



Cuadernos de Derecho y Comercio

65

Consejo General
del Notariado

Junio
2016



Cuadernos de Derecho y Comercio 65

Junio 2016
Revista semestral
Consejo General del Notariado

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

Todos los trabajos publicados son originales.

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

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

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

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

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Jesús Alfaro Águila-Real Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel García Collantes 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 competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de activos esenciales / Competency of general meetings of corporations with respect to essential assets, por <i>José María Navarro Viñuales</i>	13
El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas / The duty of loyalty owed by directors of unlisted companies, por <i>Jesús Martínez-Cortés Gimeno</i>	39
El contenido del acuerdo de la junta general sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital / Contents of general meeting resolutions on corporate action regarding the liability of directors of capital corporations, por <i>Blanca Villanueva García-Pomareda</i>	119
Estado actual de la delegación de facultades en las sociedades de capital / Current situation of the delegation of powers in capital corporations, por <i>M^a Carmen Ortiz del Valle</i>	143
El nuevo voto privilegiado en Italia. Breve comentario al régimen jurídico de las acciones de voto plural y de las loyalty shares introducidas por el decreto-legge, núm. 91, de 24 de junio / New enhanced voting rights in Italy. Multiple voting shares and loyalty shares. A brief overview of the law decree no. 91 of 24 June 2014, por <i>Enrique Gandía Pérez</i>	173

PRÁCTICA JURÍDICA

Doctrina reciente de la dirección general de los registros y del notariado en materia societaria y concursal / Recent philosophy of the directorate-general for public registries and notaries public with respect to corporate law and bankruptcy matters, por <i>Ricardo Cabanas Trejo</i>	207
--	-----

SUMARIO

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

La tributación en el ITP y AJD de las disoluciones de comunidad / Stamp duty taxation for winding up joint partnerships, por <i>Javier Máximo Juárez González</i>	233
---	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho contractual

La protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. en especial, los intereses remuneratorios y los intereses de demora / Consumer protection against abusive clauses in mortgage loans, in particular, those related to ordinary and default interests, por <i>Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i>	253
--	-----

Derecho societario

Comentarios a la resolución de la dgrn de 16 de septiembre de 2015 sobre la revocación del poder otorgado por dos administradores mancomunados / Comments on the resolution by the dgrn dated on september 16th, 2015, on the revocation of the power of attorney granted by two joint administrators, por <i>Jesús Leonart Castro</i>	325
--	-----

Derecho concursal

La responsabilidad de las entidades financieras por las cantidades anticipadas en compraventas de viviendas sin edificar / The liability of financial entities for sums advanced in the purchase of homes prior to construction, por <i>José Antonio Regalado, Álex Nistal Vázquez y David Grasa Graell</i>	335
---	-----

RECENSIONES

FERNÁNDEZ CÁMARA, Cristina: Las estructuras de imputación como criterio delimitador de las responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital, por <i>Alfredo Muñoz García</i>	349
---	-----

ADDENDA.....	353
--------------	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA COMPETENCIA DE LA JUNTA GENERAL DE SOCIEDADES DE CAPITAL EN MATERIA DE ACTIVOS ESENCIALES

JOSÉ MARÍA NAVARRO VIÑUALES

Notario de Zaragoza

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto el recientemente modificado artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de capital, el cual es objeto de un profundo análisis no sólo en cuanto a la nueva competencia atribuida a la junta en materia de los activos esenciales, sino también en cuanto al propio concepto de activo esencial, forma de acreditación del mismo y consecuencias jurídicas de aquellos negocios jurídicos celebrados vulnerando el citado precepto.

Palabras clave: activo esencial, competencia, Junta general, tercero de buena fe, vulneración, negocio jurídico.

COMPETENCY OF GENERAL MEETINGS OF CORPORATIONS WITH RESPECT TO ESSENTIAL ASSETS

JOSÉ MARÍA NAVARRO VIÑUALES

Notary public of Zaragoza

ABSTRACT

The subject of the present article is the recently amended article 160.f of the Capital Corporations Act, which is analysed in depth not only with respect to the new competency attributed to General Meetings in connection with essential assets, but also with regard to the very concept of an essential asset, how this can be accredited, and the consequences in law of entering into legal business in breach of the said precept.

Keywords: essential asset, competency, general meetings, third party acting in good faith, breach, legal business.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COORDINACIÓN ENTRE LAS COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y LAS DE LA JUNTA GENERAL. 1. La autonomía de las respectivas esferas competenciales. 2. Distribución de competencias entre el órgano deliberativo y el órgano representativo. 3. Consecuencias prácticas del citado reparto competencial.—III. EL NUEVO ARTÍCULO 160 F) DE LA LSC. 1. Generalidades. 2. La naturaleza jurídica de la competencia de la Junta general sobre activos esenciales. 3. El artículo 160 f) y la protección a terceros contratantes con la sociedad. A) Planteamiento. B) Calificación del negocio jurídico que vulnere el artículo 160 f) LSC. C) La protección del tercero de buena fe.—IV. OTRAS CUESTIONES. 1. Definición de «activo esencial». A) La ley no define cuándo un activo es esencial. B) La presunción sobre el carácter esencial del activo. C) Activos esenciales y modificaciones en la estructura de la sociedad. 2. Ámbito del precepto. A) Negocios jurídicos a los que se aplica. B) ¿Ha de ser un negocio jurídico entre sociedades? C) El negocio sobre activos, ¿ha de implicar una modificación estructural? 3. El acuerdo de la Junta general sobre activos esenciales. 4. Actuación notarial en relación a la autorización de la escritura sobre activos esenciales. A) Planteamiento. B) Acreditación del carácter del activo. C) La declaración del órgano de administración relativa al carácter del activo.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) en la redacción dada 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, dice lo siguiente:

«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.»

El precepto transcrito plantea una pluralidad de cuestiones que desarrollaremos a continuación.

II. LA COORDINACIÓN ENTRE LAS COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y LAS DE LA JUNTA GENERAL

En este epígrafe analizaremos tres cuestiones: la autonomía de las respectivas esferas competenciales, la distribución de competencias entre el órgano deliberativo y el órgano representativo y las consecuencias prácticas del citado reparto competencial.

1. La autonomía de las respectivas esferas competenciales

a) Se entiende que las competencias del órgano de administración y las del órgano deliberante (Junta general) no son coincidentes, de modo que cada órgano tiene su propia esfera competencial.

Esto es, teóricamente no hay una zona secante, no hay un espacio común que compartan ambos órganos.

Como consecuencia de ello, un acto jurídico, o es competencia de la Junta o lo es del administrador, pero no lo es de ambos simultáneamente. O uno u otro.

b) No obstante, la ley difumina la claridad de tal distinción, ya que, en algún caso concreto, el administrador necesita autorización de la Junta general para poder actuar, luego el administrador es competente, pero sólo si está autorizado por el órgano deliberante.

Así ocurre en el artículo 72 LSC, que, en sede de sociedad anónima, exige que ciertas adquisiciones a título oneroso de la sociedad sean aprobadas por la Junta general de accionistas, si se producen dentro de cierto plazo y su importe fuese al menos de la décima parte del capital social.

Pero, incluso en este caso, quien decide y tiene la iniciativa, quien tiene la competencia para acordar tal adquisición es el órgano de administración, si bien su competencia está limitada por la necesaria aprobación de la Junta general.

No insistimos más, ya que sobre estos temas volveremos más adelante.

2. Distribución de competencias entre el órgano deliberativo y el órgano representativo

Cada órgano tiene su esfera competencial:

- En concreto, a la Junta general le corresponde la facultad de deliberar y acordar sobre las competencias que se le asignan en los artículos 160 y concordantes de la LSC.
- Y en cuanto al órgano de administración, le pertenece la gestión y la representación de la sociedad frente a terceros, en los términos legalmente previstos.

En tal sentido, el artículo 209 LSC, que permanece inalterado tras la reforma de la ley 31/2014, dice:

«Competencia del órgano de administración. — Es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta ley.»

Este artículo hay que ponerlo en conexión con el artículo 234 LSC, que se refiere a la representación del órgano de administración:

«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, aun cuando 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.»

Tal precepto tampoco ha sido modificado por la Ley 31/2014. Además de fijar el ámbito legal de representación del órgano de administración incluye una norma protectora del tercero que contrata con la sociedad.

3. Consecuencias prácticas del citado reparto competencial

a) El principio consagrado en el citado artículo 209, en relación al artículo 234 LSC (la gestión y representación corresponde al órgano de administración), tiene, entre otras, las siguientes consecuencias prácticas:

- La Junta general no puede otorgar ningún tipo de poderes, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 26 de febrero de 1991 y 1 de marzo de 1993.
- Tampoco se admite el acuerdo por el que la Junta general asume la administración de la sociedad hasta que se nombre un nuevo Consejo de Administración, Resolución DGRN de 31 de octubre de 1989.
- No se puede exigir acuerdo de la Junta general para que el órgano de administración pueda ejercitar ciertas facultades, en tanto que no se precise debidamente el alcance meramente interno de la necesidad de autorización de la Junta, Resolución de DGRN de 12 de julio de 1993.
- Es ineficaz frente a tercero la reserva de actos administrativos a favor de la Junta general, Resolución DGRN de 10 de mayo de 1999.

En este caso, un consejero-delegado transmitía un inmueble sin autorización de la Junta general pese a que los estatutos preveían que quedaba «reservada a la Junta general de accionistas la facultad de tomar acuerdos que impliquen actos de enajenación sobre el patrimonio inmueble».

Pues bien, la DGRN alega la ineficacia frente a terceros de cualquier limitación de dichas facultades siempre que se trate de asuntos o actos comprendidos dentro del objeto social. Como la transmisión no era inequívocamente contraria al objeto social, estima el recurso y decreta su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ahora habrá que tener en cuenta el nuevo artículo 161 LSC.

- La compra en nombre de la sociedad por un consejero-delegado con facultades representativas insuficientes no puede ser ratificada por la Junta general, «pues tal órgano carece de facultades para ello, por pertenecer dichas facultades al Consejo de Administración», que es el órgano a quien compete ratificar, Resolución DGRN de 26 de noviembre de 2003.

El fundamento de tal doctrina radica en que la Junta no puede enajenar o adquirir, ya que tales actos son competencia del órgano de administración. Sobre esta cuestión, como veremos, incide directamente el nuevo artículo 160 f) LSC.

- En suma, la Junta general no puede ejercitar las facultades del órgano de administración, y en tal sentido ÁVILA NAVARRO¹, analizando la Resolución DGRN de 24 de abril de 1980 señala lo siguiente:

«La Dirección separa las funciones de la Junta y las del órgano de administración con tres afirmaciones:

- No es inscribible la cláusula escrituraria de que “los administradores estarán investidos de los poderes sociales que la Junta general de socios acuerde concederles”, porque permitiría privarles de algunos, en contravención del [entonces vigente] artículo 11 LSL.
- No puede establecerse en los estatutos que la Junta actúe como órgano de administración, con lo que se dejaría sin efecto “la distinción que la Ley vigente impone entre la existencia de un órgano deliberante y otro de administración, que quiere que sean siempre distintos y cada uno con su esfera de competencia propia”.

¹ ÁVILA NAVARRO, Pedro: *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, Bosch, 2010, tomo I, pp. 55-56.

— El presidente de la Junta no es la persona adecuada para la convocatoria de la Junta, que corresponde a los administradores.»

b) No obstante, ya hemos indicado que, pese a la validez general de los principios expuestos, la Junta general tiene ciertas competencias en materia de gestión y representación, como ocurre en los siguientes casos:

b.1) Aquellos en que los que la ley exige la autorización de la Junta general para que el órgano de administración pueda ejercitar sus facultades representativas.

Un ejemplo ya comentado es el contenido en el artículo 72 LSC, y nos remitimos a lo dicho.

Un segundo ejemplo lo constituye el artículo 162 LSC:

«Concesión de créditos y garantías a socios y administradores.—1. En la sociedad de responsabilidad limitada la Junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores.

2. No será necesario el acuerdo de la Junta general para realizar los actos anteriores a favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo.»

Por tanto, en estos casos, el administrador, para conceder los citados créditos, garantías o asistencia financiera, precisa autorización de la Junta general.

b.2) La actuación del administrador también precisa de autorización o ratificación de la Junta general en aquellos supuestos en que aquél incurra en autocontratación o conflicto de intereses.

Pues bien, la falta de facultades representativas del administrador cuando incurre en autocontratación o conflicto de intereses queda salvada con el acuerdo favorable de la Junta general.

b.3) La Ley 31/2014, en la nueva redacción dada al artículo 161 LSC, también prevé la intervención de la Junta general en asuntos de gestión:

«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.»

La norma transcrita supone un recorte al ámbito competencial del administrador contenido en el artículo 209 LSC.

Por tanto, la ley permite a la Junta general impartir instrucciones o sujetar a su autorización la actuación de los administradores en determinados asuntos, incluyendo los más importantes.

En nuestra opinión, dicho precepto deja sin efecto la doctrina de la DGRN contenida en la Resolución de 12 de julio de 1993 y aquellas concordantes con la misma, que ya hemos comentado anteriormente. Por ello, la necesidad de autorización de la Junta general para que el administrador pueda verificar ciertos actos podrá ser inscrita en el Registro Mercantil.

De todas formas, el artículo deja a salvo lo dispuesto en el artículo 234 LSC, sobre definición del ámbito legal de la representación del órgano de administración y protección del tercero de buena fe y sin culpa grave. Luego esta exigencia de autorización de la Junta general no afectaría al tercero de buena fe: su eficacia sería meramente interna (tan sólo entre administrador y sociedad), si bien cabría alegar que sí sería oponible y tendría eficacia externa frente a tercero de mala fe.

b.4. El objeto social es otro límite al ámbito de representación del administrador social, ya que sus facultades representativas no se extienden a los actos o contratos que sean ajenos o contrarios al mismo (art. 234.1 LSC).

Así ocurre, por ejemplo, con la donación. La sociedad puede hacer donaciones, ya que tiene capacidad general de obrar. Ahora bien, la donación pura y simple desvirtúa el objeto social, ya que es contraria al ánimo de lucro de la sociedad. Por tanto, el administrador no tiene facultades para donar, salvo que tenga autorización de la Junta general.

Pues bien, desde el punto de vista competencial, el supuesto de enajenación de activos esenciales resultaría equiparable al de los actos contrarios al objeto social estatutario.

En efecto, si un activo es esencial para el cumplimiento del objeto social, entonces su disposición impediría a la sociedad cumplir su finalidad, por lo que sería un acto contrario al mismo. Y, dado que el administrador no tiene facultades para verificar actos contrarios al objeto social, para tal disposición contraria al mismo necesitará la autorización de la Junta general.

De acuerdo con lo expuesto, ya con anterioridad a la reforma 31/2014, el administrador carecía de facultades dispositivas sobre activos esenciales, en cuanto que su disposición es un acto contrario al objeto social, por lo que precisaba autorización de la Junta general.

Por ello, la reforma legal lo que ha hecho es reconocer expresamente una situación ya existente y ampliar tal supuesto a los casos de adquisición.

Ahora bien, pese a todas las excepciones apuntadas, insistimos en que la regla general es que la representación es competencia del órgano de administración y que la Junta general no es órgano de representación, sino deliberante.

III. EL NUEVO ARTÍCULO 160 F) DE LA LSC

1. Generalidades

Tras la citada reforma del artículo 160 f) LSC, la competencia para acordar la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales corresponde, no al órgano de administración, sino a la Junta general.

Por tanto, en principio, la competencia del órgano de administración frente a terceros sufre una restricción.

Todo ello puede plantear un problema de seguridad jurídica.

Según como se interprete tal norma, podría debilitarse la protección del tráfico jurídico dinámico. El tercero de buena fe que contrata con la sociedad podría ver frustrada la adquisición o transmisión en la que es parte. Y ello incluso aunque se inscribieran en el Registro de la Propiedad, ya que el tercero sería parte en un negocio nulo o inexistente (artículo 1.259.2 Código civil), por lo que se aplicaría el artículo 33 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), todo ello sin perjuicio de que aparezca un subadquirente que inscribiera, ya que éste sí quedaría protegido ex artículo 34 LH.

Para evitar lo anteriormente expuesto, el artículo 160 f) LSC ha de ser interpretado de un modo que no disminuya la protección de terceros de buena fe en el tráfico jurídico. En tal sentido, el artículo 234 LSC juega un papel decisivo. Más adelante nos ocuparemos de este tema.

2. La naturaleza jurídica de la competencia de la Junta general sobre activos esenciales

¿Cómo hemos de entender la competencia legal de la Junta general sobre activos esenciales?

En principio, tal atribución legal puede ser conceptuada de dos formas, y cada una de ellas conduce a distintas consecuencias jurídicas.

a) La Junta general autoriza el negocio jurídico del administrador.

En primer lugar, cabe entender que la ley no altera la regla general sobre administración de la sociedad, de modo que es el administrador quien tiene la competencia para hacer negocios jurídicos con terceros, pero supeditada a la necesaria autorización o aprobación de la Junta general para que dicho negocio sea válido.

Esto es, quien decide vender, aportar o comprar sigue siendo el administrador, y la autorización de la junta general es una *conditio iuris*, un elemento integrante de la validez del negocio.

Esta solución no distorsiona los principios generales de la sociedad de capital. El administrador administra (vende, compra, aporta), y la Junta general, si lo desea, autoriza al administrador.

Por tanto, tal y como ya hemos visto, el funcionamiento de la autorización de la Junta general sería análogo al previsto en el artículo 72 LSC o a los casos en que salva la autocontratación en que incurra el administrador.

De hecho, en la práctica notarial, cuando un administrador vende o compra un activo esencial no suele formalizarse como una escritura de elevación a público de un acuerdo de la Junta general. Por el contrario, en la escritura comparece el administrador que vende o compra con autorización de la Junta general. Esto es, se formaliza como si quien acuerda es el administrador y quien autoriza lo acordado por aquél es la Junta general: el administrador no dice que eleva a público el acuerdo de ésta, sino que directamente actúa, eso sí, autorizado por la Junta general.

Tal modo de actuar notarial apoyaría esta primera tesis.

Veamos ahora otro modo de enfocar el asunto.

b) La Junta general tiene la competencia sobre tal materia.

No es que el administrador acuerde y la Junta general lo autorice. Por el contrario, la Junta general acuerda, y el administrador se limita a ejecutar tal acuerdo.

La redacción del precepto legal apoya esta tesis.

En efecto, la ley se refiere, no a una autorización, sino a una competencia: «*Es competencia de la Junta general deliberar y acordar...*».

Por tanto, de conformidad con el tenor literal de la ley, no estamos ante una mera autorización, sino ante una atribución legal de competencia, de modo que el

único órgano facultado para acordar tal adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales, lo es la Junta general.

Es cierto que, en el otorgamiento de la escritura pública de adquisición, enajenación o aportación, comparecerá ante notario el administrador, pero técnicamente estaríamos ante la elevación a público del acuerdo de otro órgano —la Junta general—, otorgando la correspondiente escritura. Nada más. Sería análogo a la comparecencia notarial del administrador para elevar a público un acuerdo de la Junta general acordando, por ejemplo, un aumento de capital social: el administrador no acuerda el aumento de capital social, tan sólo lo eleva a público, ya que quien lo acuerda es la Junta general.

Es más, en coherencia con lo expuesto, si la sociedad tiene concedido un poder para elevar a públicos acuerdos sociales a favor de una persona que no es administrador (artículo 108.3 Reglamento del Registro Mercantil), tal persona podría ser quien compareciera ante notario para otorgar la escritura de elevación a público de la venta o compra de un activo esencial. No obstante, tal y como hemos dicho, en la práctica notarial quien comparece es el administrador provisto del certificado que documenta el acuerdo de aprobatorio de la Junta general.

Así, de conformidad con esta segunda tesis, el órgano de administración queda desprovisto de tal facultad en favor de la Junta.

Pero, tal y como hemos anticipado, quizá ello no sea tan novedoso.

Fijémonos en que, ya con arreglo a la anterior redacción legal, el administrador carecía de facultades representativas para enajenar por sí solo activos esenciales. La enajenación de un activo esencial, en cuanto impida o dificulte gravemente a la sociedad cumplir su objeto social, es un acto contrario al mismo. Y el administrador no puede otorgar actos contrarios al objeto social sin autorización de la Junta general (todo ello sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe).

Si tal planteamiento es correcto, la reforma legal tendría un doble contenido:

- En cuanto a la enajenación y aportación de activos esenciales, el administrador siempre ha necesitado autorización judicial: la reforma se limitaría a hacer explícito que la competencia corresponde a la Junta general.
- En cuanto a la adquisición de activos esenciales, la reforma priva de competencia al órgano de administración en favor de la Junta general. Esta es la parte que nos parece más novedosa.

La Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, que da su nueva redacción al artículo 160 f) LSC, expresamente declara que una de las finalidades de la reforma es ampliar las competencias de la Junta general.

3. El artículo 160 f) y la protección a terceros contratantes con la sociedad

A) Planteamiento

Si entendemos que la segunda tesis es la correcta, de modo que el artículo 160 f) LSC supone una limitación legal al ámbito de competencias del órgano de administración (contenido en el artículo 234.1 LSC), hay que precisar cuál es la protección que ha de recibir el tercero que contrata sobre activos esenciales con el órgano de administración de la sociedad sin que exista acuerdo favorable de la Junta general.

En efecto, el administrador tiene poder de representación para todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, pero, entre dichos actos, por ley no se incluyen la enajenación, adquisición o aportación de activos esenciales.

Entonces, dado que el administrador carece de competencia para concertar tales negocios jurídicos, se trata de precisar si el tercero de buena fe que contrata con la sociedad está o no protegido.

