LSC, en vez de acudir a la inseguridad de la notoriedad manifiesta apreciada por el registrador.

Pero sucede que ello iría en contra de la propia doctrina de la DGRN, que diferencia claramente entre documentos inscritos (títulos presentados que causan asiento en los libros de inscripción del Registro Mercantil, por ejemplo) y los documentos depositados (que no causan inscripción, sino depósito, singularmente y en lo que nos interesa en el Libro de Depósito de Cuentas). Los primeros son objeto de calificación integral y los segundos, según el artículo 368.1 del Reglamento del Registro Mercantil, según el cual el registrador los calificará exclusivamente, bajo su responsabilidad, si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la Junta general o por los socios, así como si constan las preceptivas firmas, similar al artículo 280.1 de la LSC. En la Resolución de la DGRN de 13 de mayo de 2013, nuestro centro directivo distingue dos supuestos: uno, el depósito de cuentas de una sociedad cuyo contenido es contrario a lo que resulta de los asientos del Registro Mercantil; y otro, cuando la divergencia se pone de manifiesto al solicitar la inscripción de unos acuerdos que se adoptaron en su día y que no fueron objeto del debido reflejo en las cuentas ya depositadas.

En el primer caso, la DGRN entiende que no debe sólo apreciarse la mera validez formal de las cuentas depositadas, sino que deben ser contrastadas con los asientos del Registro, de manera que si discrepan será rechazado su depósito. En

el segundo caso, la situación es distinta, pues aquellos efectos, con el alcance expresado, no son predicables respecto de los documentos contables depositados en el Registro, puesto que la calificación registral tiene respecto de ellos menor alcance y no pueden condicionar ni impedir inscripción de una escritura, que es documento privilegiado en todos los órdenes. [Dice, pues, la resolución de 13 de mayo de 2013 que *«como ha quedado expuesto, tiene declarado que los efectos protectores de la publicidad del Registro Mercantil tienen efectos limitados cuando al depósito de cuentas y documentación complementaria se refiere. No puede mantenerse que la presunción de exactitud y validez de los que disfruta la inscripción de los actos previstos en el ordenamiento (vid. artículos 16 y 22 del Código de Comercio en relación con número 20) alcanza a un contenido de las cuentas depositadas que no es objeto de calificación por el registrador mercantil. De conformidad con las previsiones legales, la publicidad de la existencia de cuentas depositadas no puede ir más allá del hecho mismo del depósito y del cumplimiento de los requisitos previstos en el Registro Mercantil y si en múltiples ocasiones este Centro Directivo ha confirmado la imposibilidad del depósito de cuentas por contradecir el contenido del Registro Mercantil ha sido precisamente porque sólo su contenido está protegido por las presunciones de exactitud y validez»*].

Es por esta eficacia limitada de los balances depositados que los registradores no pueden acudir a su contenido para valorar la esencialidad de la transmisión de aquellos activos competencia de su Registro, puesto que no pueden hacer depender, por ejemplo, la práctica de asientos cualificados, inscripciones, en el Registro de la Propiedad, de asientos no cualificados, cuentas anuales.

Además de la doctrina consolidada de la DGRN en contra, otra posible causa de que no puedan los registradores de toda índole acudir a las cuentas depositadas en el Registro Mercantil puede ser un tema logístico: el atasco que supondría si la consulta por cada título presentado, todos los registradores de la propiedad y mercantiles consultando las cuentas. Por muchos medios telemáticos de que dispusieren, ello retrasaría enormemente la llevanza en plazo de los Registros.

Y ello sin contar de que muchas sociedades no tienen presentadas las cuentas en el Registro Mercantil. Hacer depender la calificación e inscripción de títulos de propiedad inmobiliaria en el Registro de la Propiedad de la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas actualizadas supondría que, si no fueren depositadas, además del cierre del Registro Mercantil a la sociedad compradora también se le cerraría el Registro de la Propiedad, cosa que legalmente no está previsto por este motivo. Incluso se le podría perjudicar al comprador ajeno a la sociedad, cosa que es peor y que le dejaría inerte y desprotegido frente a la diligencia o desidia de la vendedora.

Incluso circunscribir toda esta restricción societaria a la propiedad inmobiliaria registrada es absurdo, puesto que las operaciones con activos esenciales en los

términos previstos en el artículo 160.f) LSC no se limitan a las operaciones con fincas inmatriculadas en el Registro de la Propiedad. Pueden versar sobre fincas no inmatriculadas, muebles, semovientes, títulos-valores, participaciones sociales, dinero, incluso hasta servicios. Hay mucha vida fuera del Registro de la Propiedad, y dar un trato más estricto a las operaciones sobre fincas inmatriculadas frente a otros tipos de activos esenciales es contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión diré que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, si bien acierta en detectar el carácter general y abstracto del término activos esenciales, no se pronuncia categóricamente sobre la calificación de los actos dispositivos sobre los mismos sin acuerdo de la Junta de socios, y se aventura demasiado al conceder una competencia de cierre a los Registros sin antes fijar definitivamente y sin equívocos las manifestaciones necesarias que se han de verter en la escritura referente a tales activos.