La situación es particularmente delicada por una doble razón:

- Si respondemos que, tratándose de activos esenciales, el artículo 234 LSC no se aplica al tercero de buena fe que contrata con la sociedad, debilitamos gravemente la seguridad del tráfico jurídico.
- Y lo preocupante es que cuando la ley ha querido proteger al tercero, así lo ha dicho de modo expreso.

Por ejemplo, en el artículo 161 LSC, que da entrada a la Junta general en el ámbito de gestión, expresamente salva la aplicación del artículo 234 LSC, por lo que explícitamente protege a terceros de buena fe. Lo mismo ocurre con el artículo 1320 del Código civil, sobre manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter habitual de la vivienda: se deja a salvo al tercero de buena fe.

Por el contrario, y a diferencia de los casos anteriores, en el supuesto contemplado en el artículo 160 f) LSC no se indica que sea aplicable el artículo 234 LSC. No se dice que la declaración errónea o falsa del administrador sobre el carácter esencial del activo no perjudica a tercero, lo cual constituye una grave omisión del legislador.

Para resolver adecuadamente la cuestión planteada, hemos de solventar un tema previo.

B) Calificación del negocio jurídico que vulnera el artículo 160.f) LSC

Si el administrador, sin acuerdo favorable de la Junta general, enajena/adquiere/aporta un activo esencial, dado que carece de competencia para ello, el negocio concertado es subsumible en el artículo 1259.2 del Código civil:

«El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.»

Por tanto, en este caso, el negocio concertado por el administrador es nulo, como dice el precepto, o mejor inexistente, ya que el acto nulo no es ratificable (tan sólo es susceptible de conversión, en los casos legalmente previstos), mientras que el citado artículo admite la ratificación. Por ello, porque es inexistente pero no nulo, una vez recaído en tiempo adecuado el consentimiento omitido (en eso consiste la ratificación), el negocio hecho sin representación queda válidamente perfeccionado.

Concluimos que, en el supuesto analizado, el tercero que contrata con la sociedad es parte en un negocio jurídico, siquiera provisionalmente, inexistente.

C) La protección del tercero de buena fe

Si el administrador no es competente, el negocio que verifica carece del consentimiento de una de las partes contratantes, la sociedad. Ya hemos dicho que el negocio es inexistente, pero ello no significa que no deba producir efectos respecto al tercero de buena fe que contrata con la sociedad.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico hay diversos casos de protección del tercero civil de buena fe, que provocan que el negocio jurídico devenga eficaz:

- Así, en el ámbito de la representación voluntaria, los artículos 1.734 y 1.738 del Código civil protegen al tercero de buena fe que contrata con un apoderado cuyo poder está extinguido.

La falta de representación es un vicio del negocio, pero tal vicio cesa por disposición legal, y el negocio deviene válido en beneficio del tercero de buena fe.

- Y, en el ámbito de la representación orgánica, lo mismo ocurre con el artículo 234 LSC: el tercero de buena fe y sin culpa grave que contrata con la sociedad queda protegido aunque el administrador actúe sin facultades representativas.

Si consideramos aplicable este precepto en materia de activos esenciales, aunque la competencia sobre ellos corresponda a la Junta general, el tercero de buena fe que contrata con un administrador social que carece de facultades representativas puede quedar protegido en su enajenación, adquisición o aportación. No es que el administrador tenga facultades, es que, pese a no tenerlas, el negocio deviene válido por aplicación de una norma sobre protección del tráfico jurídico.

Tal es el criterio de la DGRN en Resoluciones de 26 de junio y 23 de octubre de 2015.

Ambas resoluciones, que comparten idénticos fundamentos jurídicos, señalan que, en el supuesto previsto en el artículo 160 f) LSC, el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido en base al artículo 234.2 LSC.

Esto es, la falta de facultades representativas del administrador no impide que el negocio sobre activos esenciales resulte válido, siempre que el tercero lo sea de buena fe y no tenga culpa grave. Por lo demás, el tercero a que se refiere es un tercero civil, ya que es parte en el negocio (es adquirente o transmitente). En cuanto a la buena fe entendemos que por sí ya implica la inexistencia de culpa grave.

La DGRN fundamenta su criterio en la sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril [que es previa a la reforma 31/2014], en la que, según nos dice la resolución:

«... Los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la Junta. Señala [la sentencia] que “excede del tráfico normal de la empresa dejarla sin sus activos, sin autorización de la junta general para este negocio de gestión extraordinario”. Primero, porque la sociedad no se dedicaba a nada más que a las actividades realizadas a través de esos activos. En segundo lugar, porque la enajenación equivalía a una modificación del objeto social. Y lo fundamental de esta sentencia es que en el caso concreto no casa la sentencia recurrida por entender que prevalece “la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los consejeros-delegados [art. 129.2 LSA (actual 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital)], aplicable por una clara razón de analogía.»

Luego ya antes de la reforma 31/2014, el TS entendía que el administrador carecía de facultades para disponer de activos esenciales (en este caso se disponía de todo el activo de la sociedad), pero que, pese a ello, procedía la protección del tercero de buena fe y sin culpa grave que contrata con el administrador, por la

norma de protección que cita [entonces 129 LSA, hoy 234 LSC], aplicable por analogía.

En nuestra opinión, la aplicación del artículo 234.2 LSC no lo es por analogía, sino de modo directo.

De esta manera, se protege el tráfico jurídico. Ahora bien, si el tercero no tiene buena fe, entonces carece de protección y resultaría aplicable el artículo 1.259.2 del Código civil.

Entendemos que no hay buena fe en los casos en que el tercero conoce que administrador carece de facultades representativas.

IV. OTRAS CUESTIONES

1. Definición de «activo esencial»

A) La ley no define cuándo un activo es esencial

Por nuestra parte, definimos «activo esencial» como aquel elemento integrante del patrimonio de la sociedad que resulta imprescindible para el cumplimiento del objeto social.

Puede ser un elemento material (por ejemplo, inmuebles) o inmaterial (así, el fondo de comercio).

B) La presunción sobre el carácter esencial del activo

El artículo 160 f) LSC nos dice que «... *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*».

La ley emplea un criterio cuantitativo, pero, insistimos, no para definir, sino para presumir el carácter esencial.

Ahora bien, el activo es esencial si resulta necesario para el cumplimiento del objeto social, y ello con independencia de que su valor supere o no dicho porcentaje.

Por tal razón, la presunción legal tiene carácter *iuris tantum*, de modo que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario. Todo ello implica una labor interpretativa, ya que puede haber activos esenciales cuyo valor sea inferior al

citado porcentaje y otros activos que, pese a superar tal umbral, no sean esenciales.

Pondremos un ejemplo. Imaginemos una sociedad dedicada a crear programas informáticos que tiene en su patrimonio, por el título que sea, una finca rústica con melocotoneros. Tal finca supone el 75 por 100 del valor de sus activos, según el último balance aprobado. Pues bien, pese a tan elevado porcentaje, la finca no es un activo esencial de la sociedad, ya que no es precisa para el cumplimiento del objeto social. La competencia para verificar su enajenación, con independencia de cuál sea su valor, no corresponderá a la Junta general, sino al órgano de administración.

Claro está que notarios y registradores normalmente carecerán de medios para averiguar si el activo es o no esencial, salvo en casos evidentes.

Por lo demás, la referencia al último balance aprobado plantea dificultades si, por ser una sociedad de reciente creación, la sociedad todavía no ha tenido ocasión de aprobar ningún balance.

O también puede ocurrir que el último balance aprobado ya no refleje la situación patrimonial de la sociedad al tiempo de verificar un negocio sobre activos esenciales: por ejemplo, si las cuentas de la sociedad llevan varios años sin ser aprobadas.

C) Activos esenciales y modificaciones en la estructura de la sociedad

Tal y como ya hemos apuntado, la Exposición de Motivos de la ley 31/2014 vincula activo esencial y modificación estructural. Recordémosla:

«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.»

Son modificaciones estructurales la transformación, fusión, escisión y la cesión global de activo y pasivo. También podemos incluir, por tener un efecto similar, la sustitución o alteración del objeto social y la liquidación social.

Luego, conforme a lo visto, la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales debería ser de tal importancia que sus efectos fueran similares a las citadas modificaciones estructurales. Tal criterio interpretativo reduciría los negocios sujetos al artículo 160 f) LSC.

Sin embargo, tal y como hemos apuntado, la DGRN no vincula activo esencial y modificación estructural. Tampoco lo hace el texto de la norma, aunque sí la exposición de motivos.

2. **Ámbito del precepto**

A) *Negocios jurídicos a los que se aplica*

De conformidad con la ley, se aplica a tres supuestos: la «*adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales*».

Además analizaremos cinco negocios jurídicos que merecen una reflexión adicional:

i) Cabe plantear si el artículo 160 f) LSC es también aplicable a la constitución de hipoteca u otra garantía real sobre un activo esencial:

- En contra de su aplicación, cabe señalar que el citado artículo es una norma excepcional, que por ello ha de ser objeto de interpretación restrictiva y que su tenor literal no incluye la constitución de cargas o gravámenes reales.

Además, el carácter de activo esencial puede existir al tiempo de constituirse una hipoteca, pero no al tiempo de ejecutarla, entonces, ¿qué momento hemos de tomar en consideración?, ¿la constitución, la inscripción, la ejecución?

- A favor se argumenta que, si se constituye una garantía real sobre un activo esencial, en caso de incumplimiento de la obligación principal, la ejecución de la garantía supone la venta de la cosa en subasta pública. Luego la constitución de la garantía puede terminar en enajenación, por lo que procede aplicar dicho precepto. La constitución de hipoteca o garantía real es un acto de enajenación, entendido éste en sentido amplio.

Fijémonos que el perjuicio a la sociedad como consecuencia de la enajenación de un activo esencial es idéntico, sea la venta voluntaria o sea derivada de una ejecución hipotecaria o pignoraticia.

Concluyendo, parece más prudente aplicar el artículo 160 f) LSC a la constitución de garantías reales sobre activos esenciales.

ii) También plantea dudas el ejercicio de la opción de compra en un arrendamiento financiero (*leasing*) recayente sobre un activo esencial.

Imaginemos que la sociedad es arrendataria financiera de un activo esencial. Si ahora, ya bajo la vigencia de la ley 31/2014, dicha sociedad quiere ejercitar la opción de compra del *leasing*, ¿cuál es el órgano competente para tomar tal decisión, la Junta general o el administrador?

En nuestra opinión, la competencia corresponde al órgano de administración, y no a la Junta general.

De entrada, en el ejercicio de la opción de compra, el precio que se paga es el importe de una cuota, por lo que tal importe será inferior al 25 por 100 del valor de los activos societarios.

Lo que sí constituye un negocio jurídico sobre activos esenciales es la constitución del arrendamiento financiero, pero no el ejercicio de la opción al término del mismo.

Fijémonos que tal ejercicio es una mera consolidación de una adquisición que se inicia al constituir el *leasing*. En tal sentido, recordemos que, para una importante línea doctrinal, la naturaleza jurídica del *leasing* es la correspondiente a una adquisición con precio aplazado.

Además, lo que puede privar a la sociedad de un activo esencial no es el ejercicio, sino la falta de ejercicio de la opción. Quizá el administrador necesite autorización de la Junta general, no tanto para ejercitar la opción de compra, sino para no ejercerla (y perder la cosa).

Por tanto:

- La competencia para la constitución de un arrendamiento financiero sobre un activo esencial corresponde a la Junta general, ex artículo 160 f) LSC.
- Pero la competencia para ejercitar la opción corresponde al órgano de administración. Es la decisión de no ejercitarla la que, por suponer la privación del activo esencial, debe corresponder a la Junta general.

iii) La enajenación de un activo esencial por una sociedad concursada.

a) Si el concurso de acreedores es voluntario, y estamos en la fase previa a la aprobación del convenio, el órgano de administración mantiene sus facultades representativas (artículo 40.1 Ley Concursal) y la Junta general continúa siendo titular de las suyas sobre los activos esenciales.

Por ello, el administrador de la sociedad, para formalizar la enajenación o adquisición de un activo esencial, precisará el acuerdo de la Junta general, y además, dada la situación de concurso, el consentimiento de la administración concursal, más la autorización judicial si procede (art. 43 Ley Concursal).

b) Si la sociedad concursada ya está en fase de liquidación:

La competencia en este caso no corresponde a la Junta general, sino al órgano de representación de la sociedad, que en este caso lo constituye la administración concursal, en su caso con autorización judicial.

Los argumentos que sustentan tal respuesta son los siguientes:

- Si la sociedad concursada está en fase de liquidación, ningún activo puede ser esencial para el cumplimiento del objeto social, ya que no existe propiamente un objeto social, sino una mera finalidad liquidatoria. Lo que hay es la obligación de cumplir con el plan de liquidación con el fin de lograr pagar a los acreedores.
- El órgano de administración social ya no tiene facultades representativas (artículo 145.3 Ley Concursal). Correlativamente, la Junta general también pierde sus facultades sobre activos esenciales, pues la competencia en esta fase corresponde en exclusiva a la administración concursal.
- La administración concursal tiene cobertura judicial, pues actuará en cumplimiento de un plan de liquidación aprobado judicialmente (art. 149 Ley Concursal), o bien tendrá una autorización judicial específica para que el administrador concursal pueda concertar la enajenación de que se trate (como ocurre en el supuesto regulado en el artículo 155 Ley Concursal).

iv) ¿Se aplica a la sociedad en formación lo dispuesto en el artículo 160 f) LSC?

- En contra cabría razonar que el precepto se aplica únicamente a las sociedades anónima y limitada (y también a la sociedad comanditaria por acciones, artículos 1.3 y 3.2 LSC: es una sociedad de capital y se le aplican subsidiariamente las normas de la sociedad anónima).

Pues bien, antes de la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, la sociedad constituida, aunque tenga personalidad jurídica, no es todavía anónima o limitada, ya que tal carácter se adquiere por la inscripción en dicho Registro.

- A favor, cabe apuntar que, con carácter previo a la inscripción en el Registro Mercantil, ya existe un ente social con personalidad jurídica que puede enajenar, adquirir y aportar, y que tiene un objeto social que cumplir. La necesidad de que el órgano deliberante controle al órgano de administración, en materia de activos esenciales, existe tanto antes como después de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Por ello, consideramos más acertada la opinión que considera que el precepto es aplicable a la sociedad en formación.

v) Representación voluntaria y artículo 160 f) LSC: facultades representativas de los apoderados en relación a los activos esenciales:

— El artículo 160 f) LSC limita la facultad del administrador para otorgar poderes, ya que las facultades que confiera a los apoderados para adquirir, enajenar o aportar bienes no pueden incluir aquellos que tengan el carácter de activos esenciales: si el administrador necesita acuerdo de la Junta general, su apoderado también.

En efecto, el administrador no puede conferir un poder con facultades que no tiene. Por ello, no puede facultar al apoderado para enajenar, adquirir o aportar un activo esencial.

Es una manifestación del principio «lo que no puede hacer el administrador por sí, tampoco puede hacerlo por medio de su apoderado». La posición jurídica del apoderado no puede ser más ventajosa que la del administrador.

— ¿Qué ocurre con los poderes otorgados antes de que entrara en vigor la Ley 31/2104?

También se ven afectados por lo dispuesto en el artículo 160 f) LSC, de la misma manera que los administradores ven restringidas sus facultades aunque hayan sido nombrados con anterioridad a la citada reforma legal.

No es una aplicación retroactiva de la nueva norma. Sencillamente, ésta se aplica a los negocios jurídicos sobre activos esenciales que se celebren con posterioridad a su entrada en vigor, con independencia de la fecha del poder.

Dos observaciones adicionales:

- El apoderado, al tiempo de otorgar la escritura, deberá formular ante notario la declaración sobre el carácter esencial o no del activo objeto de la escritura de que se trate.
- El administrador puede conferir al apoderado facultades sobre activos esenciales si existe un acuerdo de la Junta general en tal sentido. Y el apoderado no autorizado, con carácter previo puede ejercitar las facultades de su poder sobre activos esenciales si la Junta general, con posterioridad al otorgamiento del poder, así lo acuerda.

B) *¿Ha de ser un negocio jurídico entre sociedades?*

Dado el tenor literal del precepto, «*la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales*», se ha planteado si tales actos nece-

sariamente tenían que concertarse entre sociedades, quedando fuera del supuesto de hecho los celebrados con particulares.

Tal criterio, que tiene cierto apoyo gramatical, fue invocado en los dos recursos gubernativos que culminaron en las citadas resoluciones de la DGRN. Sin embargo, tal argumento no fue tenido en cuenta, por lo que al parecer, según el criterio del centro directivo, el supuesto de hecho de la norma no exige que la operación jurídica lo sea entre sociedades.

C) El negocio sobre activos, ¿ha de implicar una modificación estructural?

Ya hemos mencionado esta cuestión anteriormente. Haremos una referencia adicional.

En la Resolución DGRN de 26 de junio de 2015, el notario recurrente —Enrique VILILLA—, citando la exposición de motivos de la ley 31/2014, indicó que el artículo 160 f) tan sólo se refería a operaciones realizadas entre sociedades mercantiles que excedan del tráfico ordinario de la gestión social y sean similares a una modificación estructural, bien porque impliquen una alteración del objeto social o una liquidación total o parcial de la sociedad.

Tal argumento nos parece sólido, ya que una distorsión tan notable en los principios configuradores de la sociedad de capital, como lo es la alteración del sistema de competencias entre Junta general y órgano de administración, debería estar únicamente reservada para actos particularmente relevantes.

Sin embargo, al resolver el recurso, la DGRN ignoró esta línea argumental.

3. El acuerdo de la Junta general sobre activos esenciales

a) Acuerdo sobre un negocio jurídico concreto y determinado

Es el supuesto normal.

La Junta general, en ejercicio de la competencia que le corresponde, tomará, si lo estima conveniente, el acuerdo favorable a la celebración de un negocio jurídico sobre adquisición, enajenación o aportación a sociedad de un activo esencial.

Y el administrador habrá de elevar a público tal acuerdo, formalizando la oportuna escritura (de venta, compra, hipoteca...).

b) Acuerdo de carácter general

Cabe plantearnos si será posible que la Junta general de la sociedad autorice con carácter general al órgano de administración la enajenación/adquisición/aportación de activos esenciales.

Por ejemplo, mediante la adopción de un acuerdo del siguiente tenor:

«La Junta general autoriza de forma anticipada al órgano de administración para la adquisición/enajenación/aportación de activos esenciales durante todo el año 2016.»

Pues bien, entendemos que tal acuerdo de índole general no es admisible por estas razones:

- La Junta general ha de decidir a la vista de las circunstancias del caso concreto de que se trate. Se trata de resolver si es conveniente cierto negocio sobre un activo esencial en ese particular momento para el cumplimiento del objeto social. El acuerdo no puede tomarse en abstracto, sino en conexión con las concretas circunstancias de cada caso.
- Si respondiéramos afirmativamente, por vía indirecta se estaría transfiriendo la competencia sobre activos esenciales al órgano de administración. Todo ello supondría una dejación de sus funciones legales por parte de la Junta general, incluso aunque tal transferencia fuera revocable.

c) Pacto estatutario que atribuye la competencia al órgano de administración

Cabe plantear si es posible una cláusula estatutaria que atribuya la competencia sobre los activos esenciales al órgano de administración.

La respuesta depende del carácter imperativo o no del artículo 160 f) LSC.

Por nuestra parte, entendemos que tal cláusula estatutaria no es admisible. Los argumentos son los siguientes:

- Una de las finalidades de la Ley 31/2014 es limitar las competencias del órgano de administración trasvasando algunas de ellas a la Junta general. Si considerásemos que el artículo 160 f) LSC es una norma dispositiva y admitiéramos un pacto estatutario en contra, estaríamos debilitando el control de la Junta general sobre el órgano de administración. Luego iríamos en contra de lo pretendido por la ley.
- Si la enajenación de un activo esencial es un acto contrario al objeto social, la norma estatutaria estaría facultando al órgano de administración para verificar por sí solo actos contrarios al mismo.

- Finalmente, no cabe alterar la competencia legal de los órganos societarios mediante un pacto entre los socios, ya que las normas reguladoras sobre tal competencia forman parte de los principios configuradores de la sociedad de capital (artículo 28 LSC). Por ello tienen carácter imperativo.

4. Actuación notarial en relación a la autorización de la escritura sobre activos esenciales

A) Planteamiento

¿Cuál ha de ser la actuación del notario al autorizar una escritura recayente sobre un elemento patrimonial en la que una sociedad es quien adquiere, enajena o aporta?

En el terreno de los principios se plantea la siguiente alternativa:

- O bien exigir la *acreditación* ante notario del carácter de activo esencial (o la falta del mismo).

En este caso, el notario ha de reclamar la documentación contable que permita acreditar tal circunstancia, o exigir el pronunciamiento de la Junta general.

- O bien considerar suficiente la *declaración* del órgano de administración sobre el carácter del activo.

Así, el notario recibe la declaración del administrador y la traslada a la escritura.

Veamos las dos tesis expuestas.

B) Acreditación del carácter del activo

De acuerdo con esta tesis, se exige acreditar en cada caso que el objeto de la escritura es, o no es, un activo esencial, acudiendo para ello a la contabilidad social.

Los representantes de la sociedad habrían de presentar los documentos contables necesarios para acreditar el carácter del activo. Tal análisis lo podría hacer el notario bajo su responsabilidad, si tiene conocimientos técnicos suficientes y, si no es así, exigir el informe de un técnico competente.

Esta solución supondría, en la práctica, que cada enajenación o disposición societaria viniera acompañada del correspondiente informe pericial contable, lo que ralentizaría gravemente el tráfico jurídico.

Además, tales actuaciones, pese a lo costosas y lentas que son, no resultarían decisivas. En efecto, el carácter esencial de un activo no es una cuestión contable, sino funcional: no depende tanto de su valor (la cifra del 25 por 100 del valor de los activos es sólo orientativa, una mera presunción) como de su necesidad para el cumplimiento del objeto social.