*(Trabajo recibido el 15/2/2016
y aceptado para su publicación el 22/2/2016)*

RECENSIONES

LA SUCESIÓN UNIVERSAL EN LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Autor: Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA
Tesis doctoral dirigida por el Dr. Javier CAMACHO DE LOS RÍOS

JOSÉ JAVIER ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL
Profesor TEU de la Universidad Miguel Hernández

I. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO Y OBJETIVOS

La regulación de las modificaciones estructurales tiene como finalidad favorecer las operaciones de reorganización empresarial, facilitando así el crecimiento de las empresas y la adaptación de éstas a las cambiantes condiciones del mercado.

La sucesión universal es un instrumento básico, dentro de esta normativa, para la eficiencia del sistema, pues elimina el obstáculo que supondría la aplicación de las reglas generales para la transmisión individualizada de derechos y obligaciones. Sin embargo, la alteración de esas reglas, las tradicionales del derecho civil patrimonial, implica riesgos para los terceros, por lo que el objetivo de la simplificación tiene que tener como límite la suficiente protección de éstos, de manera que no altere de tal manera el derecho patrimonial que termine generando una inseguridad jurídica que, en conjunto, suponga un coste mayor que el de las ventajas que esta especial regulación ofrece a las empresas.

El objetivo de este trabajo es estudiar la sucesión universal en las modificaciones estructurales en que tiene lugar y hacer un juicio crítico de su funcionamiento en nuestro derecho.

El estudio se hace necesario desde un triple punto de vista: práctico, teórico y económico.

Desde el punto de vista práctico, la cuestión plantea importantísimos problemas. Así, por ejemplo:

Si una empresa firma una garantía personal de todas las operaciones con una entidad bancaria, ¿qué ocurre si éste se fusiona con otro banco? ¿Desaparece su obligación? ¿Responde ahora de las pólizas que tenía con ese banco que la ha absorbido?

En caso de que una sociedad que participa en otra empresa sea absorbida, ¿existe derecho de adquisición preferente?

Si la sociedad se escinde, ¿con cuál de las escindidas tendrán la relación laboral los trabajadores? ¿A partir de qué momento?

Si una empresa tiene un contrato de suministro con una sociedad española que es absorbida por una alemana, ¿en qué situación queda ese contrato?

Si la sociedad de la que soy acreedor y suministrador escinde su negocio más rentable, ¿qué derechos tengo si un arrendatario se fusiona con otra sociedad?

Desde la **perspectiva teórica**, la normativa sobre modificaciones estructurales constituye una enrucijada jurídica donde concurren el derecho de sociedades puro con el derecho de la competencia, el derecho de grupos, el derecho laboral, el derecho concursal, el derecho fiscal y, por supuesto y por encima de todo, con el derecho patrimonial común o civil. Concretamente y, en este último ámbito, el fenómeno de la sucesión universal supone prescindir de las normas generales que regulan la transmisión patrimonial (por ejemplo, el consentimiento de acreedores y contratantes), estableciendo como contrapartida un determinado procedimiento obligatorio. Para un jurista práctico especializado en este tipo de derecho supone un reto especial estudiar y evaluar hasta qué punto una normativa excepcional encaja en el sistema de derecho patrimonial privado y cómo se reequilibran los intereses al margen de las normas tradicionales sobre transmisión de bienes, créditos, deudas y contratos. Si a esto añadimos que la institución sobre la que se construye es la sucesión hereditaria, comprobamos que el estudio no sólo no se limita al examen de la Ley de Modificaciones Estructurales (LME), sino que ha de abarcar casi todo el derecho civil patrimonial privado.

Además, el asunto que nos ocupa tiene una **enorme trascendencia económica**. Las sucesivas reformas de la legislación nacional y de la UE de esta materia revelan que la existencia de una normativa favorecedora de este tipo de operaciones (tanto en el plano fiscal como sustantivo) se ha considerado algo necesario para facilitar los procesos de concentración empresarial, que, a su vez, se juzgan ineludibles para que una economía nacional pueda adaptarse al mercado mundial. La reorganización empresarial no se limita ya a las fusiones derivadas del fenómeno de concentración, sino que incluye la necesidad de reajustar las estructuras en atención a las circunstancias siempre cambiantes de una economía dinámica y

en permanente evolución, por ejemplo, a la reorganización o venta de unidades productivas a través de la escisión o la cesión global.

El interés económico de esta materia no se agota ahí. Después de la crisis financiera a nadie se le escapa que la flexibilidad jurídica por razones de eficiencia económica no deja de provocar una cierta tensión en los sistemas jurídicos afectados. En principio, la flexibilidad que respecto del derecho común suponen estas operaciones de modificación estructural viene acompañada y compensada por unas específicas garantías (una intensificación de la información de socios y terceros, verificación pericial de determinados aspectos, el derecho de oposición de los acreedores, etc.). Pero, ¿hasta qué punto es eso así en realidad? En este estudio se intentan solucionar las cuestiones prácticas, pero en realidad la pregunta fundamental que pretende responder es si el conjunto del sistema es coherente, es decir, si facilita suficientemente las operaciones y al tiempo protege adecuadamente los intereses de los terceros.

Partiendo de la problemática citada, el autor dirige a dos objetivos fundamentales su trabajo:

En primer lugar a hacer un juicio crítico del régimen jurídico de la sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital y proponer las interpretaciones y reformas legales más conformes con la justicia a la que aspira todo orden jurídico, con la premisa de que no esta justicia no ha de ser un obstáculo para la eficiencia y el buen funcionamiento de los mercados, sino, todo lo contrario, el último fundamento de la transparencia y la confianza que son la base de la economía.

En segundo lugar a alertar de las posibles dificultades en la transmisión y, en consecuencia, servir para que los operadores jurídicos preparen las modificaciones estructurales adecuadamente con el objetivo de evitar demoras, incertidumbres y sorpresas en relación con las consecuencias de la modificación estructural.

II. ESQUEMA DEL ESTUDIO

El objetivo expuesto de emitir un juicio crítico sobre el funcionamiento de la sucesión universal guía el plan de este trabajo, que está dividido en nueve capítulos: una introducción, los siete que se citan a continuación y las conclusiones finales:

- El concepto de la sucesión universal: del Derecho civil al Derecho de sociedades.
- Reconocimiento legal del principio de sucesión universal: legislación española, comparada y de la Unión Europea.

- Extensión y límites de la sucesión universal. Estudio general.
- Estudio de los problemas en la transmisión de los distintos elementos del patrimonio.
- Los problemas específicos de la escisión y la cesión global plural.
- Derecho internacional privado y sucesión universal.
- Acciones contra la sucesión universal en supuestos ilícitos: fraude de ley y levantamiento del velo.

El autor estudia en estos capítulos la función de la regulación de las modificaciones estructurales y qué papel cumple la sucesión universal dentro de esta regulación. Una vez determinado este papel en el conjunto del sistema, examina qué es y cómo opera en realidad la sucesión universal en las modificaciones estructurales. Para determinar su concepto y dado que la regulación habla de sucesión universal sin definir sus caracteres, es necesario estudiar el ámbito en el que nace este concepto, que es la sucesión universal *mortis causa*, para después señalar las diferencias entre ambas y hasta qué punto éstas justificarán soluciones distintas para algunos problemas.

Una vez visto el concepto y caracteres de la sucesión universal en el derecho civil y los límites de su extensión al ámbito societario, analiza qué aporta su regulación en la LME y en otras normas de nuestro ordenamiento. Sin embargo, dado que estas normas son escasas y sirven de poco para caracterizarla, estudia cómo aparece esta institución en el derecho comparado.

También el estudio detenido de la institución en las directivas europeas es imprescindible, pues la interpretación conforme a las mismas va a determinar de forma imperativa su funcionamiento en nuestro derecho. Tras este análisis define cómo opera en nuestro derecho esta institución y cuáles son sus caracteres.

Sin embargo, este estudio general no es suficiente para solucionar los problemas que se plantean en la práctica, pues la aplicación del sistema a los concretos elementos patrimoniales revela complejidades que el concepto general de sucesión universal no resuelve por sí mismo. Por eso se estudian los problemas que se plantean en relación con cada uno de los elementos que componen el patrimonio social (bienes, derechos, obligaciones y contratos). Por supuesto, no es posible estudiar cada bien o contrato, por lo que nos detendremos sobre todo en los supuestos que son objeto de una regulación específica y en aquellos sobre los cuales se ha pronunciado la jurisprudencia.

Las diferencias entre las diversas modificaciones estructurales obligan a realizar además un examen específico de la aplicación de este sistema a los supuestos de escisión y cesión global parcial, ya que la fragmentación patrimonial que se produce en estas operaciones plantea problemas especiales en la transmisión. Por un lado, la misma admisibilidad del concepto de sucesión universal se ha puesto en duda cuando la sucesión es de sólo una parte del patrimonio de la sociedad; pero aún admitida en estos supuestos, estas operaciones plantean dificultades tanto desde el punto de vista del objeto de la transmisión (la delimitación de las masas patrimoniales que se separan) como de los efectos de la misma.

Por otra parte, los elementos internacionales cada vez más frecuentes en el mundo societario obligan a plantearse qué normas se han de aplicar a esta transmisión cuando existan conflictos de leyes, ya por el carácter transfronterizo de la modificación estructural, ya por la sujeción de los elementos transmitidos a una ley distinta de la que rige la operación.