Saber si el activo supera o no el límite del 25 por 100 no es suficiente. Lo importante es saber si es o no necesario para lograr el fin social pretendido. Por tanto, esta vía argumental no parece adecuada.

Una segunda posibilidad en esta línea maximalista sería exigir en cada caso el pronunciamiento expreso de la Junta general sobre el carácter esencial o no del activo.

Pero tal solución es excesivamente rigorista, por lo que de nuevo se vulneran las necesidades del tráfico jurídico. Fijémonos que la convocatoria de una Junta general puede ser lenta —hay plazos que respetar—, cara —si hay anuncios— y la asistencia a la misma puede resultar gravosa para los socios tanto en tiempo como en desplazamientos.

No tiene sentido exigir la convocatoria de la Junta general de la sociedad incluso en la más nimia de sus enajenaciones o adquisiciones.

C) La declaración del órgano de administración relativa al carácter del activo

Por todo lo anterior, nos parece más acertada la segunda tesis, en virtud de la cual el representante de la sociedad formula la declaración oportuna sobre el carácter del activo, y el notario la plasma en la escritura y actúa en consecuencia.

Este criterio tiene el apoyo de la DGRN.

En efecto, en las dos resoluciones citadas nuestro centro directivo analiza con detalle tanto la actuación del notario al autorizar, como la del registrador al inscribir, un negocio sobre activos esenciales.

A continuación exponemos su doctrina, ocupándonos tanto del notario como del registrador de la propiedad.

a) La actuación del notario

La DGRN parte de la base de que es muy difícil apreciar *a priori* si un determinado acto compete a la Junta general —por recaer sobre un activo esencial— o al órgano de administración, por no hacerlo.

Y no se puede imponer al tercero que contrata con la sociedad la carga de investigar la conexión que pudiera existir entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Además hay que descartar interpretaciones de la norma que impidan la imprescindible agilidad del tráfico.

Si el notario, por la razón que sea, pudiera tener conocimiento cierto del carácter del activo, puede actuar bajo su responsabilidad. Pero tal conocimiento, nos dice la DGRN, será muy infrecuente, ya que aquél normalmente carecerá de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para poder apreciar si la escritura que autoriza tiene o no por objeto activos esenciales.

Por ello, el notario cumplirá su deber observando este doble requisito:

- Informando a los comparecientes de modo diligente sobre el régimen jurídico del acto que recae sobre activos esenciales, reflejando en la escritura pública las circunstancias necesarias para constatar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad.
- Y, en línea con lo apuntado, será suficiente que el notario transcriba en la escritura pública la manifestación del órgano de administración sobre el carácter o no de activo esencial.

También puede ser bastante la aportación del certificado de la Junta general en que se documenta el acuerdo favorable a la celebración del negocio sobre activos esenciales. Entendemos que la firma de tal certificado deberá estar legitimada notarialmente y resulta conveniente unirlo a la matriz.

Continúa la DGRN en los siguientes términos: «Cabe concluir... que... debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o [la] manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de velar por la adecuación del negocio a la legalidad que tiene encomendado...»

b) En cuanto al registrador de la propiedad:

Dice la DGRN: «... Sólo cuando, según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado, pueda apreciar el carácter esencial de los acti-

vos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo, pues en ninguna norma se impone dicha manifestación, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que se exige determinada manifestación del otorgante y la falta del requisito establecido (como, por ejemplo, la manifestación sobre la falta de carácter de vivienda habitual de la familia —artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 1320 de Código civil—, la inexistencia de arrendamiento de la finca vendida, según los artículos 25.5 de la Ley de Arrendamiento[s] Urbanos y 11.1 de la Ley de Arrendamientos rústicos, etc.), constituye impedimento legal para la práctica del asiento».

Además, la DGRN considera que la manifestación del administrador sobre el carácter del activo no puede considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 234.2 LSC).

Por tanto, la omisión de esta manifestación expresa sobre el carácter o no de activo esencial no es por sí defecto que impida la inscripción, sin perjuicio de que el registrador pueda 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).

En nuestra opinión, sólo en un caso de evidente mala fe del tercero que contrata con la sociedad puede el registrador denegar la inscripción por falta de mención del carácter del activo.

*(Trabajo recibido el 26/02/2016
y aceptado para su publicación el 04/04/2016)*

EL DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES NO COTIZADAS

JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO
Notario de Valladolid

RESUMEN

La Ley 31/2014 ha reforzado el régimen normativo del deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital. El establecimiento de unas obligaciones genéricas, la prohibición *a priori* de determinadas conductas, la especificación de las personas vinculadas y la clarificación del régimen de la dispensa han supuesto una auténtica ruptura respecto a la regulación anterior.

Palabras clave: deber de lealtad, conflicto de intereses, autocontrato, conductas prohibidas, operaciones vinculadas, personas vinculadas, distribución de competencias, dispensa, autorización, estatutos, Consejo de administración, quórum.

THE DUTY OF LOYALTY OWED BY DIRECTORS OF UNLISTED COMPANIES

JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO
Notary public of Valladolid

ABSTRACT

Law 31/2014 has strengthened the regulatory regime regarding the duty of loyalty owed by directors of corporations. The establishment of general obligations, the *a priori* prohibition on certain behaviours, the specification of related persons and the clarification of the dispensation regime have implied a real break with respect the previous regulation.

Keywords: duty of loyalty, conflict of interest, self-contracting, prohibited behaviour, related transactions, related persons, distribution of powers, dispensation, authorization, articles of association, board of directors, quorum.

SUMARIO: I. EL DEBER DE LEALTAD. 1. Antecedentes de la regulación actual. 2. Concepto. A) Definición y distinción de otros deberes. B) Aplicabilidad directa. C) Importancia de la equidad en su aplicación.—II. OBLIGACIONES BÁSICAS DEL ADMINISTRADOR LEAL. 1. No ejercicio del cargo con fines distintos de los pretendidos. 2. Deber de guardar secreto. 3. Deber de abstención. 4. Principio de independencia. 5. Evitar conflictos de intereses.—III. CONDUCTAS CONCRETAS QUE EL ADMINISTRADOR LEAL DEBE ABSTENERSE DE REALIZAR. 1. Realizar transacciones con la sociedad. 2. Utilizar el nombre de la sociedad o su condición de administrador para operaciones privadas. 3. Hacer uso de los activos sociales con fines privados. 4. Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad. 5. Obtener ventajas o remuneraciones asociadas al desempeño de su cargo. 6. Desarrollar actividades competitivas.—IV. CONFLICTO DE INTERESES Y PERSONAS VINCULADAS. 1. Personas vinculadas y control notarial de legalidad. 2. Deber de lealtad, sociedades participadas y grupos de sociedades: la doctrina de las ventajas compensatorias. 3. Extensión de la prohibición de realizar operaciones vinculadas a los representantes voluntarios de la sociedad.—V. OBLIGACIÓN DE COMUNICAR LA SITUACIÓN DE CONFLICTO. 1. Requisitos de la comunicación.—VI. OBLIGACIÓN DE ABSTENERSE. 1. Combinaciones posibles. 2. ¿Es la abstención la mejor solución?—VII. RÉGIMEN DE CONCESIÓN DE LA DISPENSA. 1. Conductas dispensables y no dispensables. 2. Posibilidad de modificación en los estatutos del régimen del deber de lealtad. 3. Órgano competente para la concesión de la dispensa. 4. Requisitos para la concesión de la dispensa. 5. Dispensa concedida *a posteriori*.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DEBER DE LEALTAD

1. Antecedentes de la regulación actual

Conforme la sociedad y las relaciones jurídicas han ido ganando en complejidad, los especialistas han ido sintiendo una cada vez mayor necesidad de desarrollar los lacónicos enunciados clásicos de algunos principios del derecho, entre otros el que nos ocupa. Dicha forma de legislar genérica y grandilocuente, aunque venerable y merecedora de un respeto ganado a lo largo de años de aplicación, cada vez daba más problemas a los aplicadores del derecho y nos alejaba de la regulación comparada en esta materia.

En la que nos ocupa, todavía en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, el deber de lealtad de los administradores se basaba en una escueta obligación de desempeñar el cargo «*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal*», expresión que no se desarrollaba en los artículos siguientes y que ya se utilizaba por la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951.

Conforme fue desarrollándose en España el movimiento tendente a regular el Buen Gobierno Corporativo, fundamentalmente pensado para sociedades cotizadas regidas por Consejos de administración, los sucesivos informes elaborados por expertos en la materia (los denominados informe Olivencia¹, informe Aldama² e informe Conthe³) incidieron una y otra vez en la insuficiencia de la regula-

¹ La Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades publicó en 1998 su informe, origen del Código de Buen Gobierno, también conocido como Código Olivencia.

² La Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad de los Mercados, presidida por Enrique ALDAMA, presentó en 2003 un informe conocido como Código Aldama.

³ En 2005 se creó un grupo especial de trabajo para asesorar a la CNMV en la armonización y actualización de las recomendaciones de los informes Olivencia y Aldama sobre buen gobierno de

ción legal, en la necesidad de reforzar la normativa de gobernanza de las sociedades en nuestro país y, en espera de la norma que adaptara nuestro ordenamiento a sus conclusiones, fueron la base sobre la que cristalizaron los Códigos de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas⁴.

La tendencia a desarrollar la regulación del deber de lealtad de los administradores, de origen anglosajón⁵, ya estaba por tanto arraigando en nuestro país cuando se produjo el estallido de la crisis económica. La indignación ciudadana frente a los numerosos escándalos ha acelerado la promulgación de leyes que buscan lograr una mayor transparencia y moralidad en la gestión de la economía, tanto en la esfera pública⁶ como en la privada. Buen reflejo de las intenciones del legislador en esta materia es la propia Exposición de Motivos de 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 la que se indica que *«se hace necesario por tanto regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son, por ejemplo, la transparencia en los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros»*, para lo cual se hace *«una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad»*.

2. Concepto

A) Definición y distinción de otros deberes

Dentro del contexto que hemos resumido brevemente en el apartado anterior, la Ley de Sociedades de Capital dedica uno de sus capítulos⁷ a los deberes de los administradores. Los deberes que ahí aparecen expresamente regulados son dos: el deber de diligencia y el deber de lealtad. Históricamente han venido regulados conjuntamente, incluso en la misma frase⁸, pero tienen un contenido distinto, si

las sociedades cotizadas. Dicho grupo elaboró el conocido como Código Conthe, base del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, publicado en 2006 y actualizado en 2013.

⁴ El actual fue publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 para sustituir al anterior de 2006, que había quedado ampliamente superado al haberse plasmado gran parte de su contenido en la LSC a través de la Ley 31/2014.

⁵ La Companies Act británica, que ha tenido gran influencia en la legislación continental posterior en esta materia, es de 8 de noviembre de 2006, y bebe en gran medida de la jurisprudencia estadounidense.

⁶ Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que ha tenido su reflejo en numerosas normas autonómicas, como la Ley gallega 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno.

⁷ El capítulo III del título VI.

⁸ La LSRL, en su redacción inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la LSC, afirma en su artículo 61.1 que *«los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal»*.

bien ambos en última instancia persiguen un mismo fin: la consecución del interés social, entendido como la suma de los intereses de los socios expresados en el órgano competente, la Junta general. También podría concebirse como la promoción del valor de la sociedad para beneficio de (todos) los socios.

El deber de diligencia es predicable de la gestión que realice el administrador de los asuntos sociales, y pretende que la actuación de éste sea adecuada a los estándares de actuación del ordenado empresario y atenta siempre al interés social. Como afirma RAMOS HERRANZ⁹: «El punto de partida ha de ser, necesariamente, dejar claro que la diligencia a prestar por el empresario no será la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario, concretamente, la diligencia de un ordenado empresario dentro del sector concreto en el que realiza su comercio o actividad.» Así, pues, al administrador le es exigible como profesional, no la diligencia propia de las personas comunes, sino la de las versadas en la actividad u objeto social de la sociedad a la que representa. Se trata de una obligación de medios, no de resultado, de modo que no cabe que los socios entiendan quebrantado el deber de diligencia por el mero hecho de que el administrador, procediendo de buena fe y con arreglo a las prácticas usuales en el mercado, no haya logrado los objetivos planteados. La reforma ha introducido un elemento corrector que sirve para adecuar a la realidad la diligencia de los administradores en el desempeño de sus cargos, al señalar como factor de ponderación que se tendrán en cuenta *«la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos»*.

Acabamos la referencia somera al deber de diligencia remarcando que la Ley 31/2014 ha introducido en nuestro derecho la *business judgement rule* anglosajona, por la que los jueces no pueden revisar las decisiones empresariales adoptadas por los administradores sociales si éstos han cumplido unos mínimos de diligencia: buena fe, ausencia de conflicto de intereses, información suficiente y adecuado procedimiento de toma de decisiones. La introducción de este principio en nuestro sistema es muy útil para blindar la gestión de los administradores diligentes de futuras reclamaciones abusivas de los socios, sobre todo a la luz de la excesiva fiscalización a que, en muchos casos, se está sometiendo la actuación de los administradores en el contexto de la fase posterior a la gravísima crisis económica¹⁰ que estamos superando. En cualquier caso, el administrador debe perseguir siempre el interés social. Si actúa por un motivo ajeno al interés social no puede justificar su actuación en un determinado asunto escudándose en la *business judg-*

⁹ RAMOS HERRANZ, Isabel: «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 1, 2006.

¹⁰ Ahora están llegando a nuestros órganos judiciales múltiples pleitos originados por supuestas gestiones no diligentes que motivaron importantes pérdidas económicas. En realidad, en muchos de esos casos las pérdidas tienen un fundamento macroeconómico frente al que poco pudieron hacer los administradores encausados.

ment rule del artículo 226.1 LSC¹¹, que si bien protege las decisiones estratégicas o de negocio, lo hace presumiendo que las mismas se han tomado sin quebrantar el deber de lealtad.

El deber de lealtad, por el contrario, no está relacionado con una llevanza eficiente de la sociedad, sino que tiene una naturaleza ética más íntimamente relacionada aún con el principio general de buena fe¹², pues su misión es evitar que, quien desempeñe el cargo de administrador, pueda primar el interés suyo propio sobre el interés de la sociedad.

El deber de lealtad no es exclusivo del derecho societario, sino que es común a toda relación representativa. El representante debe actuar en interés del representado. Dicho mandato u obligación entronca con el deber de lealtad en aquellos casos en que frente al interés del representado se alza el propio interés del representante. En caso de actuar el representante primando sus propios intereses sobre los del representado, nos encontraremos ante una extralimitación del poder de representación cuya sanción será la ineficacia relativa del contrato así celebrado frente al representado, con los efectos del artículo 1259.2 CC. Dicho contrato así celebrado no será oponible por el representante al representado, si bien sí surtirá efectos frente al tercero de buena fe, frente al cual el representado sólo podrá oponer la ineficacia del contrato por defecto de representación si prueba que dicho tercero conocía el conflicto y, en consecuencia, la extralimitación del representante y su carencia efectiva de poder de representación al tiempo de la celebración del contrato. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la convalidación del negocio *a posteriori* por el representado, con los efectos antes dichos del artículo 1259 CC¹³.

Las normas generales de toda relación representativa son aplicables en última instancia a la relación entre los miembros del órgano de administración y la sociedad a la que representan. En muchos casos, la remisión no tiene como finalidad rellenar una laguna, sino que más bien tiene una utilidad hermenéutica. En otros, en cambio, parece perfectamente coherente aplicar directamente la normativa civil a la problemática mercantil. Así, por ejemplo, el artículo 1720 CC, al establecer que todo mandatario debe «*abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiera al segundo*», está íntimamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 229.1.e) LSC y responde a

¹¹ A tenor de este precepto: «1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado».

¹² Quien viola el deber de lealtad quebranta directamente el principio de buena fe; en cambio, quien vulnera el de diligencia sólo lo quebranta de modo indirecto.

¹³ STS /2001, de 19 de febrero.

un mismo espíritu: evitar que por medio de retribuciones de terceros éstos puedan influir en la relación mandante-mandatario, subordinando así este último los intereses del mandante a los de los terceros que le retribuyen externamente. La aplicación del 1720 CC a los administradores supondrá *ex ante* que éstos deberán negarse a recibir ninguna retribución de terceros; y *ex post* que, en caso de haberla retribuido, dicha retribución deberá ingresar en las arcas de la sociedad (previa información para conocer exactamente a qué riesgos previsibles de conflicto se enfrenta el administrador retribuido).

En el ámbito societario, con carácter general, los intereses que se contraponen son los de la sociedad representada y el del representante. Éste último está obligado, como hemos visto, a desempeñar su cargo como un representante leal¹⁴. Es de notar cómo han evolucionado los estándares exigibles. El genérico «*buen padre de familia*» ha sido sustituido en sede de deber de diligencia por el «*ordenado empresario*» (el administrador puede no ser empresario, pero decididamente fue nombrado para desempeñar las funciones de tal), y en lo relativo al deber de lealtad por el «*fiel representante*».

El interés social por el que se debe guiar el administrador para cumplir con el deber de lealtad es el interés de la sociedad, que se identifica con lo que decidan los socios reunidos en la Junta general, que por eso es el órgano soberano de la sociedad. Lo decidido en ese contexto debe primar sobre intereses ajenos, como pueden ser no sólo el interés personal del administrador o de personas o entidades vinculadas con él, sino también deberá imponerse sobre acreedores, empleados o, por ejemplo, los intereses de socios que se agrupen para presionar al administrador al no haber conseguido imponer sus opiniones en la Junta general. Pese a todo el interés social no es un interés absoluto, sino que debe ceder siempre frente al estricto cumplimiento de la ley. Así, por ejemplo, no cabe que, en ejecución de un acuerdo adoptado en la Junta, el administrador de una sociedad deudora lleve a cabo acciones ilícitas tendentes a eludir los pagos a acreedores sociales, incurriendo así en un posible delito de alzamiento de bienes.

Tras la reforma operada por la Ley 31/2014, el deber de lealtad de los administradores se contempla en los artículos 227 y ss. LSC, que tienen una estructura concéntrica. En el núcleo de la regulación está el artículo 227 LSC, que en su apartado primero expresa que «*los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*». En esa definición se aprecian los caracteres básicos del deber de lealtad, cuales son el estándar genérico del «*fiel representante*», la exigencia de

¹⁴ El estándar del «*representante leal*» está muy presente en nuestro ordenamiento. Se cita para los patronos en el artículo 17.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, o en el artículo 332.8 del Código Civil de Cataluña; para los administradores concursales, en el artículo 35.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y para los gerentes y miembros del Consejo Rector en los artículos 39.4 y 42.1 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Cooperativas.

obrar conforme al principio genérico de buena fe (art. 7.1 CC) y que toda actuación del administrador vaya encaminada en última instancia a la consecución del interés social.

B) Aplicabilidad directa

La definición del deber de lealtad que acabamos de ver opera a nuestro modo de ver en un doble sentido. Por un lado, cumple una función transversal similar a la de los principios generales del derecho en relación con todas las funciones y actuaciones que conforme a la ley y los estatutos corresponden no sólo a los administradores, sino a todos los sujetos implicados en la vida social. Los destinatarios fundamentales son los administradores en cuanto sujetos encargados de la gestión y representación de la sociedad, pero también sería predicable y exigible una conducta leal a las demás personas que desempeñen cualesquiera funciones en la sociedad, bien sean directivos (pensemos en la lealtad exigible a un gerente o a un director comercial) u otros trabajadores con funciones de menor responsabilidad. A todos ellos les es exigible la lealtad de un fiel representante y que su actuación en interés de la sociedad se guíe por el principio de buena fe. Que les sea exigible la lealtad, como en toda relación representativa, no supone que les sea aplicable la regulación de la LSC del deber de lealtad, que sólo será aplicable a los administradores sin perjuicio de lo que luego veremos al comentar el artículo 236 LSC. Esa inaplicabilidad a otros socios tiene importantes consecuencias, como veremos al tratar la posible extensión a los representantes voluntarios de la prohibición de realizar operaciones vinculadas con las personas listadas en el artículo 231 LSC.

Por otra parte, el deber de lealtad, tal y como está formulado, constituye una norma jurídica directamente aplicable, de modo que opera como una red en la que quedarían atrapadas en última instancia aquellas conductas desleales que no puedan encajar en los supuestos más casuísticos y, en consecuencia, de una u otra forma eludibles enumerados en los artículos 228 a 230 LSC. Las conductas desleales no incluidas en la letra de dichos artículos siempre podrían ser vistas al menos como una infracción del espíritu contenido en el artículo 227 LSC. La descripción que del deber de lealtad se da constituye, por tanto, una misiva con un destinatario claro: los aplicadores del derecho y, en particular, los tribunales. El mensaje es que hay que aplicar los preceptos, elaborados casuísticamente y con el máximo detalle; pero si alguna conducta desleal no está tipificada no hay que dudar en abandonar el formalismo y una interpretación estricta en aras de la justicia material. Ya no cabe que, demostrada la inmoralidad de la conducta de un administrador, no se le condene porque la ley no haya previsto ese supuesto específico de deslealtad. Si es desleal entonces está quebrantando el artículo 227 LSC. En la imposible lucha por alcanzar el equilibrio entre justicia y seguridad jurídica el legislador ha optado por una solución intermedia: los artículos 228 y 229 LSC

tipifican en menor o mayor medida las conductas que suponen violaciones frecuentes del deber de lealtad, dotando así de seguridad jurídica a esta materia. Por su parte, la definición que del mismo hace el artículo 227 LSC permite que, en última instancia, las conductas que escapen de la tipificación legal, pero sean consideradas desleales, también estén abarcadas por la ley.