Por último, el estudio termina con el estudio de la posible aplicación a estas operaciones de remedios legales y jurisprudenciales para el caso de que se utilicen con la finalidad justamente de eludir las normas generales, como instituciones que suponen una última defensa frente al abuso de las formas societarias.

III. CONCLUSIONES

El autor cierra su trabajo aportando las siguientes conclusiones:

1. **La sucesión universal en las modificaciones estructurales tiene su origen en la sucesión universal hereditaria, pero es un fenómeno autónomo, con fines y caracteres propios**

El concepto de sucesión universal proviene del derecho civil y en concreto de la sucesión *mortis causa*. Sin embargo, en el ámbito de las modificaciones estructurales, se diferencia por su origen voluntario, pero sobre todo por su finalidad específica de facilitar las reorganizaciones empresariales. En éstas, el centro de gravedad no es la extinción de la personalidad, sino la continuación de la empresa, integrada total o parcialmente en otra sociedad. Desde el punto de vista institucional o societario hay extinción de sociedades y cambio de titularidad, pero desde el punto de vista funcional o empresarial lo que hay es integración y continuidad. Por todo ello, si bien el concepto de sucesión universal ha de construirse sobre el de la sucesión hereditaria, algunos efectos habrán de ser distintos y por ello es más importante que en aquélla el mecanismo permita el mantenimiento de la unidad patrimonial sin alteraciones en su contenido.

2. La sucesión universal es fundamental para que el sistema de las modificaciones estructurales cumpla su finalidad de facilitar las reorganizaciones empresariales, para lo cual opera *ipso iure* y tiene efectos *erga omnes*, con derogación de las normas generales de transmisión de derechos y obligaciones

La regulación de las modificaciones estructurales tiene la función de facilitar la adaptación y conservación de las empresas, para lo cual permite prescindir de determinados requisitos de las operaciones societarias y de la transmisión de bienes, estableciendo un procedimiento como contrapartida. Dentro de esta regulación, la sucesión universal es el instrumento básico de simplificación en el ámbito externo. El efecto *ipso iure* y *erga omnes*, impuesto por las directivas comunitarias, implica la transmisión de todas las relaciones por un único título, sin necesidad de consentimientos de terceros ni notificaciones a los mismos, ni tampoco la exigencia de más formalidades que las exigidas por la legislación aplicable a la operación (y en su caso por la legislación extranjera que regule el derecho u obligación) para la oponibilidad de la transmisión a terceros.

La importancia y utilidad de esta institución ha hecho que haya ido ampliando su ámbito funcional y territorial. En el primer aspecto ha pasado de la fusión a la escisión y a la cesión global y en el segundo no sólo se ha impuesto en la Unión Europea y fuera de ella, incluso en ordenamientos que desconocían esta institución en el ámbito sucesorio.

3. El principio que debe regir la sucesión universal es el de neutralidad

En la normativa fiscal sobre modificaciones estructurales, la neutralidad significa que la operación se produce sin que se altere la situación de la sociedad: las transmisiones, consecuencia de estas operaciones, no devengan los impuestos que ordinariamente gravan las transmisiones ordinarias, pero al mismo tiempo las sociedades adquirentes no se benefician de ese cambio de titularidad de cara a pagos futuros, ya que se subrogan en la situación tributaria de la transmitente.

Esta idea se puede trasladar al ámbito de las relaciones jurídicas, pues de lo que se trata es que la transmisión se produzca sin obstáculos ni costes y al mismo tiempo sin que se alteren las relaciones existentes. La neutralidad tiene su base en el carácter funcionalmente no extintivo de las modificaciones estructurales: la empresa continúa en otra estructura y por ello se permite la transmisión sin alteraciones. La sucesión universal no debe verse sólo como un instrumento para favorecer las reorganizaciones, sino como el reconocimiento de que estas operaciones no son equivalentes en sus fines y efectos a las transmisiones ordinarias. Por eso mismo, en los casos en que no persigan esos fines de reorganización o se modifiquen las relaciones jurídicas, deberán limitarse los efectos de este mecanismo.

Podríamos distinguir varios efectos de este principio:

- A) La sociedad adquirente sucede en todas las relaciones jurídicas sin más requisitos que los del propio procedimiento de la modificación estructural*

Esto se entiende mejor con una imagen: en el caso de las transmisiones individuales, cada relación jurídica necesita su propio camino, que sería el título de transmisión; en ese camino hay una serie de obstáculos hasta llegar al destino que es el nuevo titular: derechos de adquisición preferente, autorizaciones, consentimientos, etc. En la sucesión universal, la totalidad de las relaciones se agrupan en un vehículo (el título único que otorga la ley tras el cumplimiento del procedimiento) que las transporta directamente hasta el lugar de destino. Eso no impide que a la llegada, en ambos casos, haya que llenar algún formulario —las formalidades o trámites de las que hablan las directivas— que debe ser abreviado en el caso de los llegados por la vía directa o privilegiada. Esto implica que no hay ningún obstáculo, pero tampoco ninguna ventaja: se transmiten los bienes y derechos, pero también todas las obligaciones y responsabilidades, incluidas las derivadas de sanciones no impuestas (STJUE 3-343/13) y la adquirente no se puede aprovechar de las normas típicas de las transmisiones (por ejemplo, considerarse tercero hipotecario).

- B) No se producen los efectos típicos de la extinción de sociedades*

En un segundo efecto menos estudiado por la doctrina, la neutralidad implica que tampoco se producen los efectos típicos de la extinción de sociedades. Así, no se deben extinguir los derechos que ordinariamente terminan por la disolución de la sociedad (como el usufructo).

- C) La propia neutralidad impone límites a los efectos de la sucesión universal*

El interés de la idea de neutralidad es que requiere que el efecto de la sucesión sea verdaderamente neutro en su conjunto: no debe verse impedido ni obstaculizado, pero sólo si la relación es efectivamente la misma tras la transmisión. Dicho de otra manera, la neutralidad se predica respecto de la modificación subjetiva que implica la modificación estructural, pero no respecto de las modificaciones objetivas consecuencia de la misma.

Podría pensarse que el procedimiento que la ley establece, dirigido a la información y protección de socios y terceros, justifica la derogación de las normas ordinarias de transmisión y que las modificaciones objetivas —como la posible alteración de la solvencia— ya están «descontadas» por el legislador. Un automa-

tismo absoluto de este mecanismo y su aplicación a cualquier relación no sólo facilitaría las operaciones, sino que además daría mayor seguridad jurídica, pues los resultados serían perfectamente previsibles y además inatacables, dadas las restricciones legales a la impugnación de la fusión.

Pero esto supondría ignorar la realidad de las cosas. La protección que la ley ofrece a los acreedores no es completa ni desde el punto de vista subjetivo (acreedores excluidos) ni objetivo (dada la brevedad de los plazos y la limitada eficacia práctica). Los contratantes y deudores no tienen ninguna norma especial que les proteja y la publicidad (que mengua en cada reforma legislativa) no puede considerarse siempre equivalente a una notificación individual. Por tanto, el cumplimiento de los requisitos de la modificación estructural no constituye una patente de corso que impida mirar dentro del contenido que transporta el barco de la sucesión universal.

4. Los límites legales a la sucesión universal deben basarse en elementos objetivos y no en el simple cambio de titularidad

Una vez que se admite que la neutralidad debe operar también en el sentido de evitar las modificaciones objetivas en las relaciones que se producen como consecuencia de la fusión, el problema es cuándo y cómo lo hace.

En primer lugar, no cabe duda que esto puede determinarlo el legislador estableciendo que determinadas relaciones no se transmiten, o exigiendo consentimientos o formalidades cuando la naturaleza de la relación lo exija —lo que hace nuestra legislación en el caso de las subvenciones—. El interés público puede incluso llevar a exigir la aplicación de determinados derechos de adquisición preferente en este caso, aunque la regla general debe ser la contraria. Desde luego puede imponer formalidades, como permiten las directivas, cuando sea conveniente para la seguridad jurídica dar una publicidad especial a la transmisión de determinadas relaciones.

En la actualidad, tanto el legislador y los tribunales a menudo aplican los límites materiales y requisitos formales sin tener en cuenta la particularidad de este procedimiento y su finalidad. Entre otros supuestos a corregir, no parece actualmente tener justificación la posibilidad de aumentar la renta en los arrendamientos de locales (art. 32.3 LAU) y no se debería aplicar de manera rígida el principio de tracto sucesivo en el ámbito registral. La regla de la subrogación sin alteración debería aplicarse también de manera automática en relación con las licencias y las concesiones, sin perjuicio de la posibilidad de exigir que se acredite el mantenimiento de las condiciones iniciales.

5. Es posible el establecimiento de límites convencionales a la sucesión universal en las modificaciones estructurales, pero han de ser de interpretación restrictiva

Los contratantes pueden determinar cuándo una modificación estructural afecta a esa relación de tal modo que ha de extinguirse o modificarse. El interés público en favorecer estas operaciones no ha de prevalecer sobre el derecho de las partes para determinar el contenido de los contratos (art. 1255 CC) y, por tanto, en qué casos y de qué modo se pueden extinguir o modificar. El límite de estas previsiones es que sólo pueden afectar a la relación en sí, no a la operación: es decir, que las partes pueden prever la extinción de la relación, su modificación, o incluso la indemnización en caso de incumplimiento, pero no pueden impedir la realización de las operaciones, entre otras razones porque los administradores de las sociedades se estarían atribuyendo las funciones que corresponden a los socios.

En todo caso sólo se deben aplicar las limitaciones legales o convencionales previstas expresamente para estas operaciones, no las establecidas de manera genérica para cualquier transmisión. En particular resulta muy perturbadora la interpretación que extiende a estos supuestos las limitaciones a la transmisión de acciones o participaciones.