Las disposiciones de la ley relativas al deber de lealtad son imperativas, como afirma el apartado primero del artículo 230 LSC, si bien en ciertas condiciones cabe la concesión de dispensa, para cuyo estudio nos remitimos a la pregunta correspondiente de este estudio.

C) *Importancia de la equidad en su aplicación*

Considero importante subrayar una idea: la legislación está pensada para evitar conductas desleales, pero siempre desde un punto de vista equilibrado, cercano a la realidad, teniendo en cuenta las circunstancias. En esta materia, más que en otras, no caben conductas maximalistas ni posiciones abstractas, sino que debe primar la justicia del caso concreto para no llegar a resultados injustos o a situaciones indeseables.

Digo esto porque, en numerosos casos en el tráfico jurídico, la ausencia absoluta de conflictos de intereses, tal y como parece perseguir el legislador, es sencillamente una utopía inalcanzable. En muchas sociedades no hay administradores «incontaminados» y «contaminados» por un conflicto, sino redes de intereses que, cual telas de araña, someten al administrador o administradores afectados a enormes tensiones que, por ejemplo, pueden enfrentar a un administrador mancomunado designado por la mayoría de socios a otro designado por la minoría, con sus correspondientes lealtades para con dichos grupos de socios (los cuales, a su vez, pueden representar los intereses de otras sociedades). Otro ejemplo clásico es la ponderación o equilibrio entre el deber de lealtad del administrador de la sociedad matriz con el mismo deber de lealtad, pero para con la filial de que también ha sido designado (o se ha designado a sí mismo) administrador. El caso más categórico de conflicto de intereses podría ser el de los administradores de la sociedad concebida *ab initio* como una *joint venture*. En esos casos, la sociedad es puramente instrumental, un vehículo formal para que las dos sociedades socios, auténticos administradores ocultos, como veremos, realicen o exploten determinados negocios. Distinguir en esos casos u otros semejantes de administradores incursos o no incursos en conflicto es difícil o imposible, debiendo hablarse más bien de administradores conflictuados con unos u otros intereses. La existencia de esas redes de intereses entrecruzados no excluye la aplicación del deber de lealtad, que es imperativo, pero sí que dificulta enormemente su aplicación correcta, máxime si tenemos en cuenta que los agentes del tráfico mercantil no suelen ser peritos en derecho. Seguiremos hablando de esto al tratar de las sociedades filiales y grupos de sociedades.

La solución de recurrir a la Junta de socios para salvar esos conflictos de los administradores no siempre es sencilla, pudiendo estar todos ellos incurso de uno u otro modo en un mismo conflicto. También puede ocurrir que el socio mayoritario, al abstenerse en la Junta que debe conceder la dispensa para celebrar la operación (art. 190 LSC), quede en manos de uno o varios socios minoritarios que, sabedores de su interés, le extorsionen para lograr a cambio determinadas ventajas, incurriendo así dichos socios en una conducta contraria a la buena fe que el principio de lealtad busca paradójicamente proteger.

En algunos casos es posible que la infracción del deber de lealtad suponga no sólo una infracción de las normas de la LSC, sino también de otras normas de nuestro ordenamiento, bien sean penales (divulgación de secretos de empresa, por ejemplo) o relativas a la Ley de Competencia Desleal (por ejemplo, la revelación de secretos que sanciona el artículo 13 de la Ley de dicha ley). En este último caso parece que el ejercicio acumulado de las acciones basadas en la LSC y en la LCD debería plantearse ante los juzgados de lo mercantil, que serían órgano jurisdiccional competente para conocer de ambas acciones.

Tras haber descrito en líneas generales el deber de lealtad pasamos ahora a estudiar el siguiente círculo o esfera de su regulación, que se refiere a las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad. De entre las obligaciones básicas enumeradas en el artículo 228 LSC algunas son de naturaleza positiva y buscan modelar la conducta de los administradores, mientras que otras son más bien negativas y pretenden evitar que, en determinados casos, los miembros del órgano de administración participen en el diseño y ejecución de determinados asuntos.

II. OBLIGACIONES BÁSICAS DEL ADMINISTRADOR LEAL

1. No ejercicio del cargo con fines distintos de los pretendidos

Esta obligación está íntimamente relacionada con la interdicción del abuso de facultades que contempla el artículo 144 CCOM para la comisión mercantil, y con la prohibición general del abuso de derecho a que se refiere el artículo 7.2 CC. La redacción actual bebe de la «*proper purpose rule*» del artículo 171 de la Companies Act 2006 británica, en la cual se prevé que el administrador de una sociedad sólo debe ejercitar sus facultades para lograr el fin para el que fueron concedidas. A modo ilustrativo en el sistema inglés, la jurisprudencia¹⁵ considera que para determinar si la actuación de un administrador quebranta la «*proper purpose rule*» (similar a nuestro 228.1 LSC), hay que tener en cuenta: a) cuál fue en concreto la facultad que el administrador ejercitó; b) la finalidad para que se confirió al administrador dicha facultad o competencia; c) determinar cuál fue el

¹⁵ El *leading case* es Howard Smith Ltd. y Ampol Petroleum Ltd. [1974] UKPC 3.

motivo real para el que se usó la facultad, y d) estudiar si dicho motivo real es conforme con la finalidad para la cual se atribuyó dicha competencia al administrador.

Si bien el texto del artículo 228.1 LSC parece lógico, una interpretación rigurosa del mismo podría generar problemas de inseguridad jurídica a los administradores, por cuanto su consecuencia lógica es exigir de la Junta general una especial concisión en los objetivos a conseguir, encorsetando así la libertad de gestión que hasta cierto punto se les presupone (más allá de las instrucciones a que se refiere el artículo 161 LSC).

Las palabras utilizadas por el legislador no son inocentes, sino que obligan al intérprete a distinguir los fines (subjetivos) perseguidos por *cada uno* de los administradores en el ejercicio concreto de sus facultades, y la razón (objetiva) que les llevó a adoptar una determinada decisión o cerrar un concreto negocio. Así, si la razón objetiva de celebrarse un contrato es conforme con el interés social, parece que los administradores que lo celebraron no habrán infringido la obligación del artículo 228.1 LSC por mucho que a través de dicho contrato hayan conseguido *además* la consecución de determinados fines privados. Lo principal será, por tanto, determinar si fueron los fines particulares del administrador los que le llevaron a adoptar la decisión (en cuyo caso habrá quebrantado el deber de lealtad) o si adoptó la decisión *independientemente* de sus intereses personales, guiándose tan sólo por el interés social. Habrá que probar, por tanto, si el administrador habría adoptado dicha decisión aunque no hubiera tenido esos fines o intereses personales afectados. La regla del artículo 228.1 LSC está formulada en sentido negativo, lo que «a contrario» supone que los administradores sólo pueden usar las facultades concedidas¹⁶ para aquello para que lo que se les atribuyeron, esto es, la consecución del interés social. Insisto una vez más en que la normativa exige un importante esfuerzo de interpretación y flexibilidad en los aplicadores del derecho para no generar en los administradores una esquizofrenia injustificada¹⁷.

¹⁶ En realidad, salvo excepciones muy puntuales, la Junta no «confiere» facultades al órgano de administración, sino que éstas le pertenecen conforme al régimen de distribución de competencias que señalan la Ley y los Estatutos.

¹⁷ En *Eclairs Group Ltd. and Glengary Overseas Ltd. y JKC Oil & Gas plc* [2015] UKSC 71, el Tribunal Supremo británico afirma que donde la «*proper purpose rule*» tiene más importancia es en el contexto de una «batalla» por el control de una sociedad. En esos casos, los administradores, desde su posición de monopolio de la gestión social sin perjuicio de la supervisión por la Junta de socios, están muy bien posicionados para desestabilizar aquellas maniobras tendentes a adquirir de forma hostil la sociedad, bien sea descapitalizándola o celebrando contratos de larga duración que vinculen así a largo plazo activos esenciales de la sociedad (los cuales, al no ser técnicamente enajenaciones —por ejemplo, un arrendamiento— no estarían sujetos a la necesaria autorización de la Junta introducida en el 160.f) LSC). De esa forma se reduciría el interés del potencial adquirente, quizá contra la voluntad o el sentir de parte de los socios, quienes, al no celebrarse Junta, no habrán tenido capacidad para oponerse a dichas maniobras «defensivas» del órgano de administración.

Un caso paradigmático de violación de esta regla se producirá cuando los administradores utilicen sus facultades para lograr influir a través de su uso en las decisiones de la Junta general; por ejemplo, emitiendo capital autorizado con carácter previo a una Junta general para así alterar el régimen de mayorías de la Junta¹⁸.

2. Deber de secreto

La obligación de ser leal por discreto, ya de por sí exigible a los administradores pese a que no hayan firmado contrato alguno de confidencialidad, está regulada de forma similar a la previa a la Ley 31/2014, aunque con un importante matiz: la infracción del deber de confidencialidad ya no se condiciona, como se hacía en el pasado, a que dicha obligación de guardar secreto «*tenga consecuencias perjudiciales para el interés social*»¹⁹. Evidentemente, el hecho de que la violación del deber de secreto tenga consecuencias perjudiciales para el interés social supondrá un agravamiento de la responsabilidad del administrador culpable, quien estará sujeto a las dos sanciones previstas por el artículo 227 LSC: deberá indemnizar el daño causado a la sociedad, pero además deberá restituir a la sociedad el enriquecimiento injusto que él (o por medio de él los socios o la sociedad a la que haya beneficiado con dicha revelación de secretos empresariales) hubieran obtenido.

En principio parece que la acción para exigir el enriquecimiento injusto no es una acción autónoma, sino complementaria de la acción para reclamar el daño causado a la sociedad. Ello supone que la acción de enriquecimiento tiene como presupuesto previo para su ejercicio que se haya producido un daño a la sociedad. No parece que la sociedad pueda reclamar del administrador desleal aquello en que él se ha enriquecido mediante una conducta desleal si dicha conducta no supuso para la sociedad un daño patrimonial alguno.

El Tribunal Supremo²⁰ ha declarado, refiriéndose al delito de revelación de secretos empresariales, que «el art. 279 del Código Penal castiga, en su tipo básico, la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Y, en su tipo privilegiado, a quien utilice el secreto en provecho propio. Realmente, el elemento nuclear de este delito —como también del previsto en el art. 278 CP— es el

¹⁸ El artículo 297.1.b) LSC aclara que, una vez autorizados los administradores, no necesitan consultar a la Junta general para llevar a cabo la ampliación dentro de los límites marcados.

¹⁹ A tenor del vigente artículo 228. b) LSC: «*En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera*».

²⁰ STS 285/2008, de 12 de mayo.

“secreto de empresa”. No define el CP qué debemos entender por tal, seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un “*numerus clausus*”. Por ello, habremos de ir a una concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa pueden afectar a su capacidad competitiva». Sin embargo la protección de los secretos empresariales en el ámbito penal tiene un ámbito más restringido que la general que regula la LSC. El deber de lealtad del artículo 227 LSC, y en particular la obligación impuesta por el 228.b) LSC, se quebrantan cuando el administrador realiza cualquier revelación de secretos, aun cuando éstos no sean lo suficientemente importantes para afectar a la capacidad competitiva de la empresa, puesto que, como hemos visto antes, ya no se exigen esas consecuencias perjudiciales para el interés social para entender comprometido el deber de lealtad del administrador afectado.

La existencia de un deber de secreto no debe ser llevada al extremo de considerar que el administrador no puede compartir ninguna información con determinados socios en particular. El deber de lealtad permite que el administrador, dentro de ciertos límites, comparta información con los socios, y en particular con aquellos que, con su voto, le han aupado al órgano de administración. Una cosa es que la prohibición de revelar secretos empresariales exista y otra que dicha prohibición impida las normales conversaciones o intercambios de opiniones sobre la marcha de la empresa. Volvemos a hablar de la ponderación que debe observar el aplicador del derecho en función de las circunstancias concretas. Así no se quebrantaría el deber de lealtad si el administrador, tras adoptar el órgano de administración un determinado acuerdo, informase a «sus» socios de su opinión al respecto; y en cambio sí que existiría violación del deber de secreto si en la información que se les proporciona hay elementos que otorgan a dichos socios una ventaja competitiva respecto de la sociedad de que se es administrador. En general, el administrador podrá revelar información siempre que la ley o bien lo requiera o bien, cuando menos, lo permita o autorice por considerar que dicha información es digna de ser compartida con determinados sujetos.

La obligación genérica de guardar secreto está íntimamente relacionada con algunas de las obligaciones más específicas enumeradas en el artículo 229 LSC, particularmente con la prohibición de hacer uso de la información confidencial de la compañía con fines privados y con la de no aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad. Al igual que dichas obligaciones, la prohibición genérica de revelar secretos tiene un ámbito temporal que se extiende más allá del cese en el cargo como miembros del órgano de administración. En concreto, el Tribunal Supremo²¹ ha manifestado que «en ciertas circunstancias, aquel (el administrador), no obstante haber cesado en el cargo y estar facultado, como regla, para emprender y desarrollar actividades en competencia con ésta, deba

²¹ STS 502/2012, de 3 de septiembre.

observar respecto de ella ciertos deberes de conducta impuestos por dicha buena fe». Y añade dos ejemplos de ello: «la intencionada preparación del aprovechamiento de la oportunidad de negocio por parte del administrador, mientras lo era, aunque no logre su propósito hasta después de dejar de serlo, en ejecución del plan concebido» y «la apropiación, en determinadas circunstancias contrarias al modelo de buena fe, por quien fue administrador de las oportunidades de negocio que se considera ya pertenecían prácticamente al activo de la sociedad».

La normativa anterior a la Ley 31/2014, al tipificar una conducta similar a la que estamos tratando, incluía una referencia somera al deber de secreto del administrador persona jurídica, aclarando que en esos casos el deber de secreto recaería sobre el representante de ésta sin perjuicio del cumplimiento de la obligación que tuviera de informar a aquélla. Esa previsión se ha obviado en la actual regulación, pero sigue siendo plenamente aplicable: la obligación de secreto no recae en estos casos en el administrador, sino en la persona física representante del mismo. Dicha persona física tendrá la obligación de secreto y de no aprovechar la información para sus fines privados, pero por otra parte la persona jurídica administradora tiene todo el derecho del mundo de requerir a la persona física representante para que le proporcione toda la información, incluyendo la confidencial. No se quebranta, por tanto, por la persona física representante el deber de secreto si proporciona a su representada toda la información confidencial. Eso sí, al igual que la persona física representante, también la persona jurídica representada, que es quien ostenta la condición de miembro del órgano de administración, deberá observar la obligación de secreto del artículo 228.b) LSC y la prohibición de aprovechar la información confidencial para fines privados del 229.1.c) LSC.

3. Deber de abstención

A efectos prácticos, este apartado del artículo 228 LSC²² regula uno de los aspectos más importantes para el administrador conflictuado: determina cuál debe ser su conducta al verse afectado por un conflicto de intereses. Esta obligación de abstención, que responde al mismo espíritu y fundamento que la relacionada en el último apartado del artículo 228 LSC, es efectiva una vez se ha verificado o materializado la situación conflictiva.

La actual regulación es superior a la anteriormente dada por el artículo 229.1 LSC por varias razones. En primer lugar porque antes la conducta que se imponía

²² El artículo 228, apartado c), impone el deber de «*abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado*».

al administrador afectado de abstenerse de «*intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera*» no era lo suficientemente específica. Ahora, en cambio, se aclara que la abstención alcanza no sólo la votación, sino también la propia deliberación de dicho asunto. Ello supone que el administrador afectado, una vez comunicada la existencia del conflicto y aportada toda la información al respecto, debe evitar interferir en los debates previos a la votación sobre el asunto de que se trate. Algunos autores²³ subrayan la corrección de la conducta del administrador que, llegado el momento de tratar el acuerdo conflictivo, abandonan la sesión del órgano de administración, si bien ésa sólo será la conducta idónea si el administrador afectado ha cumplido sobradamente con su obligación de comunicación. Si presumimos que el administrador conflictuado que realiza la comunicación debida está actuando de buena fe, y sabiendo que su deber legal es abstenerse en la deliberación y votación, no parece que haya inconveniente en su asistencia a la mencionada deliberación por si su presencia ahí fuere necesaria para aclarar algún punto sobre el que no se hubiera aportado previamente la información suficiente.

En segundo lugar, la redacción actual aclara que la obligación de abstención procede tanto si el conflicto de intereses es directo (con el propio administrador conflictuado) o indirecto (con personas o entidades vinculadas al mismo, aunque no exista técnicamente autocontratación). Más adelante estudiaremos en profundidad todo lo relativo a esos tipos de conflicto.

En tercer lugar se pone límites a la obligación de abstención. En línea con lo dispuesto para la Junta en el último punto del artículo 190 LSC²⁴, la segunda parte del artículo 228.c) LSC excluye de la obligación de abstención los supuestos en que la deliberación o votación de que se trate tenga por objeto la designación o revocación para cargos en el órgano de administración de un administrador. Lo que se salva de la obligación de abstención son en general las votaciones de carácter orgánico y organizativo en el seno del órgano de administración (normalmente con estructura de órgano de administración), para las cuales el afectado como candidato para uno u otro puesto no debe abstenerse, sino que puede participar activamente y votarse a sí mismo contando su voto como el de los restantes miembros del órgano de administración. No se obliga a los administradores a abstenerse en las votaciones que tengan como finalidad determinar qué miembros del órgano de administración integrarán uno u otro órgano del mismo (pensemos en el nombramiento para integrar la comisión ejecutiva), del mismo modo que no se

²³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Jesús: «La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (AA.VV), MORILLAS JARILLO, María José; PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, y PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José (dirs.), Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

²⁴ Que excluye de la obligación de abstención en las votaciones de la Junta a los socios en todo lo relativo a «*nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores*».

obliga a los socios en la Junta a abstenerse de votarse a sí mismos como miembros del órgano de administración.

Para el estudio detallado de la obligación de abstención y sus consecuencias me remito a lo que señalaré más adelante.

4. Principio de independencia

El apartado d) del artículo 228 LSC²⁵ pretende evitar que la lealtad de los miembros del órgano de administración se vea comprometida por acuerdos que éstos pudieran alcanzar entre sí o con determinados socios o terceros extraños a la sociedad. También se alude a que se garantice la independencia de los miembros del órgano de administración con idéntico fundamento al tratar la dispensa otorgada por dicho órgano (art. 230.2 LSC).

Por lo que respecta a los acuerdos de sindicación de voto entre los miembros del órgano de administración, esta materia ha sido tratada por PAZ-AREZ RODRÍGUEZ²⁶. En su estudio sobre la prohibición de sindicación de voto entre miembros del Consejo de administración, cuyos argumentos son válidos también para otras estructuras del órgano de administración, dicho autor considera que no debe defenderse que los administradores, por el hecho de serlo, tienen una posición estructural de independencia. Por el contrario, la gestión que realizan y los acuerdos que adoptan están sometidos a la aprobación de la Junta general. Es más, dicha supuesta independencia de gestión choca frontalmente con la posibilidad que tiene la Junta general de cualquier sociedad de capital²⁷ de impartir instrucciones o de someter a su previa autorización los acuerdos que estime oportunos. Pero una cosa es negar que dicha independencia sea absoluta y otra admitir que varios administradores puedan convenir de forma «extrasocietaria» determinados asuntos para condicionar así su voto en el órgano de administración. Como por principio el artículo 29 LSC considera inoponibles los pactos que se mantengan reservados a la sociedad, el acuerdo firmado por los administradores en su condición de tales «no puede ni siquiera pretender su validez entre ellos porque (...) su validez interna (inter partes) determinaría necesariamente su eficacia externa (*erga societatem*). En efecto, si el pacto hubiese de considerarse válido, obligaría a los administradores y, en la medida en que éstos son órganos o agentes de la sociedad, irremediabilmente sería eficaz frente a la sociedad, que es justamente lo que trata de evitar la regla de la inoponibilidad».

²⁵ A cuyo tenor, los administradores tienen el deber de «*desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros*».

²⁶ PAZ-AREZ RODRÍGUEZ, José Cándido: «*Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el Consejo*», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, Indret, Barcelona, 2010.

²⁷ Hasta la Ley 31/2014, dicha posibilidad estaba limitada a las sociedades limitadas.

En segundo lugar, el artículo busca evitar no sólo los acuerdos entre administradores, sino también los vínculos y pactos que puedan hacerse entre éstos y uno o varios socios. Sin perjuicio de las instrucciones de la Junta a que se refiere el artículo 161 LSC, el órgano de administración debe someterse al interés social, que se expresa a través de los acuerdos que adopta la Junta general. Pero una cosa es el cumplimiento de lo decidido en la Junta de modo transparente y con todas las garantías y otra muy distinta es que un miembro del órgano de administración opere a espaldas de la Junta siguiendo instrucciones o cumpliendo lo acordado, sin ninguna transparencia, con algún o algunos socios (por ejemplo, un consejero dominical operando exclusivamente conforme a los intereses de los socios a los que representa). Contra esa segunda conducta se dirige principalmente el artículo 228.d) LSC. Es natural que, por ejemplo, los consejeros dominicales estén especialmente vinculados con el socio a quien deben su nombramiento, pero ello no les legitima para que, en el desempeño de sus funciones antepongan, siquiera mínimamente, los intereses de dicho socio a los de la sociedad a la que representan. No ignora el legislador que, en la realidad del tráfico, el administrador así designado mantendrá una estrecha relación con el socio que le nombró, pero dicha relación no puede utilizarse como coartada para quebrantar las obligaciones derivadas del deber de lealtad.

Obviamente, en los casos en que el administrador actúa siguiendo instrucciones de terceros, se está faltando a la transparencia que impregna todo el sistema, puesto que no existe información proporcionada al resto de socios ni se conocen las motivaciones que llevan a ese administrador a actuar de una u otra forma. La infracción en esos casos del deber de lealtad es clara. Pero no sólo se refiere a esos pactos directos, sino también a otros indirectos que, de alguna forma, aseguran que el administrador se comportará (aunque no forme parte del pacto) de una u otra forma. Pensemos así en el caso de un pacto de socios por el que unos se comprometen a indemnizar a otros si el administrador por ellos designado (aunque no haya tomado parte en el acuerdo) no se conduzca conforme a lo acordado. Indirectamente dicho pacto supone la admisión de que el administrador está acatando instrucciones de uno o varios socios, igual que, como hemos indicado en el caso de la infracción directa, del mismo deber de lealtad.

Por último, y con más razón todavía que en el caso anterior, tampoco se permite que un administrador comprometa su independencia actuando al dictado de terceros externos a la sociedad que, por definición, tendrán motivos muy distintos del interés social. La conducta en este caso es igualmente reprochable y no plantea duda alguna sobre el acierto de su prohibición.

5. Evitar conflictos de intereses

Sin lugar a dudas, la medida más eficaz para evitar los problemas derivados de los conflictos de intereses es que el administrador hag a todo lo tendente a

evitarlos. Si evita ponerse en situación de riesgo no habrá posibilidad alguna de que incurra en el hipotético conflicto. Esta obligación está íntimamente ligada con la obligación de abstención a que se refiere el apartado c) del artículo 228 LSC, con la que comparte el espíritu de la reforma tendente no sólo a solucionar los conflictos que puedan darse, sino, sobre todo, a evitarlos. El administrador debe evitar los conflictos de intereses, y sólo de no ser posible y llegado el caso de que el conflicto se haga efectivo, su conducta debe buscar, no ya evitar el conflicto, sino evitar su participación en el asunto a que dicho conflicto se refiere, previa comunicación a la sociedad de su situación en la forma que luego veremos.

La literalidad de la ley no es inocente y tiene importantes consecuencias prácticas. La imposición a los administradores de la obligación de evitar incurrir en situaciones de conflicto (art. 228.e) LSC²⁸) y la propia enunciación del artículo 229 LSC («*deber de evitar*») imponen a los administradores un deber activo de elusión del conflicto; de modo que, en caso de materializarse éste, la carga de probar que hicieron todo lo posible para eludirlo sería de los administradores afectados, de quienes se presumirá si no lo logran, no quizá una conducta dolosa, lo que parece *a priori* y sin más elementos de juicio excesivo, pero sí probablemente y como mínimo un incumplimiento de una obligación legal (salvo que, por ejemplo, prueben haber adoptado diligentemente las medidas previas oportunas para evitar dicho conflicto, o que éste era imprevisible o, aunque previsible, altamente improbable).

Esta obligación, impuesta en el último apartado del artículo 228 LSC, se desarrolla en el artículo siguiente, que enumera y tipifica conductas concretas que todo administrador debe abstenerse de realizar para evitar con ellas los posibles conflictos de intereses que de ellas se deriven. Dicha enumeración ha sido confeccionada teniendo en cuenta las conductas que, según la experiencia práctica conforme a los datos que tenía la Comisión de Expertos, más fácilmente dan lugar a conflictos de interés con los administradores. Pese a todo, la lista no es cerrada²⁹, por lo que si un administrador observa que, con la realización de una determinada conducta no tipificada en el artículo 229.1 LSC, va a incurrir en conflicto de intereses también deberá abstenerse de llevarla a cabo en base al principio general del 228 LSC *in fine*. En esos casos no tipificados por el artículo 229.1 LSC habrá que acudir, para buscar la fuente de la interdicción, al segundo nivel concéntrico a que nos referíamos en la introducción; el de la obligación genérica de evitar los conflictos a que se refiere el artículo 228.e) LSC.

²⁸ «Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

²⁹ El artículo 229.1 LSC comienza con la expresión «*en particular*», lo que indica que el listado de conductas enumerado no es cerrado, sino abierto.

III. CONDUCTAS CONCRETAS QUE EL ADMINISTRADOR LEAL DEBE ABSTENERSE DE REALIZAR

La enumeración de conductas prohibidas del artículo 229.1 LSC, que constituye el nivel más epidérmico o concreto de la regulación concéntrica del deber de lealtad, supone una parte importante en la nueva regulación, por cuanto consagra los principales modos de quebrantar el deber de lealtad. Al tipificarlos en la ley se consigue un doble fin: por un lado se simplifica sobremanera la labor de los tribunales, que ya no tendrán que acudir a construcciones doctrinales o jurisprudencia para sancionar las conductas desleales. Por otra parte, y quizá más importante, la enumeración cumple una función preventiva, por cuanto advierte claramente a los administradores de cuáles son las conductas que imperativamente suponen una infracción del deber de lealtad haciendo nacer su responsabilidad. Un administrador no tiene por qué ser un jurista experto, no tiene la obligación de conocer la normativa que rige su cargo, pero sería una práctica muy saludable que cada administrador novel tuviese bien presente el listado de conductas desleales del artículo 229.1 LSC.

La enumeración no es cerrada, de modo que, de existir otras conductas que puedan generar conflictos de intereses en el administrador, éste está obligado a evitarlas. La única diferencia es que al no estar incardinadas en el listado del 229.1 LSC, la obligación de evitarlas tendrá su fundamento en la última de las obligaciones básicas del artículo 228 LSC.

Pasamos ahora a hacer un breve comentario de cada una de las conductas tipificadas.

1. Realizar transacciones con la sociedad

Es posiblemente la principal conducta extractiva que puede llevar a cabo un administrador. La prohibición del conflicto de intereses, dado el ánimo de lucro inherente a toda sociedad, tiene un esencial componente patrimonial. La finalidad última es evitar un enriquecimiento del administrador (o de las personas vinculadas, que son las relacionadas con él conforme al artículo 231 LSC, a las que luego nos referiremos) a costa de un correlativo empobrecimiento de la sociedad. Y la manera más directa y transparente de producirse ese binomio enriquecimiento/empobrecimiento es precisamente mediante la realización de una transacción entre el administrador y la sociedad en la que esta última salga perjudicada³⁰. Es

³⁰ Por ejemplo, vendiendo la sociedad al administrador afectado, algo que ésta en principio no necesita o a un precio inferior al de mercado o, a la inversa, comprando la sociedad al administrador, un bien de que éste es titular por precio superior al de mercado o utilizando a la sociedad como un instrumento (por ejemplo, porque conviene al administrador desprenderse del bien por motivos fiscales y aprovecha su cargo de administrador para que sea la sociedad la que lo compre al precio que él considere justo).

el supuesto en el que el riesgo de conflicto es más amplio y en el que más crudamente se plantea la posibilidad de que el administrador supedita el interés social al suyo propio.

Esta regla se refiere a las conocidas como operaciones vinculadas, esto es, aquellas celebradas entre la sociedad y una persona (física o jurídica) que tiene capacidad de influencia en la toma de decisiones relativa a esa precisa operación o transacción. El hecho de que la ley plantee el supuesto de las operaciones vinculadas como un caso en el que el administrador afectado debe abstenerse no implica que toda operación vinculada conlleve automáticamente y por el hecho de serlo un perjuicio para la sociedad. El legislador es consciente de que en algunos casos la realización de la operación planteada por el administrador puede ser buena para el interés social, por eso permite su realización, aunque con una serie de medidas preventivas (previa información a la sociedad de la existencia del conflicto, abstención del administrador afectado y en su caso dispensa por el órgano competente). Como la obligación de evitar el conflicto tiene como fin último proteger el interés social si la operación es favorable, a éste se podrá llevar a cabo, no obstante la prohibición *a priori*, con las condiciones que más adelante estudiaremos.

La palabra utilizada, transacción, tiene un sentido muy amplio. La acepción a que se refiere la ley abarca en principio todo contrato en virtud del cual se produce la transmisión de la titularidad de un derecho de un sujeto a otro³¹. Por otra parte, dada la finalidad del artículo 229.1 y su propia redacción (comienza con un «*en particular*») parece que lo más correcto es realizar una interpretación extensiva del propio término transacción, de manera que en la duda habrá que entender que la conducta de que se trate está incluida dentro de los términos utilizados por la ley en el 229.1.a) LSC. Parece lógico concluir que el término «transacción» abarcaría también los contratos de arrendamiento, los cuales estarían incluidos en el artículo 229.1.a) LSC y no en la regla del 229.1.c) LSC, relativa al uso de activos sociales con fines privados. No parece suficientemente fundado entender que el término «transacción» del 229.1.a) LSC deba restringirse a las transmisiones del dominio y no, por ejemplo, a la cesión temporal de derechos o a contratos de arrendamiento, los cuales no conllevan en puridad la transmisión de la propiedad. La diferencia es importante por cuanto la dispensa del 229.1.c) LSC corresponde siempre al órgano de administración, mientras que la del 229.1.a) LSC será del órgano de administración o de la Junta en función de su importancia económica (art. 230.2.1 y 2 LSC). En cuanto a si la palabra transacción y la regla del 229.1.a) LSC comprenden las operaciones de prestación de asistencia financiera al administrador, otros socios o sociedades del mismo grupo, nos remitimos al apartado relativo a los grupos de sociedades.

³¹ En esa expresión se comprenderían desde la celebración de contratos que supongan la transmisión, temporal o con duración indefinida, de derechos reales, personales o de propiedad intelectual o industrial.

La redacción del artículo 230.2 LSC, que reserva en las sociedades limitadas a la Junta general la competencia para autorizar la prestación por la sociedad de asistencia financiera o garantías en favor de los administradores (o personas vinculadas), así como el establecimiento entre dichos administradores y la sociedad de una relación de servicios u obra, plantea inmediatamente una duda. ¿Forman dichas operaciones parte de las transacciones que el administrador debe evitar ex artículo 229.1.a) LSC?

No parece que el texto del artículo 230.2 LSC permita deducir lo contrario; sino que tan sólo atribuye en sociedades limitadas a la Junta general la competencia exclusiva para conceder la dispensa para la celebración de estos contratos. Además ello es plenamente conforme con el artículo 220 LSC, que dispone que también para sociedades limitadas el único órgano competente para autorizar la celebración o modificación de contratos de servicios u obra entre la sociedad y los administradores es la Junta general, lo cual parece lógico visto el visible conflicto de intereses que ello supone para los miembros del órgano de administración.

Evidentemente, la concesión de cualquier clase de asistencia financiera o la celebración de un contrato de servicios u obra con un administrador conlleva riesgo implícito de conflicto de intereses (agravado por el hecho de que, si tras prestar la sociedad la asistencia financiera o la garantía el administrador no cumple, queda en principio en manos del propio administrador deudor el ejercicio de la acción tendente a exigir el cumplimiento de lo pactado). Todo ello se verá al mencionar el artículo 162 LSC más adelante.

Por otra parte, hay que excluir del ámbito de aplicación de los artículos 220 y 230.2 LSC la relación contractual entre la sociedad (anónima o limitada) y sus consejeros que, por una u otra razón, tengan asumidas funciones ejecutivas. Dicha relación contractual por el principio de especialidad tiene su propia normativa, cual es el artículo 249.3 LSC (el cual también contempla que el afectado se abstenga de asistir a la deliberación y de participar en la votación).

La ley permite, sin embargo, al administrador (o sus vinculados) celebrar «transacciones» con la sociedad si se dan cumulativamente tres requisitos:

- Que se trate de operaciones ordinarias, propias del tráfico habitual de la empresa dado su objeto social y su actuación más frecuente en el tráfico.
- Que dichas operaciones ordinarias sean realizadas en condiciones estándar para los clientes, esto es, sin un trato preferencial por el hecho de celebrarse con un miembro del órgano de administración (o sus vinculados). Este solo requisito por sí solo ya excluye casi la existencia de un perjuicio patrimonial para la sociedad, que es el objetivo principal que toda la regulación que estamos viendo trata de evitar.

- Que no tengan relevancia económica. Es la conocida como regla «*de minimis*». Ya hemos visto que el negocio debe ser de los ordinarios en el tráfico de la sociedad y que las condiciones del negocio o transacción permitidos al administrador deben ser las estándar, sin darle un trato preferente. Aún así hay otra garantía adicional, y es que se trate de un negocio de muy escasa relevancia económica, por lo que el posible perjuicio patrimonial para la sociedad sería, en todo caso, ínfimo. La determinación del umbral de relevancia económica obviamente dependerá de la situación patrimonial y el tamaño de la sociedad de que se trate. No es aplicable a estos efectos el límite del 10 por 100 de los activos sociales a que se refiere el artículo 230.2 LSC, por cuanto resulta excesivo. Si en el 230.2 LSC la ley reserva a la Junta las transacciones por importe superior al 10 por 100 de los activos, ello supone que la autorización de operaciones por importe inferior a dicha cifra es competencia del órgano de administración, no que si el importe es inferior al 10 por 100 no se necesite dispensa. En todo caso, las operaciones sin relevancia económica no deben plantear duda alguna sobre su volumen. Cuando una operación carece de relevancia económica, la convicción de ello suele ser unánime. Si existiere alguna duda al respecto, lo más seguro es someterlo a la autorización del órgano de administración (que normalmente aprobará la operación si reúne las otras dos condiciones anteriormente citadas).

2. Utilizar el nombre de la sociedad o su condición de administrador para operaciones privadas

Las dos conductas aquí mencionadas tienen en común dos cosas: su finalidad, esto es, «*influir indebidamente en la realización de operaciones privadas*»; y su origen remoto en la primera de las obligaciones genéricas del artículo 228 LSC: «*No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas*».

La diferencia de ambas con las transacciones a que se refiere el apartado anterior es que aquí no existe ningún tipo de autocontratación (directa o indirecta) entre la sociedad y el administrador o las personas relacionadas con él a que se refiere el artículo 231 LSC. No estamos ante conductas que directamente supongan una extracción de rentas de la sociedad en favor del administrador. Se trata de algo más sutil. El administrador (o las personas vinculadas con él) en sus relaciones o negocios con terceros ajenos a la sociedad utilizan bien el nombre de ésta o bien su condición de administrador para obtener así un beneficio personal.

Del mismo modo que hemos indicado anteriormente que el supuesto del artículo 229.1.a) LSC debía ser objeto de interpretación extensiva, lo más amplia posible; el supuesto que ahora nos ocupa debe ser, por el contrario, objeto de una

interpretación lo más estricta y cerrada posible. La razón de ello es que, al contrario que sobre las demás conductas del mismo artículo, pesa sobre él una prohibición imperativa, al no ser dispensable por no estar citado en el artículo 230.2 LSC.

Hacemos a continuación un breve resumen de ambas conductas:

- Utilizar indebidamente el nombre de la sociedad. La conducta típica se produce cuando en sus negocios con terceros un miembro del órgano de administración utiliza el nombre de la sociedad para cerrar un contrato u obtener mejores condiciones en su negociación. Básicamente se trata de hacer creer al tercero que, o bien está contratando con la sociedad o bien, aunque efectivamente crea contratar con el administrador, se le induzca a pensar que la sociedad de uno u otro modo facilitará la eficacia del contrato o actuará si fuere necesario como garante de la posición del administrador.

¿Y dónde está el perjuicio para la sociedad? En el riesgo de que, ante cualquier incumplimiento, el tercero, engañado, plantee una reclamación a la sociedad. En caso de existir tal reclamación, la cuestión no es baladí. El tercero, aunque advierta que fue engañado, tendrá a su favor un poderoso argumento, y es que al estar el cargo del administrador contratante inscrito en el Registro Mercantil gozará de la protección del artículo 234.2 LSC. Tengamos en cuenta que normalmente el contrato o negocio sobre el que se pleitee y en el que el administrador desleal haya querido beneficiarse formará parte del tráfico habitual de la sociedad, y en consecuencia la protección del 234.2 LSC estará plenamente vigente. Pensemos al respecto que será fácil que el administrador, extralimitándose (y haciendo uso de sus facultades para fines distintos de aquellos para los que le fueron concedidas), engañe al tercero precisamente en un contrato que ya haya celebrado varias veces válidamente en favor de la sociedad.

La razón de que esta conducta no sea dispensable se intuye con facilidad. No es sólo que el administrador haya incumplido su obligación de evitar el conflicto de intereses, sino que, buscándolo y recurriendo al engaño (bien sea por acción u omisión), convence al tercero de un hecho falso: que en ese contrato representa a la sociedad o que ésta garantiza el buen fin del negocio de alguna forma. La conducta del administrador encaja plenamente en la descripción que del dolo hace el artículo 1269 CC: «*Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*». Dicho dolo existe bien porque en base a ese engaño el tercero accede a contratar, o bien porque gracias a él se obtienen unas condiciones más beneficiosas para el administrador que las que le habrían correspondido conforme a las leyes del mercado.

- Invocar indebidamente su condición de administrador. PORTELLANO DÍEZ³², en su profundo estudio global de esta materia, considera que la conducta a que nos estamos refiriendo se da «cuando el administrador, a cambio de un beneficio, permite que un tercero contrate con la sociedad, bien cuando no debería hacerlo (porque sus condiciones, frente a las de otros operadores, no son las mejores), bien cuando debería permitírselo en todo caso (porque sus condiciones son las mejores, pero el administrador sólo le permitirá contratar con la sociedad si accede a pagar un ilícito peaje)». Los casos más claros de corrupción en la contratación mercantil suelen estar relacionados con estas conductas, por las que el administrador corrupto o desleal exige una comisión a cambio de la celebración de un negocio.

La conducta a que ahora nos referimos debe relacionarse con el delito del artículo 286.bis.1 CP, que sanciona al «*directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales*». Evidentemente, las condiciones para incurrir en ilícito penal son más estrictas que para incurrir en ilícito civil (o en este caso mercantil), de modo que podría darse el caso de que una conducta que no reúna todos los componentes para incurrir en este delito sí que, sin embargo, incurra en otros tipos penales (estafa o administración desleal) o, al menos, constituya un ilícito mercantil por constituir claramente una conducta desleal a estos efectos.

3. Hacer uso de los activos sociales con fines privados

Aunque parezca de perogrullo, es evidente que en nuestro ordenamiento las sociedades tienen una personalidad jurídica separada y distinta de la de los socios que las integran. Como consecuencia, los bienes aportados a la sociedad, así como aquellos otros que ésta adquiera a lo largo de su existencia, pertenecen a la propia sociedad y no a los socios, cuyos patrimonios están separados de la misma. Por ello, los socios no pueden utilizar los bienes que integran el patrimonio social como si fuesen suyos porque no lo son, y al no serlo no tienen poder de disposición sobre los mismos ni pueden usarlos para sus propios fines, sino que sólo deben usarse para la consecución del fin social, al cual se hallan exclusivamente afectos. Lo mismo es predicable respecto de los administradores, que, si bien

³² PORTELLANO DÍEZ, Pedro: *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2016.

tampoco son titulares de los bienes que integran el patrimonio social, tienen una diferencia fundamental respecto de los socios en este asunto; y es que al ostentar el poder de representación de la sociedad pueden disponer válidamente y eficazmente del activo social en favor de terceros, los cuales resultarán protegidos en su adquisición ex artículo 234 LSC. La norma incluye entre los activos sociales la información confidencial de la compañía, si bien exige además que el administrador utilice la información para fines privados. Si se limitase a divulgarla o comunicarla sin cumplir con ello una finalidad personal (pensemos, por ejemplo, en la mera intención de dañar a la sociedad por despecho), no se estaría incurriendo en la conducta tipificada en el artículo 229.1.c) LSC, sin perjuicio de estar quebrantando la obligación general de secreto del artículo 228.b) LSC.

El sujeto a que se refiere esta conducta es evidentemente cualquier miembro del órgano de administración. Si se infringiera el deber de secreto o se produjera un uso indebido de información confidencial por otras personas que no sean administradores, se tratará también de conductas ilícitas al estar éstos sometidos a obligaciones de sigilo similares derivadas de otras normas, pero no estarán infringiendo el artículo 229 LSC, cuyos destinatarios exclusivos son las personas que integran el órgano de administración de la sociedad.

La conducta tipificada en el artículo 229.1.c) LSC es precisamente aquella por la que los administradores utilizan el activo social para fines privados, distintos del fin social, bien sea divulgando la información (poniéndola a disposición del público o de un grupo numeroso e indeterminado de personas) o comunicándola a alguien en concreto.

Esta conducta podría englobarse en la regla general del artículo 228.a) LSC, y se diferencia de las operaciones vinculadas a que se refiere el artículo 229.1.a) LSC en que aquí no existe transmisión de la titularidad de derechos, aunque no sean derechos reales, sino tan sólo un «uso» de los mismos. El límite entre ambas conductas está por tanto claro: el enriquecimiento indebido en el primer supuesto del artículo 229.1 LSC se debe al cambio de titularidad de un derecho, el cual a su vez origina un empobrecimiento de la sociedad. La conducta que ahora nos ocupa no implica un cambio de titularidad, sino tan sólo la utilización de activos sociales que siguen siendo titularidad de la sociedad, podría decirse que a título de precario, o sea, sin título alguno. Pensemos, por ejemplo, en la utilización indebida de medios de transporte de titularidad de la sociedad para fines privados del administrador, o el aprovechamiento de instalaciones o medios de la sociedad perjudicada para fines privados del administrador o sus personas vinculadas.

A la hora de redactar este supuesto, el legislador tuvo buen cuidado de precisar una conducta desleal en particular: el uso indebido de información confiden-

cial de la compañía, esto es, de secretos empresariales³³. El administrador desleal, sin título o causa que lo fundamente, utiliza para sus propios fines o los de sus personas o entidades vinculadas, información confidencial a la que sólo ha podido tener acceso por su condición de administrador de la sociedad perjudicada. El Tribunal Supremo³⁴ ha definido los secretos empresariales como «aquellos que, de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva». Ello implica que dichos secretos sean exclusivos de la empresa y confidenciales. Al contrario que en el tipo penal, no parece que deban ser evaluables económicamente, puesto que unánimemente se considera que la información confidencial constituye, pese a no ser fácilmente valorable económicamente un activo social intangible difícil de obtener y cuya divulgación puede suponer un coste inasumible para la sociedad. Es, pues, un activo social cuyo uso indebido por el administrador desleal supone una quiebra de dicho deber independientemente de que, si además hay un evidente daño o perjuicio para la sociedad, ésta pueda reclamar una indemnización y si además hay un correlativo enriquecimiento injusto del administrador se le exija conforme al artículo 227 LSC.