6. La sucesión universal puede producir modificaciones en las relaciones que han de ser corregidas al margen de previsiones legales o convencionales específicas. Los medios deben ser la interpretación de los contratos y una aplicación flexible de la cláusula *rebus sic stantibus*

El supuesto clásico de obstáculo a la transmisión son los contratos *intuitu personae*, pero esta categoría importada de la sucesión hereditaria se traslada mal a este caso. Por una parte, porque, el carácter personalísimo se difumina en las personas jurídicas, pero sobre todo porque, a diferencia del caso de sucesión *mortis causa*, la empresa, por regla general, se mantiene dentro de la nueva sociedad y por tanto funcionalmente el contratante y sus cualidades subsisten. Por tanto, esta categoría debe ser rechazada: las limitaciones sólo se deben admitir cuando la modificación subjetiva implique una alteración del contenido de la relación, por lo que se puede reconducir a la categoría de las modificaciones objetivas del contrato derivadas de la fusión.

En principio, el remedio a las modificaciones objetivas ha de ser la interpretación de los contratos, conforme a la voluntad de las partes, en el momento de la contratación, de manera que sus efectos se limiten a los inicialmente previstos. Cuando la interpretación del contrato no permita adaptar el contenido del contrato a lo inicialmente querido habrá que acudir a la aplicación de la cláusula *rebus sic*

stantibus, que debe interpretarse de manera flexible en este caso, tanto en sus presupuestos como en sus consecuencias (reforma del contrato y no sólo resolución).

7. Existe sucesión universal también en las modificaciones estructurales con fragmentación patrimonial (escisión y cesión global plural)

La sucesión universal se aplica también, por previsión expresa de la ley, a supuestos tradicionalmente discutidos como la escisión (incluso la parcial) y la cesión global (incluso la plural). La ley establece en estos casos la responsabilidad solidaria de las beneficiarias entre sí y la de la escindida por las deudas de aquéllas, pero esto no implica que no exista transmisión universal de derechos y obligaciones. Es una previsión que deriva de los riesgos especiales de la fragmentación patrimonial, siendo también la solución adoptada por el derecho sucesorio al establecer la responsabilidad solidaria de los herederos. Estos riesgos para los acreedores justifican que se deba exigir también la responsabilidad de las beneficiarias por las deudas de la sociedad escindida, como se propone en la última conclusión.

8. El concepto de unidad económica tiene efectos sobre la sucesión universal en los casos de escisión y cesión global parcial

En la escisión parcial, la ley impone que la parte escindida constituya una unidad económica y esto conlleva la transmisión de las deudas relacionadas con la unidad económica transmitida, como se ha declarado en varias e importantes STS (casos Ertoil y Ramón Vizcaíno). En los demás supuestos de escisión no parece que pueda exigirse el requisito de la unidad económica, que en todo caso es necesario para la aplicación de la neutralidad fiscal; además, en la mayor parte de los casos, la separación de una o más unidades productivas constituirá el motivo económico válido de la operación. La descripción de la unidad económica será además útil para determinar el perímetro de las distintas masas patrimoniales resultantes de la escisión, siguiendo la regla de interpretación del proyecto de escisión del artículo 75 LME. Esta regla de interpretación ha de aplicarse también al caso de escisión total analógicamente, lo que implica la necesidad de interpretar el proyecto para determinar el perímetro de lo transmitido y sólo subsidiariamente presumir que los elementos han quedado en la escindida.

9. Las particularidades de la fragmentación patrimonial en la escisión y la cesión global plural imponen especialidades y obligaciones distintas del caso de fusión

La dificultad de determinar el destino de las relaciones jurídicas para un tercero en una escisión hace que, con arreglo a la buena fe contractual, las socieda-

des tengan la obligación de comunicar a los terceros las modificaciones producidas. Es además conveniente que los inventarios y determinación de relaciones transmitidas que se hace en el proyecto sea más detallado que lo que habitualmente se hace.

10. Los elementos internacionales en las modificaciones estructurales plantean importantes problemas, no sólo en el caso de operaciones transfronterizas, sino también cuando la ley que regula la relación jurídica es distinta de la que regula la modificación estructural

Para que la sucesión universal responda a su nombre y finalidad debe comprender todas las relaciones jurídicas de la sociedad, incluidas las que se rigen por una ley distinta a la que ordena la modificación estructural. La ley nacional de la sociedad transmitente, que rige lo relativo a su constitución y modificaciones estatutarias, es la que se debe aplicar al régimen de transmisión derivado de las modificaciones estructurales (art. 9.11 CC y 1.2 f) Reglamento Roma I y casos *Bank of Athens y Thorn*). Al igual que se admite que la sucesión hereditaria se rija por la ley nacional del causante, es la ley nacional de la sociedad transmitente la que constituye el título de transmisión. Sin embargo, la ley que gobierna la relación podrá no sólo imponer determinadas formalidades para la oponibilidad de la transmisión frente a terceros —como establecen las Directivas en el ámbito europeo—, sino también otorgar derechos a terceros con ocasión de la sucesión. Estas limitaciones no deben ir más allá de las que se impondrían a una modificación estructural nacional.