Dicho concepto amplio de información confidencial abarcaría no sólo lo relativo a procesos concretos de producción, información del producto o derechos de propiedad industrial, sino también información de naturaleza exclusivamente comercial, como pueden ser datos privados de mercados o, sobre todo, clientes. Al igual que indicamos al hablar de la obligación de guardar secreto del artículo 228.b) LSC, la obligación de no aprovechar información confidencial de la empresa se prolonga más allá del momento del cese del administrador como tal.

4. Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad

Como una variante de la conducta tipificada en el número anterior, relativa al uso de información confidencial de la compañía con fines privados, el artículo 229.1.d) LSC prohíbe a los administradores aprovecharse (se entiende, en beneficio propio o de las personas vinculadas) de oportunidades de negocio de la sociedad. Dichas oportunidades de negocio, entendidas como momento propicio para la celebración de un determinado contrato o acuerdo, o para la explotación de un concreto nicho de mercado, suponen en la práctica potenciales beneficios sociales que, de ser explotados por el administrador desleal, son desviados a su patrimonio o el de un tercero en perjuicio del interés de la sociedad. El concepto no es definido, lo que permite a los aplicadores del derecho y en especial a los jueces que determinen en cada momento lo adecuado a las circunstancias.

³³ Como ya hemos indicado anteriormente, el uso indebido de secretos comerciales está recogido también en el artículo 13 LCD y en el artículo 279 CP.

³⁴ STS 285/2008, de 12 de mayo.

Salvo prohibición estatutaria expresa, un administrador es libre para operar al margen de la sociedad en ámbitos no competitivos con la empresa y enriquecerse mediante su buena gestión, siempre al margen de la sociedad. El hecho de ser administrador no excluye, por tanto, que éste pueda aprovechar oportunidades de negocio. Lo que se considera desleal es que la oportunidad de negocio de que el administrador se está beneficiando sea «de la sociedad», esto es, pertenezca a la misma.

El problema fundamental, por tanto, es precisar qué oportunidades de negocio hay que considerar pertenecen a la sociedad y cuáles no, siendo, por tanto, el administrador libre de explotarlas en su beneficio particular. La cuestión es importante, por cuanto la respuesta puede tener consecuencias decisivas para el tráfico económico, no sólo para el administrador en particular. Una respuesta exageradamente generosa a esta cuestión podría restringir sobremanera la posibilidad de que el administrador de una sociedad desempeñe ese mismo cargo u otros análogos en otros nichos de mercado distintos sin incurrir en responsabilidad. Lo habitual es optar por una postura flexible, aunque respetuosa, del principio de no competencia; así, RIBAS FERRER³⁵ afirma: «Si el administrador conoce oportunidades de negocio al margen del ejercicio del cargo, estará justificado que las ejecute, salvo que tales comportamientos puedan encuadrarse dentro de las conductas competitivas».

Para PORTELLANO DÍEZ³⁶ pertenecen a la sociedad dos clases de oportunidades de negocio. Las primeras son aquellas que son necesarias o convenientes para la consecución del interés social. Si el administrador en el desempeño de su cargo descubre que, de acuerdo con el conocimiento que él tiene en el momento presente, convendría al interés de la sociedad un determinado negocio o acuerdo, debe entenderse que éste pertenece a la sociedad, lo que automáticamente impide su explotación por parte del propio administrador o sus vinculados. Si por el contrario el administrador, juzgando objetivamente, conforme a las circunstancias, la situación de la sociedad considera que no conviene a ésta la celebración de un determinado negocio, no hay obstáculo para que él lo explote al margen de la sociedad. Eso sí, si el administrador falsea dicho juicio, o peor, si habiéndolo realizado y juzgando el negocio conveniente para la sociedad decide abstenerse de aprovechar la oportunidad de negocio hasta que cese en su cargo, la deslealtad será manifiesta y el administrador no podrá explotar la oportunidad de negocio ni aun habiendo cesado ya en su cargo. En ese sentido la ya citada STS 502/2012, de 3 de septiembre.

También pertenecen a la sociedad aquellas oportunidades de negocio sobre las que la sociedad, sencillamente, haya mostrado interés. No es a tal efecto necesario

³⁵ RIBAS FERRER, Vicenta: «Comentario al artículo 228 LSC», en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (AA.VV.), ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (coordinadores), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2011.

³⁶ PORTELLANO DÍEZ, Pedro: obra ya citada.

que haya adoptado algún acuerdo al respecto (en Junta o en sede del órgano de administración), bastando con que haya procedido a su estudio o análisis como paso previo a su celebración. Estará prohibido, por tanto, aprovechar ese negocio en particular en tanto la sociedad no se pronuncie al respecto. Si la sociedad, tras analizarlo, opta oficialmente por no cerrar dicho acuerdo, entonces no hay obstáculo para que el administrador lo explote para sí. Pero en tanto dicho acuerdo no recaiga existe una obligación de abstención que tiene su origen en la regla general de evitar los posibles conflictos de interés del 228.e) LSC.

5. Obtener ventajas o remuneraciones asociadas al desempeño de su cargo

Esta prohibición tiene naturaleza abstracta en el sentido que, al contrario que otras como las de las letras b) y c) del artículo 229.1 LSC, no requiere que el administrador efectivamente altere su conducta o manipule a la sociedad en uno u otro sentido para entender quebrantado su deber de lealtad. Basta a tal efecto con que efectivamente el administrador perciba retribuciones externas para entender que el administrador afectado ha actuado con deslealtad, puesto que al aceptarlas expresamente ha incumplido su deber general de evitar situaciones de conflicto de interés. Tan sólo podremos excluir de esta prohibición aquellas retribuciones que no sean en puridad tales, sino más bien regalos de cortesía y asimilados de escasa cuantía³⁷.

En un reciente estudio sobre esta materia³⁸, el profesor PAZ-AREZ RODRÍGUEZ afirmaba que hay fuertes argumentos en nuestro derecho para considerar dudosa-mente legítima cualquier retribución externa de los administradores por su condición de tales. Dicha retribución puede proceder, por ejemplo, de *hedge funds* u otros inversores o de un bloque de socios de la propia sociedad y tendrá normalmente como finalidad premiar la gestión realizada por los administradores independientemente de su retribución como tales. También puede tratarse de una retribución procedente de la sociedad matriz en favor de los administradores de la filial. Este último caso está claramente excluido del catálogo de conductas desleales por el propio artículo 229.1.e) LSC, el cual permite expresamente las ventajas o remuneraciones asociadas al desempeño del cargo de administrador si proceden de otras sociedades del mismo grupo que la afectada.

El autor estudia los efectos de esa retribución externa (que no procede directamente de la sociedad afectada o de otras del mismo grupo) desde una triple perspectiva:

³⁷ Los reglamentos de muchas sociedades fijan el importe máximo que dichos regalos de cortesía pueden tener antes de considerarlos como auténticas retribuciones y, por tanto, prohibidos.

³⁸ PAZ-AREZ RODRÍGUEZ, José Cándido: «La anomalía de la retribución externa de los administradores», *Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, InDret, Barcelona, enero de 2014.

i) Desde un punto de vista obligacional resulta difícil defender la coexistencia de dicha retribución externa con principios generales como el deber de lealtad y otros más concretos, como la regla, perfectamente exportable al derecho mercantil, del artículo 1720 CC, a la que nos hemos referido con anterioridad.

ii) Organizativamente, la competencia para determinar qué retribución deben percibir los administradores que cumplen con el interés social debe ser de la Junta, que además debe atenerse en su fijación a los requisitos que señala el artículo 217 LSC. Si la retribución se da por adecuarse a instrucciones externas, bien sean de otras sociedades o de grupos de presión formados por *insiders* parecerá que el administrador estará usando sus facultades para fines distintos de aquellos para los que se le concedieron y el conflicto de intereses será efectivo y real. Si por el contrario se retribuye al administrador por cumplir el interés social, lo que se está justificando en última instancia es que el administrador fije sus objetivos conforme a lo que determine el pagador. Ahora el interés social y el del que retribuye pueden ser coincidentes, pero ¿qué ocurrirá cuando no sean paralelos? A lo largo del tiempo se habrá ido generando una deuda del administrador para con el pagador, independientemente de que la retribución se pagara por lograr unos objetivos fijados por alguien distinto de la sociedad y que sólo *a priori* eran conformes con el interés social fijado por la Junta. Se crea una lealtad para con el pagador distinta de la lealtad legítima para con la Junta de socios.

iii) Por último, hacer una breve referencia a un riesgo añadido, lo que PAZ-AREZ RODRÍGUEZ denomina «balcanización del Consejo»; que se produce porque la retribución externa «en la medida en que normalmente se dirige sólo a una parte de sus miembros, dualiza el Consejo creando una subclase de consejeros que obtienen un incentivo especial, y esto puede sin duda envenenar las relaciones y desestabilizar el órgano creando tensión, sospechas y resentimiento». No tiene sentido esclerotizar y fiscalizar cómo se está haciendo la retribución que los administradores cobran de la propia sociedad a través de la Junta³⁹, para luego a continuación abrir la mano en lo concerniente a pagos externos a los administradores con el consiguiente riesgo de perjuicio para la sociedad. Además habría que plantearse hasta qué punto se difumina la línea entre el consejero dominical y el consejero independiente si este último recibe una retribución externa por parte de un importante socio de la sociedad.

En caso de existir una posible retribución externa y de haberse informado por el administrador afectado de su existencia solicitando dispensa para percibirla, el órgano competente para ello es exclusivamente la Junta de socios, lo que resulta coherente con la competencia que le reserva a tal fin el artículo 217 LSC. Si el

³⁹ Aprovecho para manifestar que los sucesivos cambios en la normativa fiscal introducidos en lo relativo a la retribución de los administradores son impropios de un Estado de Derecho y flagrantemente contrarios a la seguridad jurídica que debería imperar en el tráfico mercantil.

administrador a quien se quiere dar esa retribución externa es un consejero ejecutivo, la competencia para fijar la retribución de éstos en cuanto a tales consejeros ejecutivos es exclusiva del órgano de administración ex 249.3 LSC. Pese a ello parece que la voluntad del legislador está clara al reservar la dispensa en cuanto a retribuciones externas, incluso de los ejecutivos, a la competencia exclusiva de la Junta. La competencia del artículo 249.3 LSC parece restringida a lo que el consejero perciba de la sociedad, pero en ningún caso se extenderá lo suficiente como para reservar al Consejo la competencia para dispensar a éste de los pagos que reciba de terceros externos a la sociedad mediando un evidente conflicto de intereses.

6. Desarrollar actividades competitivas

La imposición a los administradores de una prohibición de competencia es una norma venerable teniendo en cuenta la relativa juventud del derecho mercantil⁴⁰, plenamente fundada desde el punto de vista del deber de lealtad y exclusiva de los administradores. A los trabajadores se les impone también una prohibición de competencia, pero su normativa es distinta de la que vamos a estudiar⁴¹.

La prohibición tiene como destinatarios a los administradores, no a los socios, que en principio no se ven afectados por ella. No obstante, cabe estatutariamente establecer una prohibición de que los socios desempeñen actividades competitivas en otras sociedades del sector⁴².

La razón de ser de la prohibición de competencia no es proteger a la sociedad de la existencia de otros competidores, lo que sería claramente contrario al principio constitucional de libertad de empresa del artículo 38 CE y a las reglas del mercado. La prohibición se basa en que, de competir en el mismo mercado el administrador por cuenta propia o ajena, además de por cuenta de la sociedad a la que representa, la situación de conflicto entre ambos sería permanente. Mientras que la actividad por cuenta propia se caracteriza por su independencia, de modo que el administrador debe realizar otra actividad económica con carácter habitual, personal, directo y a título lucrativo; la actividad por cuenta ajena puede hacerse bien sea como administrador, directivo o sujeto a relación laboral con otra sociedad. En cualquiera de esos casos constantemente se encontraría ante el dilema de primar o bien el interés social, o bien el suyo o de la persona por cuenta de la cual se haya establecido simultáneamente. Además al tener el administrador por su condición de tal acceso a toda la información en poder de la sociedad para operar

⁴⁰ Ya la recogía de forma indirecta el artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

⁴¹ El artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores incluso regula el pacto de no competencia una vez extinguida la relación laboral, estableciendo para éste un techo de dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de trabajadores.

⁴² STS 216/1995, de 16 de marzo.

en el tráfico, si éste pudiese establecerse independientemente (o por cuenta ajena) colocaría a la sociedad injustamente (basándose en los conocimientos adquiridos como tal administrador) en una situación de indefensión y vulnerabilidad.

Si bien resulta evidente que la prohibición de competencia que hemos visto es aplicable a los casos en que el administrador desempeña por cuenta ajena cualesquiera funciones o actividades para otra sociedad; se plantea la duda de si la prohibición de competencia implica una prohibición al administrador de participar como socio en el capital de otras sociedades con las que exista competencia efectiva sin llegar a ser socio. Podría incluso dudarse de si el administrador podría establecer relaciones económicas con dichas sociedades (pensemos, por ejemplo, en el administrador de una sociedad que, simultáneamente, está financiando con préstamos personales la actividad de otra sociedad en competencia directa con la sociedad de la que es administrador). Dentro de la expresión «*desarrollar actividades que (...) de cualquier otro modo le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad*» puede hallar fácilmente acomodo no sólo la acción de administrar o participar en la gestión, sino también la de participar en el capital social de otra compañía. En esos casos hay que tener en cuenta la jurisprudencia, que ya ha afirmado⁴³ que «procede fijar como doctrina jurisprudencial que la prohibición de competencia desleal que impone a los administradores el artículo 65 LSRL (el equivalente al actual artículo 229.1.f) LSC) se infringe mediante la creación por parte de éstos, sin la autorización expresa de la sociedad, de una sociedad con idéntico objeto, salvo que se demuestre, valorando las circunstancias, que no existe contraposición de intereses». Así pues, ya no es necesario que el administrador desempeñe función alguna en la sociedad competidora; basta con que la haya creado o participe en su capital para entender que se ha producido la conducta desleal aquí tipificada. Se puede traer aquí a colación la figura del administrador de hecho. Aunque el administrador tan sólo se limite a participar en el capital de la sociedad competidora sin ostentar responsabilidad gestora alguna, se le puede considerar como tal administrador de hecho como último recurso para considerar su conducta como infractora de la prohibición de competencia.

No toda actividad competitiva queda incurso en el marco de aplicación de este precepto, sino tan sólo aquella que cumpla dos requisitos. Cuando se den no sólo entrará en juego la prohibición del 229.1 LSC, sino que infringirla será causa legal de exclusión del socio incumplidor (art. 350 LSC).

El primero es que la competencia sea efectiva, bien sea actual (en ese momento) o potencial (si razonablemente se prevé que las dos sociedades, la original y la nueva, compitan en un futuro próximo). El mero hecho de que un administrador ostente además la misma condición en otra empresa destinada a un género de actividad completamente distinto no supone una vulneración de la prohibición

⁴³ STS 1166/2008, de 5 de diciembre.

de competencia. Será necesario que de algún modo la actividad desarrollada por la sociedad de la que se era originariamente administrador sea de alguna forma susceptible de ser sustituida por la nueva actividad competitiva desarrollada por el administrador (por sí o por cuenta ajena). Ni siquiera es suficiente que ambas empresas compartan objeto social⁴⁴ o actividad productiva si no están en situación de efectiva competencia en un mercado relevante de referencia (por ejemplo, por operar en ámbitos geográficos y mercados distintos). Una misma persona puede ser administrador de una empresa destinada a la hostelería en Zaragoza y de otra destinada a lo mismo en Valladolid sin que por el hecho de serlo haya quebrantado el deber de lealtad.

El segundo requisito es que el conflicto sea permanente. La realización por el administrador por cuenta propia o ajena de actos aislados u ocasionales, aunque supongan competencia con la sociedad, no vulnerará la prohibición de competencia del artículo 229.1.f) LSC sin perjuicio, en su caso, de que al operar esté infringiendo alguna otra prohibición (por ejemplo, la de uso de información confidencial de la empresa).

El conflicto permanente de intereses se plantea de modo muy directo cuando al producirse en la Junta de una sociedad el nombramiento de los miembros de su órgano de administración, un socio resulta ser una sociedad competidora. En ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 93 LSC dicho socio competidor asiste y vota en la Junta general en que se deciden las personas (o entidades) que van a integrar el órgano de administración. Como se trata de un socio competidor, el acceso del designado por éste a la información sensible que maneja el órgano de administración generaría un conflicto irresoluble y permanente (partimos de que existe competencia efectiva y actual).

En esos casos se produce un conflicto de leyes. Por un lado está la prohibición de competencia permanente para cualquier miembro del órgano de administración. Por otro, el derecho del socio a ejercitar su voto o, en caso de designarse los consejeros por el sistema de representación proporcional⁴⁵, a designar al consejero o consejeros que proporcionalmente le correspondan. La célebre sentencia del Tribunal Supremo 609/2014, de 11 de noviembre, primó el interés de la sociedad considerando válido que nada más nombrar el socio minoritario, competidor efectivo de la sociedad, a los consejeros que le correspondían por el sistema de representación proporcional, la mayoría de la Junta procedía a cesarles. Es decisiva al respecto la existencia del conflicto permanente de intereses (si hubiera sido tan sólo esporádico habría podido salvarse toda la situación con abstenciones puntua-

⁴⁴ La anterior regulación, con su referencia al objeto social, planteaba enormes problemas hermenéuticos que habían sido resueltos por la jurisprudencia (por ejemplo, si contaba toda actividad incluida en el objeto social o tan sólo las efectivamente desarrolladas).

⁴⁵ Aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada, conforme a la STS 138/2009, de 6 de marzo.

les del consejero designado). Indudablemente, el Tribunal Supremo rechazaría un mero veto injustificado, sin causa más allá de la regla de las mayorías, al consejero nombrado por el socio minoritario. Pero al estar dicho consejero incurso en conflicto permanente, el veto aplicado por la mayoría de los socios está plenamente fundado.

Con la actual regulación, la situación habría sido más sencilla. Si el administrador designado está incurso en un conflicto debe comunicarlo a la sociedad en el momento previo a la votación, ya propuesto, para que la sociedad pueda votar con conocimiento de la situación de conflicto en que incurre. Si no lo comunica ya ha faltado al deber de lealtad y su cese podría ser fulminante fundado en dicho incumplimiento (sin perjuicio de su responsabilidad, en su caso). Si lo comunica y pese a ello la Junta insiste en su nombramiento, entonces se entiende concedida la dispensa al efecto (luego veremos que la dispensa ha de ser expresa, pero eso no excluye que pueda concederse cuando tras debatirse el nombramiento de un administrador conflictuado la Junta acuerde aprobar su candidatura pese a ello). Obviamente, esta norma condicionará en el futuro la toma de participación en empresas competidoras del sector, ante el riesgo evidente de no obtener, pese a la inversión, representación alguna en el órgano de administración de la participada como consecuencia del conflicto de intereses.

IV. CONFLICTO DE INTERESES Y PERSONAS VINCULADAS

En la actual regulación de los conflictos de interés existen dos referencias a las personas vinculadas. Por un lado, el artículo 229.2 LSC dispone que *«las previsiones anteriores (relativas a las conductas prohibidas a los administradores) serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador»*. Por otra parte, el artículo 231 LSC contiene un catálogo de personas físicas o jurídicas que se consideran vinculadas *«a los efectos de los artículos anteriores»*. Conviene hacer, llegados a este punto, dos matizaciones.

En primer lugar, es seguro que la referencia a las personas vinculadas del artículo 231 LSC no supone que dichas personas vinculadas sean también destinatarias natas de las prohibiciones del artículo 229.1 LSC, cuyo destinatario es el administrador⁴⁶, para quien están pensadas como sujeto obligado de toda la regulación relativa al deber de lealtad. En caso de que el administrador incurra en alguna de esas conductas prohibidas procederá ejercer contra él la acción de responsabilidad del artículo 236 LSC, que nunca cabrá dirigirse contra las personas vinculadas al no tener éstas ninguna relación ni deber de lealtad para con la sociedad perjudicada más allá de su relación con el administrador, que es el verdadero

⁴⁶ Sin perjuicio de las matizaciones que haremos más adelante.

responsable frente a la sociedad. Si por alguna razón un administrador realiza una conducta prohibida, por ejemplo, por ejercer el cargo de administrador en otra sociedad competidora de la originaria, esta última no será en ningún caso responsable de la conducta desleal del administrador, puesto que sólo él está sujeto al deber de lealtad respecto de la sociedad originaria. No hay responsabilidad alguna de la «persona vinculada» por dicha conducta desleal del administrador.

En segundo lugar, no parece que las «*personas vinculadas*» del artículo 229.2 LSC sean tan sólo las enumeradas en el 231 LSC. No parece que este último artículo deba ser el único a tener en cuenta a la hora de determinar si el administrador ha infringido o no el deber de lealtad. La conducta prohibida de un administrador realizada a favor de un tercero con quien el administrador no esté unido por los vínculos a que se refiere el artículo 231 LSC, no por eso deja de ser desleal. Hay referencias por todo el capítulo relativo a los «deberes de los administradores» que refuerzan esta idea. Así el artículo 228.e) LSC habla de conflicto «*por cuenta propia o ajena*», el artículo 229.1.f) LSC también habla de actividades por «*cuenta propia o ajena*» y el artículo 229.3 LSC se refiere al conflicto directo o indirecto. A los efectos de la sociedad es indiferente si el perjuicio se produce a favor del propio administrador, de una persona vinculada conforme al estrecho listado del artículo 231 LSC, o a favor de un tercero cuya relación con el administrador sea de una naturaleza tal que no esté incluida en el catálogo del 231 LSC. Lo esencial es que el administrador ha llevado a cabo una determinada conducta anteponiendo sus intereses, los de sus vinculados o los de ese tercero relacionado de otro modo con él, sobre los de la sociedad a la que representa.

Con ello quiero remarcar una idea fundamental. Cuando el administrador contrate con las personas vinculadas incluidas en la enumeración del artículo 231 LSC al existir entre éstas y el administrador, a juicio del legislador, una relación de especial intensidad se presume iuris et de iure la existencia de un conflicto de intereses que exigirá, para la validez de dichas transacciones, la previa dispensa o autorización por el órgano competente ex art. 230 LSC. Ello es así en todos los casos, incluso cuando sea notorio que el administrador mantiene una mala relación con una persona. Si dicha persona está en el listado del artículo 231 LSC cuando la sociedad, a través del administrador, vaya a contratar con ella, el administrador deberá obtener previamente la dispensa para poder celebrar dicho contrato.

Si por el contrario las personas con quienes el administrador quiere contratar no son las tasadas en el artículo 231 LSC, la ley no presume la existencia de un conflicto de intereses indirecto (entre la sociedad y las personas con especial relación con el administrador), pero eso no excluye que dicho conflicto de intereses ocurra en la práctica y pueda probarse su existencia demostrando una conexión entre los intereses de ambas partes contratantes. De ser así, las consecuencias serían similares a las del caso anterior.

En una brillante ponencia sobre el tema⁴⁷, PAZ-AREZ RODRÍGUEZ denostó el listado de personas vinculadas del artículo 231 LSC calificándolo de defectuoso y de abrir «un agujero valorativamente insoportable en la definición de personas vinculadas». Para él las ausencias más relevantes son las siguientes: «a) cuando la sociedad realiza una transacción con una entidad en la que su administrador desempeña una función ejecutiva y/o posee una participación significativa; b) cuando la sociedad realiza una transacción con una entidad en la que un allegado al administrador (los de las letras a), b) o c) del artículo 231.1 LSC) desempeña una función ejecutiva y/o posee una participación significativa (en este caso el autor admite que cabe con relativa facilidad la prueba en contrario de la existencia del conflicto) y c) cuando la sociedad realiza una transacción con el accionista que ha procurado el nombramiento de su administrador» (el llamado conflicto ascendente a que se refiere la ley en sede de cotizadas⁴⁸).

La diferencia con las operaciones realizadas con personas vinculadas en el sentido del 231 LSC es que en esos casos será necesario probar, sin que se presuma, que lo que movió al administrador a celebrar la transacción o a realizar la conducta prohibida fue verdaderamente el interés ajeno, y no que dicho resultado fue tan sólo fruto de una mala gestión.

Son personas vinculadas conforme a la enumeración del artículo 231 LSC las siguientes:

- «*El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad*». Al no hacer mayores precisiones, el legislador parece que habrá que incluir en el listado de personas vinculadas a los separados judicialmente o de hecho, y excluir los divorciados al haberse extinguido a todos los efectos el vínculo matrimonial. Por otra parte, la referencia a la pareja de hecho debe entenderse hecha a la persona con quien el administrador conviva con relación análoga a la del matrimonio; haya o no descendientes, independientemente de su duración y pese a no constar inscrita en el registro autonómico correspondiente (sin perjuicio de las dificultades probatorias que de ello se deriven). Aunque no puede entenderse automáticamente extensible al 231 LSC lo dispuesto para personas «especialmente relacionadas» en el artículo 93 de la Ley Concursal, un vistazo a este artículo nos permite ver qué opciones barajó (y descartó) el legislador al modificar el artículo 231 LSC. Por un lado se observa que la

⁴⁷ PAZ-AREZ RODRÍGUEZ, José Cándido: «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 40/2015.

⁴⁸ El artículo 529.ter.1.h) LSC trata de operaciones «que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el Consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas».

LSC entendió incluidas las parejas de hecho inscritas en la genérica expresión «análoga relación de afectividad», razón por la que no las enumera la LSC, al contrario que la Ley Concursal. Más destacable es el hecho de que teniendo en cuenta que la Ley Concursal incluía en su enumeración no sólo a los cónyuges y parejas de hecho, sino también a quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores, el legislador optó por excluir a los «ex» del listado de personas vinculadas del 231 LSC.

- «*Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador*», así como «*los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador*». No se hace referencia a los análogos familiares de la pareja de hecho ni a las parejas de hecho de los familiares citados en el 231.1.c) LSC, por lo que éstos en principio no tendrán la consideración de personas vinculadas.
- «*Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio*» y «*Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio*».
- «*Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica*». A efectos del control notarial de legalidad es fácilmente detectable el conflicto de intereses cuando la persona física designada representante por la sociedad administradora «B» de una sociedad «A» vende un bien de la sociedad «A» a otro administrador de «B» o a otras personas con facultades de gestión sobre la sociedad «B» (liquidadores o apoderados generales). Más difícil es para el notario que tenga que realizar dicho control en la venta que realice «A» a «C» saber si la persona (física o jurídica) «C», que no ostenta la representación de «B» ni figura inscrita como tal administrador de derecho o apoderado general en el Registro Mercantil, es en realidad su administrador de hecho.
- «*Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios*».
- «*Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores...*».

1. Personas vinculadas y control notarial de legalidad.

Desde el punto de vista notarial, la obligación impuesta al administrador de realizar transacciones con la sociedad, bien sea entre ésta y el propio administrador o personas vinculadas al mismo supone que el notario, en ejercicio del con-

trol de legalidad, debe abstenerse de autorizar aquellas operaciones que incurran en la conducta prohibida y que no hayan sido previamente dispensadas conforme a la ley.

El control notarial de legalidad prohíbe al notario autorizar operaciones contrarias a la ley. Dicho principio es indiscutible por inherente a la condición de funcionarios públicos de los notarios, no obstante el vacío legal detectado recientemente por la STS 528/2016, de 7 de marzo de 2016. En consecuencia, un contrato en el que uno de los comparecientes actúa infringiendo el deber de lealtad no debería superar dicho control por ser contrario a una norma de nuestro ordenamiento (y más si dicha norma es de rango de ley), debiendo el notario abstenerse de autorizarlo.

No soy de la opinión de que los notarios deban ceñirse en esta materia a controlar tan sólo los conflictos de interés derivados de la autocontratación en sentido estricto, ignorando así las restantes infracciones del deber de lealtad. Sería muy difícil justificar que el notario deba permitir la celebración de aquellos contratos u operaciones que, incurriendo evidentemente en conflicto de intereses, no supongan directamente autocontratación. La razón de fondo por la que no cabe lo uno sin lo otro es que el fundamento último de la prohibición de autocontratación y del deber de lealtad es el mismo: la propia noción de conflicto de intereses a la que hemos hecho referencia reiteradamente en este trabajo. Por tanto, si bien es posible en el plano teórico distinguir la autocontratación «civil» respecto del deber de lealtad puramente mercantil, en la práctica no se trata de figuras que puedan aislarse quirúrgicamente en compartimentos estancos dados los múltiples elementos comunes a ambas. Y más difícil todavía resulta acudir a esa distinción conceptual como excusa o argumento para justificar que en el plano práctico el control notarial de legalidad deba ceñirse a uno ignorando al otro. Tan contrario a la ley resulta el autocontrato con conflicto de intereses como el celebrado por el administrador único con personas vinculadas infringiendo así su deber de lealtad.

No ignoro las dificultades de la aplicación práctica de esta norma, pero ello no puede ser una excusa para que los notarios ignoremos uno de los fundamentos últimos de nuestra existencia: controlar la legalidad de los documentos que autorizamos para así aportar seguridad jurídica al tráfico y, en última instancia, a la sociedad a la que nos debemos.

El problema es que, en la mayoría de los casos, el notario carecerá de la información necesaria para hacer ese control de un modo efectivo, a no ser que sean los propios comparecientes los que se la suministren advirtiéndole de los vínculos o relaciones que les unan. Pensemos, por ejemplo, en la compraventa de un inmueble perteneciente al patrimonio social celebrada entre un administrador solidario de una sociedad y su cuñada. Si el notario ignora dicho parentesco no tendrá medio alguno para evitar la celebración de dicho contrato, no obstante

celebrarse contra la prohibición del artículo 229.1.a) LSC en relación con el 231.b) LSC.

Esa dificultad para efectuar el control de legalidad no obsta, sin embargo, a que el notario deba ejercer dicho control. La situación nos trae a la mente lo ocurrido en relación con las operaciones relativas a activos esenciales a que se refiere el artículo 160.f) LSC. Si está implicado un activo esencial, la competencia para acordar la enajenación es de la Junta. Si no se considera esencial es del órgano de administración. El notario no puede autorizar operaciones relativas a activos esenciales realizadas sin el acuerdo de la Junta, pero no tiene medios para comprobar que el activo objeto de la operación reúne o no dicha condición (aunque la ley establece una presunción de que es esencial el activo si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado; se trata de una presunción *iuris tantum*, de modo que aunque el importe del activo supere dicho límite puede no ser esencial y a la inversa). La DGRN⁴⁹ consideró que «aunque normalmente el notario carecerá de suficientes elementos de juicio de carácter objetivo para apreciar si se trata o no de activos esenciales, es necesario que en cumplimiento de su deber de velar por la adecuación a la legalidad de los actos y negocios que autoriza (cfr. artículo 17 bis de la Ley del Notariado), a la hora de redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes —que deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico—, despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos (...). Así, cobra sentido, por ejemplo, la (...) 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». Trasladado a lo que nos ocupa, si el notario conoce la existencia de algún vínculo entre los contratantes en el sentido que nos ocupa deberá abstenerse de autorizar la operación.

En materia de activos esenciales y con la finalidad de salvar la responsabilidad del notario autorizante, se ha convertido en cláusula de estilo aquella por la que el administrador compareciente manifiesta que el bien objeto de la operación no tiene la consideración de activo esencial (si la tiene se une a la escritura un certificado aprobando la operación por la Junta). Si media autocontrato es sencillo para el notario detectar el conflicto de intereses y exigir la dispensa. Si lo que hay es un conflicto de intereses a partir de persona interpuesta o de personas cuyo vínculo con el administrador conflictuado se ignora, sólo la manifestación en tal sentido del administrador o representante voluntario compareciente permitirá al notario conocer dicha situación. Además hay que tener en cuenta que es perfectamente posible infringir el artículo 229.1.a) LSC con personas no incluidas en la

⁴⁹ RDGRN de 23 de octubre de 2015.

lista de vinculadas contemplada por el legislador, por lo que la manifestación del administrador no excluye la posibilidad de infringir la prohibición legal.

Desde un punto de vista teórico, a efectos de facilitar al notario el cumplimiento de su control de legalidad, éste podría exigir a todo administrador o apoderado una manifestación de que el contrato o transacción a celebrar no infringe su deber de lealtad para con la sociedad contratante. El problema es que, si el administrador es de buena fe y media un conflicto cuando acuda al notario no malmente, ya habrá hecho la comunicación del 229.3 LSC y obtenido la dispensa pertinente.

Eso en el plano teórico. En la práctica, los administradores mayoritariamente ignoran el detalle de la regulación legal, por lo que una advertencia legal del notario al tiempo del otorgamiento de la escritura, unida a la manifestación del administrador o apoderado de no estar incurso en conflicto de intereses, directo o indirecto, por sí o por persona interpuesta, ayudará y mucho a incrementar el cumplimiento del deber de lealtad. Y ello sobre todo en cuanto a las transacciones del 229.1.a) LSC, que son de todas las conductas prohibidas por dicho deber las que más frecuentemente requieren de intervención notarial.

Con todo, es imposible para el notario comprobar la no infracción de dicho deber con carácter exhaustivo, pero sí que al pasar por su filtro se eviten las conductas más flagrantes. El notario no puede (porque carece de los instrumentos necesarios) convertirse en un fiscalizador de la lealtad de la conducta del administrador más allá de los casos más notorios. Lo que sí que debe hacer es mejorar dicho control a la luz de la nueva regulación de las personas vinculadas para asegurarse de evitar los conflictos de interés aun cuando no exista técnicamente autocontratación, superando así las tesis más antiguas al respecto.

2. Deber de lealtad, sociedades participadas y grupos de sociedades: la doctrina de las ventajas compensatorias

Un problema muy frecuente a la hora de aplicar las disposiciones concenientes al deber de lealtad, como ya hemos apuntado anteriormente, es que en muchos casos la propia naturaleza de la situación en que está el administrador le coloca en una situación en la que evitar el conflicto de intereses es complicado.

El caso más claro se da cuando una misma persona es administradora en dos sociedades distintas, una de las cuales está participada por la otra, de modo que la misma persona acumula el mismo cargo en dos sociedades que pueden estar en situación competitiva. Ese administrador no tiene uno, sino dos deberes de lealtad para con dos sociedades distintas. Normalmente dicha persona habrá obtenido la dispensa para realizar una actividad competitiva, con lo que el problema ya habrá pasado por el tamiz de la Junta general de socios de ambas sociedades.

También es problemático el caso del administrador de una sociedad filial que resulta presionado por el de la matriz que tiene intereses contrapuestos a ésta. El administrador designado, si bien tiene un único deber de lealtad, se ve afectado por dos intereses sociales distintos que pueden ser incluso contradictorios, el de la matriz y el de la sociedad filial. En esos casos es importante que el análisis de los posibles conflictos que puedan surgir se haga teniendo muy en cuenta las circunstancias.

Con relación a los grupos de sociedades y los conflictos de interés es evidente que hay que partir de la noción que se da de los mismos en el artículo 42 CCOM, al que se remite expresamente el artículo 231 LSC. *A priori* si se define la idea general de grupo de sociedades como un conjunto de sociedades que obedecen a una dirección unitaria y que tienen un interés propio y supraindividual, ello podría legitimar aquellas decisiones adoptadas desde la sociedad matriz o cabecera que supongan un perjuicio para las sociedades inferiores o subordinadas. Al cumplir con lo determinado por la matriz, el administrador de la filial no estaría en realidad quebrantando el deber de lealtad para con dicha filial porque en puridad no existe como tal. El interés social, aquél al que se debe el administrador, aquel que debe defender, es el del grupo, que goza así de una entidad propia que abarca los intereses de las sociedades incluidas en el mismo subordinándolos al interés general.

Ese planteamiento anterior tiene, sin embargo, dos importantes trabas:

- La primera es la propia noción de grupo de sociedades. No toda sociedad participada por otra, aunque sea en gran medida, es una sociedad perteneciente a un grupo. Como afirma BUSTILLO TEJEDOR⁵⁰, es esencial la existencia de una dirección unificada de la actividad económica de las sociedades integrantes del grupo. El hecho de que una sociedad tenga una participación en otra, incluso mayoritaria, no garantiza la existencia de esa dirección ni, por tanto, la existencia del grupo. En la práctica, más allá de los grupos consolidados como tales a efectos contables e impositivos (presentar cuentas consolidadas es la mejor de las pruebas), es muy difícil demostrar la existencia del grupo, salvo que exista una base contractual que lo justifique (un contrato entre las sociedades integrantes que atribuya a una el poder de decisión sobre el resto). Si no se puede demostrar en el tráfico, más difícil todavía es pensar cómo puede el administrador de una sociedad justificar a sus socios el cumplimiento de instrucciones del socio mayoritario (otra sociedad) en beneficio de los intereses de esa sociedad ajena y en perjuicio de la sociedad de que se trate. En resumen, habrá que distinguir las sociedades integradas en un grupo de aquellas que, estando

⁵⁰ BUSTILLO TEJEDOR, Luis L: «Los grupos de sociedades», núm. 62, Consejo General del Notariado, diciembre 2014.

mayoritariamente participadas por otras, no estén integradas en un grupo, careciendo por tanto de un hipotético interés común.

- El segundo de los obstáculos es que incluso aunque se admita que las sociedades afectadas por el conflicto forman parte del mismo grupo, al carecer éste de personalidad jurídica propia (no ha llegado tan lejos nuestro legislador) no se puede defender técnicamente que la integración en el grupo de la filial extinga su personalidad, ni que exista un deber de lealtad para con el grupo que justifique quebrantar la lealtad para la sociedad integrada en el mismo, la cual sí tiene personalidad jurídica propia y sí goza de la protección del ordenamiento. Volviendo a BUSTILLO TEJEDOR, «en el plano externo cada sociedad negocia y contrata en su propio nombre», sin que la responsabilidad asumida por dichos contratos se reparta, con carácter general, entre las sociedades integradas en el grupo. Se observa el problema en toda su magnitud ante la situación del socio minoritario de una sociedad participada mayoritariamente por otra. La sociedad participada no puede arrojar pérdidas constantes y ser instrumentalizada por la sociedad participante con la excusa del interés superior del grupo.

El artículo 162 LSC es de toda la ley el que más claramente se refiere al problema del conflicto de intereses en grupos de sociedades. Dicho artículo se refiere a la asistencia financiera entre sociedades intragrupo, afirmando que no es necesario para ello el consentimiento de la Junta de la sociedad que presta la asistencia. El artículo está ubicado en un capítulo dedicado a las competencias de la Junta, y lo que hace en su párrafo primero es reservar a dicho órgano la competencia para autorizar operaciones de prestación de asistencia financiera de la sociedad a sus socios o administradores. Se trata de supuestos claros de conflicto de intereses que, aunque dudosamente, podríamos encajar en las transacciones del artículo 229.1.a) LSC, cuya autorización o dispensa se sustrae de la competencia del órgano de administración en virtud del principio de especialidad, que hace primar el artículo 162.1 sobre el 231 LSC).

La parte interesante del artículo a nuestros efectos es el párrafo segundo, que excluye la necesidad de previa autorización de la Junta para salvar dicho conflicto si la asistencia se presta a otras sociedades del grupo. Básicamente se produce una inversión del procedimiento habitual. Aquí el administrador afectado por el conflicto, tras informar de la asistencia que va a prestar, no necesita abstenerse y recabar la previa dispensa de la Junta para realizar la operación, sino que puede realizarla, sin perjuicio de que la misma esté sometida a la fiscalización *a posteriori* por la Junta. Para MARIMÓN DURA⁵¹ el artículo 162.2 LSC sólo es

⁵¹ MARIMÓN DURA, Rafael: *La asistencia financiera de una sociedad limitada a sus socios, administradores y otras sociedades del grupo*, Thompson Reuters, 2002.

aplicable respecto de grupos de sociedades en sentido estricto, aquellos en los que existan una dirección unificada y un interés colectivo evidentes que justifiquen obviar la previa autorización o dispensa de la Junta. No sería, por tanto, aplicable el 162.2 LSC a sociedades en las que el vínculo entre ambas sea una mera participación mayoritaria sin mayores consecuencias, puesto que ahí no existiría ese interés suprasocietario o colectivo que pudiera argüirse para eludir hablar en esos casos de conflicto de intereses. Además, volviendo al trabajo de BUSTILLO TEJEDOR, en la práctica lo que ocurrirá en muchos casos será que, para gozar de la máxima seguridad jurídica, el prestamista o cocontratante con las sociedades vinculadas exigirá la previa autorización de la Junta ante la dificultad de la prueba de la existencia del grupo y ante el temor de que, pese a que el administrador argumente en su favor el 162.2 LSC, luego se demuestre que la operación no gozaba del placet de la Junta y que no existía tal grupo que justificase su aplicación. Además, la posterior fiscalización por la Junta de la operación de asistencia financiera, aunque se alegue que fue intragrupo, puede acarrear responsabilidades para el administrador que la adoptó sin previa aprobación de la Junta. En la Junta que controle dicha operación podría tener que abstenerse la sociedad matriz o mayoritaria (190 LSC), dejando recaer la decisión sobre si se quebrantó o no el deber de lealtad para con la filial en los minoritarios no pertenecientes al grupo como tales.

Incluso en una sociedad en cuyo capital sólo haya personas físicas (y por tanto libre de la participación de otras personas jurídicas), los intereses de los socios pueden no estar alineados. Dentro de los socios de toda sociedad puede haber unos interesados en la viabilidad de la sociedad a largo plazo y otros en la rentabilidad a corto, aunque ello suponga debilitar la estructura de la sociedad y su descapitalización a medio o largo plazo. Y evidentemente ambos maniobrarán a tal fin. Esa distinta perspectiva, clásica entre los socios con vocación de permanencia y los inversores externos, como podría ser un fondo de capital riesgo, puede generar importantes conflictos que «atrapen entre dos fuegos» a los miembros del órgano de administración. El riesgo que dichos administradores asumen es que se entienda que han infringido el deber de lealtad para con la sociedad cuando en realidad el problema de los mismos es conjugar dicho deber con el hecho de que también se deben a los socios que les nombraron como administradores, pudiendo dichos socios tener intereses o simplemente perspectivas o enfoques distintos a los de la mayoría sobre cuál debería ser el fin social. Y la seguridad no tiene por qué existir para esos infortunados administradores; lo que hoy es conforme con el interés social puede ser una operación contraria si la mayoría en la Junta fluctúa.