Las dificultades planteadas por estos supuestos serán distintas según la cercanía de los ordenamientos. Mientras que en el ámbito de la Unión Europea el reconocimiento de la sucesión universal por las directivas y el principio de libertad de establecimiento imponen las conclusiones enunciadas en el párrafo anterior, fuera de estos casos, ni el reconocimiento de la transmisión ni la equivalencia de los requisitos de transmisión están garantizados.

11. La sucesión universal y, en general, el procedimiento de modificación estructural está sujeto a los principios generales de buena fe y prohibición del abuso de derecho y especialmente a la regulación del fraude de ley

La sucesión universal tiene como justificación facilitar las modificaciones estructurales como formas de reorganización empresarial, por lo que si una operación no persigue esta finalidad, sino evitar el régimen ordinario de la transmisión, se aplicará la norma que se hubiere tratado de eludir. El objetivo perseguido ha de ser económico en sentido amplio, pero no puede consistir exclusivamente

en aprovecharse del mecanismo excepcional de la sucesión universal. El efecto de la aplicación del fraude de ley no tiene que ser la nulidad de la modificación estructural, sino la aplicación de la norma eludida o la evitación del fraude. La jurisprudencia ha aplicado también la doctrina del levantamiento del velo para evitar actuaciones fraudulentas, pero dados los contornos variables e inseguros de esta doctrina plantea más problemas que beneficios en un sistema como el nuestro, en el que la aplicación de las normas sobre fraude de ley y abuso de derecho deben permitir la solución de estos problemas.

12. La complejidad y límites de la sucesión universal implica la necesidad de hacer una preparación cuidadosa de sus efectos para diseñar adecuadamente una modificación estructural y prever sus efectos y costes

La sucesión universal debe ser neutral y automática, pero las concepciones formalistas de la ley y la jurisprudencia y las alteraciones objetivas derivadas de la operación implican limitaciones e incertidumbres en el proceso. Por ello, la preparación de una modificación estructural exige un estudio de la situación patrimonial y localizar todos los posibles focos de problemas. Los participantes en la fusión no se pueden permitir, como el legislador, presumir que con la remisión al concepto de la sucesión universal todo está solucionado y tendrán que analizar especialmente las siguientes cuestiones:

- En qué casos la ley o los pactos pueden interferir con la transmisión. Por ejemplo, habrá que tener en cuenta la regulación legal de arrendamientos, licencias, subvenciones y examinar sus efectos económicos e incluso los requisitos de autorización. Especialmente habrá que examinar hasta qué punto esa transmisión puede dar lugar al ejercicio de derechos de adquisición preferente. Este examen en algunos casos determinará la elección de qué sociedad debe tomar la posición de absorbente o escindida.
- Las modificaciones objetivas a las que puede dar lugar la fusión y las posibles soluciones a las mismas. Por ejemplo, en el caso de que se prevea que la misma puede dar lugar a un agravamiento de las obligaciones como fiador, habrá que o bien denunciar la fianza si su carácter indefinido lo permite, o entablar negociaciones con el acreedor. Es importante tener en cuenta que estas alteraciones pueden afectar tanto a las sociedades que se extinguen como a las adquirentes.
- Los efectos de las formalidades necesarias tras la modificación estructural, previendo los trámites necesarios y sus costes. Esto podría incluso influir también en la decisión de la posición de las sociedades en la modificación estructural.

- La representación de las sociedades. Aunque sostenemos que pueden subsistir los poderes otorgados por la sociedad, lo conveniente es que el proyecto haga referencia expresamente a esta cuestión. Hay que tener en cuenta también la extinción de los cargos y poderes que ostentara la sociedad.
- Las notificaciones a contratantes y terceros que se imponen por ley o se consideran necesarias para evitar perjuicios a los terceros, particularmente en los casos de escisión o cesión global plural.
- Las propiedades y contratos sujetos a legislación extranjera habrán de ser objeto de especial atención, pues aunque la regla debe ser el reconocimiento de la transmisión por esas jurisdicciones, no es algo que se pueda dar por supuesto. Se hace necesario informarse de la legislación y jurisprudencia sobre esta materia y en su caso negociar con las contrapartes. Desde luego hay que prever el cumplimiento de las formalidades exigidas en ese país en su caso (caso *Thorn*).
- En realidad, el efecto de la fusión debería ser algo que se tuviera en cuenta no sólo en el momento previo a la fusión, sino en el momento de concluir contratos en una situación normal de la empresa.

13. Conclusión final: juicio crítico del sistema de sucesión universal

Llega el momento de realizar el juicio que anunciamos al principio, es decir, si nuestro sistema de sucesión universal, por una parte, facilita las reestructuraciones y por otra protege adecuadamente a los terceros afectados.

Entiendo que en principio la respuesta a la primera pregunta puede ser positiva, con ciertas reservas. A pesar de la casi inexistente regulación sobre la cuestión, si se interpreta la sucesión universal de acuerdo con las Directivas, el principio de libertad de establecimiento y su finalidad es un sistema que permite una transmisión neutra del patrimonio, al menos en el ámbito intracomunitario. No obstante, sería deseable que se explicitaran legalmente los caracteres examinados –efecto *ipso iure* y *erga omnes*, neutralidad– para evitar incertidumbres, lo que contribuiría a que la jurisprudencia y la doctrina superaran el formalismo y limitaran las restricciones a la transmisión a los casos en que el cambio de titularidad implique efectivamente un cambio en el contenido del derecho transmitido.

En cuanto a la cuestión de la defensa de los derechos legítimos de terceros, respecto de los acreedores, la regulación actual del derecho de oposición es tan confusa que nadie sabe si protege demasiado o demasiado poco a los acreedores. Quizá convenga pasar directamente a un derecho de oposición que no pueda paralizar la fusión, combinado con una mayor responsabilidad de los administradores

(como en Alemania). Para cerrar el sistema de protección en la escisión habría que modificar la ley para establecer la responsabilidad de las beneficiarias por las deudas de la escindida, agujero legal que se ha utilizado para defraudar a los acreedores. En cuanto a los contratantes, entiendo que pueden quedar adecuadamente protegidos aplicando el principio de buena fe, las normas de interpretación de los contratos, la cláusula *rebus sic stantibus* y, en su caso, la doctrina del fraude de ley.

En todo caso es necesario huir de las interpretaciones formalistas. La ley y la jurisprudencia dan excesiva relevancia al aspecto de titularidad formal con efectos muy perturbadores (caso de la aplicación del derecho de adquisición preferente de participaciones sociales), lo que va en contra de la naturaleza funcionalmente modificativa de estas operaciones y de finalidad facilitadora de la regulación. En cuanto a la protección de terceros, hay que rechazar la idea de que el cumplimiento del procedimiento produce el efecto de la sucesión universal de forma automática e inatacable, garantizando así la seguridad jurídica. Si se permite que el sistema sea utilizado de manera instrumental para fines distintos de los que debe servir, la víctima será no sólo la justicia, sino también la seguridad: si un contratante o acreedor sabe que se puede modificar su situación jurídica a través de una modificación estructural, o no contratará o exigirá unas garantías que encarecerán la operación, perjudicando a todas las partes y a la economía en general. La justicia, en realidad, nunca se contrapone a la seguridad o la eficiencia: si en la persecución de un sistema de modificaciones estructurales flexible y eficiente se sacrifica la justicia, desaparecerán la confianza y la seguridad, en las que se basa nuestro sistema económico.

(Trabajo recibido el 26/2/2016
y aceptado para su publicación el 3/3/2016)

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- Los trabajos han de ser originales.
- Los trabajos habrán de ser aprobados por la Dirección y por el Comité Evaluador Externo.
- El título del trabajo a publicar ha de figurar en mayúscula.
- Los trabajos tendrán una extensión mínima de 5.000 palabras.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 puntos; interlineado: sencillo.
- Todos los estudios deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés (con un mínimo de seis líneas cada uno), palabras claves en español e inglés (con un mínimo de cinco). Asimismo, los estudios doctrinales irán precedidos de un SUMARIO, que seguirá el siguiente esquema:
- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúscula y numerarse a partir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1, 1.2, etc.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
 - a) Si se trata de libros:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
 - b) Si se trata de artículos:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del libro», *Título de la revista*, número *, fecha, pp. * a *.

PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica y reflejo de ello son las normas éticas de publicación que siguen:

1. Aceptación de las normas y responsabilidad de los autores

- La remisión de cualquier trabajo a la revista presupone la aceptación de todas las normas editoriales y de publicación de aquélla.
- Todos los autores que suscriben un trabajo a la revista deben haber contribuido de manera real y relevante a su elaboración y no podrán excluir a otros autores.
- Los trabajos que se remitan a la revista han de ser inéditos.
- Todos los datos e informaciones utilizados para la elaboración de los trabajos deben ser reales. Ante cualquier sospecha sobre la posible falsedad o inexactitud de alguno de dichos datos, los autores tienen la obligación de ponerlo en conocimiento de la revista.

2. Normas sobre autoría

Todos los trabajos que sean remitidos a la revista deben ser plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico. A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

3. Obligaciones del Consejo de Dirección

- El Consejo de Dirección se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Dirección asume la responsabilidad de aceptar o rechazar los trabajos recibidos, basando sus decisiones en criterios científicos y en el juicio emitido por los evaluadores externos.
- El Consejo de Dirección se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constata que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Dirección velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.