Ya hemos apuntado antes cómo en numerosas ocasiones los administradores, en cuanto sujetos principales del deber de lealtad y de la obligación de evitar situaciones de conflicto, se ven sometidos a numerosas influencias procedentes de intereses ajenos a la sociedad a la que pertenecen. Dichas redes de interés influyen

y mucho en la toma de decisiones de los administradores. En ocasiones esos intereses proceden de personas vinculadas incluidas en el listado del artículo 231 LSC, pero en otras las personas que ejercen esa influencia no aparecen en dicha enumeración. También hemos insistido en la idea de que el hecho de que el conflicto de intereses en que esté inmerso el administrador no sea relativo a las personas listadas no excluye la propia existencia del conflicto, sólo que al no ser aplicable la presunción *iuris et de iure* de que el conflicto existe del 231 LSC, deberá ser el propio administrador el que lo comunique si considera que existe, para que así la sociedad pueda adoptar las medidas oportunas a que ya nos hemos referido.

Un supuesto un tanto especial en relación con lo anterior es el caso de sociedades filiales o patrocinadas en un elevado porcentaje por otra sociedad matriz. El artículo 231.1.d) LSC enumera como «personas vinculadas» del administrador persona física «*las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio*». Ello, sin embargo, deja a salvo los casos en que, siendo socio mayoritario una sociedad matriz, ésta designe como administrador, no a la propia matriz como administradora persona jurídica, sino directamente a una persona física. De ese modo, en relación con esa persona física designada administrador, la sociedad matriz no será persona vinculada de las enumeradas en el artículo 231 LSC. Así de sencillo es para una sociedad matriz eludir aparecer en el listado del artículo 231 LSC, lo que refuerza la idea de que dicho listado comprende parte de los conflictos de interés que pueden darse, pero no excluye que éstos se produzcan fuera de su ámbito subjetivo de aplicación.

En la contratación entre la sociedad matriz y la sociedad filial, el administrador designado por la primera en la segunda estará sometido a una enorme presión, por cuanto aunque su deber de lealtad es para la filial, sin embargo, debe su nombramiento y permanencia como administrador (con las subsiguientes retribuciones y facultades en su caso) a la sociedad matriz. Si ésta está interesada en la celebración de un contrato con la filial, la presión sobre el administrador para su realización será en muchos casos máxima.

Todo esto nos lleva a hablar de la doctrina de las ventajas compensatorias:

Analizando un caso reciente, el Tribunal Supremo⁵² ha sido muy claro acerca de cómo el deber de lealtad para con una sociedad (aunque sea la matriz de un grupo de sociedades) no justifica la deslealtad para con la otra. Ello sería predecible tanto de sociedades integradas en un mismo grupo (pensemos en las relaciones entre administradores de la sociedad matriz y de la sociedad filial, habiendo sido «colocados» los segundos por los primeros como tales administradores y,

⁵² STS 695/2015, de 11 de diciembre.

por tanto, «debiéndoles el cargo») como, más aún, respecto de sociedades que, sin estar integradas en un mismo grupo, están relacionadas al ser una de las dos socio de la otra con suficiente participación en el capital social como para influir decisivamente en el nombramiento de uno o más miembros del órgano de administración.

Esta sentencia, a la que seguro seguirán otras, es la primera de dicho tribunal en plantear claramente el conflicto entre el interés del grupo societario y el interés de la sociedad filial particular, resolviéndolo acudiendo a la doctrina de las ventajas compensatorias. Dicha teoría admite la licitud de la transacción por la que un administrador de una sociedad cause conscientemente un perjuicio a la sociedad filial a cambio de la consecución de un fin de interés para el grupo al que pertenece. La única condición es que a cambio (de ahí la denominación de la teoría) se produzca con posterioridad una compensación adecuada a la filial que primeramente ha sufrido el perjuicio. El administrador de la sociedad filial en ese caso no está realmente causando un perjuicio patrimonial a la sociedad filial a la que debe lealtad, sino posponiendo la obtención del beneficio; se trata de una contraprestación por un beneficio equivalente (o superior) en un futuro. Es como una inversión: hoy por ti, mañana por mí. Evidentemente no se puede utilizar fraudulentamente para convertir a la filial en una sociedad sujeta exclusivamente a los deseos de la matriz. La relación tiene que ser recíproca, si bien el beneficio puede no obtenerse simultáneamente. Esta teoría encaja bien en la realidad el tráfico, en la que además de sociedades plenamente integradas hay sociedades puramente participadas en las que hay socios externos cuyos intereses evidentemente serán ajenos a los del grupo.

Para que esta doctrina funcione adecuadamente, el administrador de la filial debe asegurarse de que el perjuicio que se causa está suficientemente justificado por un beneficio futuro proporcional al perjuicio sufrido⁵³ y verificable económicamente (no valen alusiones genéricas a cosas inmateriales como «sinergias» no cuantificables). Además el perjuicio sufrido en ningún caso puede dañar de modo irreversible la viabilidad y solvencia de la filial. De no reunirse dichos requisitos el administrador no podrá argüir un hipotético beneficio futuro que no tenga ningún fundamento más allá de servir de excusa al administrador de la filial para eludir la eventual responsabilidad.

En relación con estos temas y por su interés reproduzco los argumentos del Tribunal Supremo que afirman que esas circunstancias no eximen a los administradores de la sociedad filial o participada del cumplimiento de las obligaciones derivadas del deber de lealtad:

⁵³ No está claro qué debe entenderse por «adecuada compensación». Podría serlo tanto la obtención de un beneficio patrimonial directo como algo más difícilmente mensurable, pero igualmente de valor económico, como la cesión del uso de una marca o nombre comercial.

«La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no sólo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado.

El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones de gestión ordenada, representación leal, fidelidad al interés de la sociedad, lealtad y secreto que le incumben como tal administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo.

El interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial. El administrador de la sociedad filial que realiza una actuación que causa un daño a la sociedad que administra no queda liberado de responsabilidad por el simple hecho de que tal actuación haya sido acordada por quien dirige el grupo societario. El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de «obediencia debida» a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar.»

Y en cuanto a la doctrina de las ventajas compensatorias añade: «Ciertamente, la existencia de un grupo de sociedades supone que, cuando se produzcan conflictos entre el interés del grupo y el interés particular de una de las sociedades que lo integran, deba buscarse un equilibrio razonable entre un interés y otro, esto es, entre el interés del grupo y el interés social particular de cada sociedad filial, que haga posible el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades, pero impida a su vez el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social, de manera que se proteja a los socios externos y a los acreedores de cualquier tipo, públicos, comerciales o laborales.

Ese equilibrio puede buscarse en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad. Tales ventajas no tienen que ser necesariamente simultáneas o posteriores (esto es, simultáneamente o tras la actuación perjudicial para la filial se produce otra beneficiosa que compensa el daño), sino que ha podido

ser también previa (por ejemplo, que previamente a la actuación perjudicial hubiera existido un beneficio patrimonial apreciable, generado por el grupo a favor de su sociedad filial o derivado de la pertenencia de la sociedad al grupo, que hay que tomar en consideración cuando posteriormente se produce la actuación que perjudicó a la sociedad filial).

Se trata de realizar un balance de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial. Las ventajas o prestaciones realizadas por el grupo a favor de la sociedad filial deben ser verificables, sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a “sinergias” o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción, que carezcan de consistencia real, aunque sí pueden consistir en oportunidades de negocio concretas, dotadas de valor patrimonial, como pueden ser las inherentes a una cesión de clientela».

Todo lo descrito en este apartado son problemas que en la práctica se pueden plantear a los administradores para un correcto cumplimiento del deber de lealtad. Ello no significa que no estén sujetos al mismo, o que haya que exonerarles de dicho deber si tienen además otras «lealtades» justificadas como puedan tener los administradores de la filial respecto de los de la matriz, o un administrador respecto del socio con cuyo voto ha sido nombrado miembro del órgano de administración. Lo que quiero subrayar es que una interpretación justa del deber de lealtad no puede ser ciega a las circunstancias concretas en que el administrador en cuestión se encontraba cuando tomó la decisión de que se trate. El equilibrio en la aplicación por los tribunales y aplicadores del derecho de este deber es esencial para proporcionar seguridad jurídica.

3. Extensión de la prohibición de realizar operaciones vinculadas a los representantes voluntarios de la sociedad

Los destinatarios de la regulación del deber de lealtad contenido en los artículos 227 y ss. LSC son los administradores de la sociedad. Es en ellos en quienes los socios, reunidos en Junta, han depositado su confianza atribuyéndoles las facultades de gestión y representación de la sociedad. Como integrantes del órgano de administración están sometidos a un régimen de derechos y facultades, pero también de deberes y obligaciones cuyo epicentro es la consecución del interés social. La naturaleza representativa de su cargo es evidente, aunque merezca el calificativo de «representación orgánica», y debido a ello como cualquier otro representante «se deben» al representado, de quien proceden todas sus facultades y a cuya voluntad se hayan, en última instancia, sometidos. El deber de lealtad se basa en última instancia en la buena fe, en no quebrantar la confianza que el representado les ha conferido a través de su voluntad expresada en la Junta general de socios de la sociedad.

En desarrollo del deber de lealtad, el artículo 229 LSC enumera una serie de conductas que los administradores deben abstenerse de realizar para así evitar en lo posible incurrir en conflictos de intereses con la sociedad a la que representan. De entre dichas prohibiciones, que aluden a conflictos de intereses entre el administrador o sus vinculados y la sociedad, la de realizar transacciones con la sociedad es la que más específicamente atañe a la autocontratación.

La autocontratación se produce cuando «existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas, es decir, cuando una persona cierra consigo misma un contrato actuando a la vez como interesada y como representante de otra⁵⁴». Como afirma el Tribunal Supremo⁵⁵, «la autocontratación o contrato consigo mismo tiene lugar cuando una sola persona, que concentra la representación o poder de disposición de dos patrimonios, pone a éstos, a virtud de una sola declaración de voluntad, en una relación de obligación. En tal caso, en tesis general, se puede reconocer su posibilidad, siempre que no haya conflicto de intereses entre los dos patrimonios relacionados, pues de existir esa oposición se hace, lógicamente, precisa la inter vención de otra voluntad». El principal problema de tal figura reside en el conflicto de intereses que pone de manifiesto y que obliga a exigir para la plena eficacia del contrato el consentimiento expreso de los afectados salvando dicho conflicto. La cuestión es la protección de los intereses en juego. Si habiendo conflicto de intereses éste no se salva por el órgano competente de la sociedad afectada (o si hay múltiple representación de ambas sociedades representadas), el negocio no es eficaz y no cabrá su inscripción, si bien sí que será posible su ratificación con los efectos del artículo 1259 CC.

A efectos de carga de la prueba es importante tener en cuenta en los casos de autocontrato que basta su existencia para que se presuma el conflicto de intereses, y no a la inversa⁵⁶. Ello supone que, si hay autocontrato, el representado no tiene que probar el conflicto de intereses, sino que éste se presume. En cambio, si no hay autocontrato, pero sí que media conflicto de intereses, sí será de cargo del representado probar el conflicto en que incurrió el representante.

Según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, «el administrador único, como representante orgánico de la sociedad, sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta general o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio quede manifiestamen-

⁵⁴ STS 4992/2001, de 12 de junio.

⁵⁵ STS 494/2008, de 11 de julio.

⁵⁶ STS 135/2001, de 19 de febrero. Dicha sentencia afirma que «es rechazable que sea el mandante el que tenga la carga de probar la existencia del conflicto de intereses si quiere anular el contrato, cuando el CC prohíbe la autocontratación por la ostentación de la cualidad de mandatario, sin condicionarla a nada, ni sienta ninguna presunción favorable al mismo que el mandante haya de destruir».

te excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato»⁵⁷.

Cuando el artículo 229.1.a) LSC prohíbe a los administradores la realización de operaciones vinculadas, dicha prohibición abarca tanto a la figura del autocontrato en sentido estricto o autoentrada (o sea, cuando el administrador comparece en su propio nombre y derecho y en el de la sociedad), como la múltiple representación (cuando una misma persona interviene a la vez en representación de las dos partes del negocio con intereses contrapuestos), y también las transacciones realizadas con personas vinculadas al administrador (cuando el administrador representando a la sociedad celebra la transacción con un familiar, por ejemplo).

En todos esos casos se presume, sin admitirse prueba en contrario, la existencia de conflicto de intereses, al ser demasiado grande a ojos del legislador el riesgo de que el administrador anteponga sus propios intereses o los de personas vinculadas con él a los de la sociedad, precisamente por eso se consideran conductas prohibidas, salvo dispensa por la sociedad.

Por la misma razón se prohíben también dichas operaciones aunque se realicen por persona interpuesta (lo que el artículo 1459 CC llama «*persona intermedia*»), esto es, aquella persona que celebra un contrato en lugar de otra para ocultar así al verdadero interesado a los ojos de los contratantes. Si en el mismo ejemplo que antes hemos reseñado, en lugar de vender el administrador a un familiar realiza dicha venta un apoderado de la sociedad nombrado por el administrador conflictuado en favor de ese mismo familiar, parece evidente que el conflicto de intereses subsiste. No se puede salvar el conflicto con la mera interposición de un apoderado cuyo poder depende en última instancia en cuanto a su contenido, existencia y facultades, del propio administrador afectado por el conflicto.

La siguiente cuestión a plantear es si la prohibición de celebrar transacciones con personas vinculadas es también aplicable a los representantes voluntarios de la sociedad, o sea, a sus apoderados. Desde un punto de vista ético parece razonable pensar que del mismo modo que el administrador único de una sociedad no puede venderle un bien del patrimonio social a su mujer sin dispensa de la Junta, tampoco puede el apoderado realizar dicha acción. La cuestión es si dicha conducta es jurídicamente reprochable y si, en caso de serlo, lo es por infringir el apoderado la prohibición del artículo 229.1.a) LSC.

Tras detallar los deberes de los administradores y su contenido, la LSC trata de su responsabilidad, indicando en el artículo 236 LSC quiénes son los sujetos pasivos de los deberes inicialmente enunciados exclusivamente para los administradores. En ese artículo se mencionan, además de los administradores como tales, el administra-

⁵⁷ RRDGRN de 13 de febrero de 2012 y 2 de diciembre de 1998.

dor de hecho⁵⁸ (que entre otros abarca al administrador con cargo caducado o el típico socio de control que interviene constantemente en la gestión social como si fuese un administrador oculto), la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y aquella persona, cualquiera que sea su cargo o denominación que, no existiendo consejero delegado, tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad.

En consecuencia, parece claro que el régimen genérico de deberes de los administradores, y en particular las obligaciones derivadas del deber de lealtad, también en lo concerniente a la contratación con personas vinculadas, no será aplicable con carácter general a los simples apoderados, pero sí lo será respecto de las personas que con carácter habitual desempeñen funciones de alta dirección, o sea, los gerentes y apoderados generales (cuyo cargo obligatoriamente ha de constar inscrito en el Registro Mercantil ex art. 22.2 CCOM).

El hecho de que no sea directamente aplicable a los apoderados el régimen del deber de lealtad previsto para los administradores no significa que no estén sujetos a las reglas básicas de la representación y, en consecuencia, también se verán privados de sus facultades representativas si incurren en conflicto de intereses.

Como hemos visto, no les es aplicable la presunción legal derivada de los artículos 229.1 y 231 LSC, en virtud de la cual se entiende que existe necesariamente conflicto de intereses siempre que un apoderado contrata en representación de la sociedad con una persona vinculada a él mismo. No obstante no presumirse, dicho conflicto puede existir. Y puede hacerlo al margen de la figura jurídica de la autocontratación, sin deberse identificar ambos conceptos como a veces ha ocurrido en nuestra doctrina y jurisprudencia. La identificación en parte de nuestra literatura jurídica de ambas figuras ha generado alguna que otra confusión, hasta el punto de que muchos autores han llegado a defender que el representante voluntario, también en el ámbito mercantil, no incurriría en conflicto de intereses salvo si existía autocontrato, cuando la realidad es bien distinta. Si el representante voluntario en uso de dicha facultad representativa autocontrata habrá conflicto de intereses, pero puede ser que, pese a no mediar autocontrato, exista dicho conflicto. Existiendo conflicto, lo realizado por el conflictuado es nulo, sin perjuicio de la posibilidad de ratificación ex 1259 CC.

No obstante todo lo anterior, deberemos excluir el conflicto de intereses en toda transacción en que el consentimiento de la sociedad esté tan determinado y

⁵⁸ Un apunte en relación con el administrador de hecho. Se ha apuntado ya por cierta jurisprudencia que, en *joint ventures* o sociedades instrumentales creadas por varias sociedades como vehículo de inversión para un proyecto concreto, los administradores designados por los socios son en realidad meros transmisores de su voluntad, y en consecuencia son los propios socios los que han de asumir el deber de lealtad como administradores de hecho u ocultos de la sociedad. En ese sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid número 3, de 30 de diciembre de 2013.

especificado que excluya toda libertad de contratación en el administrador o representante voluntario de que se trate. En esos casos no nos encontramos en puridad con un administrador o un apoderado, sino con un mero *nuntius* o portador de la voluntad ajena⁵⁹ (en este caso de la voluntad social expresada a través de la Junta). El caso más claro será aquel en que el administrador, o el apoderado a través de éste, celebre un contrato con la persona y con las condiciones predefinidas de modo exhaustivo por la Junta (normalmente a través de la facultad de impartir instrucciones del artículo 161 LSC). En esa situación, el hecho de que haya cualquier clase de conflicto de intereses no afecta a la validez del negocio, pues se entiende salvado por la autorización de la Junta, que no es en realidad dispensa, porque el conflicto como tal no existe puesto que el administrador o apoderado, aunque comparece como tal, en realidad no está más que transmitiendo un consentimiento contractual completo que le ha sido dado privándole de toda libertad para modificarlo.

Actualmente se entiende que media conflicto de intereses que impide contratar al representante voluntario:

1. Si hay autocontrato en sentido estricto. Tiene lugar cuando en un mismo contrato o negocio interviene una misma persona en representación de ambas partes con intereses contrapuestos. Ello es aplicable tanto a los supuestos de autoentrada (apoderado de una sociedad compra a ésta personalmente algún activo social) como de múltiple representación (existe un supuesto de autocontratación cuando una misma persona comparece y actúa como administrador único o solidario de sociedades que tienen intereses contrapuestos en el negocio jurídico realizado).

2. Si hay autocontrato en sentido amplio. Se extiende la figura del autocontrato a supuestos en los que técnicamente no hay autocontrato desde un punto de vista exclusivamente contractual, pero que producen un directo enriquecimiento del apoderado en perjuicio del poderdante. Un caso evidente es el del apoderado (o administrador de una sociedad) que vende (por sí o por persona interpuesta) activos sociales a su mujer, con la que está casado en gananciales. Los efectos económicos del contrato celebrado repercuten directamente en el patrimonio ganancial, de que ambos contratantes son cotitulares⁶⁰. Técnicamente no hay autocontrato porque la misma persona no interviene dos veces, una en representación

⁵⁹ RDGRN de 14 de mayo de 1998, según la cual «es generalmente admitida la viabilidad de la autocontratación cuando aquel riesgo lo asume el representado o las facultades conferidas son tan precisas que lo excluyen». Hay conflicto de intereses, pero éste se entiende salvado. No podemos decir que el conflicto no existe porque no es así, los intereses de la sociedad y el administrador sí están enfrentados. Lo que ocurre es que, al autorizar el contrato en unos términos concretos, el administrador en realidad no está contratando por sí, sino ejecutando un acuerdo de la Junta, cuya voluntad es la que verdaderamente se está teniendo en cuenta en la celebración del contrato.

⁶⁰ Para la mayoría de la doctrina, su naturaleza es la de una sociedad germánica.

de cada parte, sino que a la celebración del contrato comparecen (directamente o por persona interpuesta) el apoderado (o administrador) de que se trate y su cónyuge. El Tribunal Supremo, ya en 1987⁶¹, consideró que dichos casos están prohibidos a la luz del artículo 1459.2 CC. En la actualidad se considera superada la idea de que sólo existe conflicto de intereses en el seno de una estructura contractual en la que medie la figura de la autocontratación. Puede existir claramente tal conflicto sin ella.

3. Superación de la figura del autocontrato. La RDGRN de 30 de junio de 2014 se refería a la firma de un préstamo hipotecario entre una prestataria casada en separación de bienes y su marido, que comparecía como apoderado de la entidad acreedora y además a los efectos de prestar el consentimiento del 1320 CC. Dicha resolución distingue claramente autocontrato y conflicto de intereses, afirmando que puede no existir el primero y darse el segundo, como es el caso concreto. Y una vez separados ambos conceptos admite para «todo gestor de intereses ajenos» que «la proscripción de actuación en situación de conflicto se predica no sólo de aquellas situaciones en que el conflicto es directo entre los intereses del principal y de quien los gestiona», admitiendo expresamente que el conflicto puede ser no sólo directo, sino indirecto, a través de personas vinculadas al representante («se ha entendido que el deber general de lealtad que incumbe a todo gestor de intereses ajenos impone su abstención en aquellos supuestos en que el conflicto se produce entre los intereses del principal y los intereses de aquellas personas vinculadas al gestor»).

Y a continuación viene el párrafo decisivo, ese que aclara expresamente que aunque el régimen del deber de lealtad de la LSC no sea directamente predicable de los apoderados voluntarios, al estar éstos sujetos a las normas generales de la representación en cuanto a tales representantes sí que les es exigible no incurrir en situaciones objetivas de conflicto, bien sea por sí o a través de personas interpuestas e incluso vinculadas: «Las limitaciones contenidas en dichos preceptos son aplicables al supuesto del apoderado que actúa en virtud de un poder de representación. Las razones para que así sea derivan no sólo de que el régimen legal es predicable de cualquier actuación representativa en cuanto delimitador de la situación de conflicto, sino, sobre todo, porque, como afirma el Tribunal Supremo, es la situación objetiva de conflicto la que produce la limitación de la actuación representativa, esté o no expresamente contemplada en una norma específica (...), la que justifica que el apoderado carezca de poder de representación cuando actúa en situación de conflicto por contratar con persona con quien tiene relación de vinculación (cfr. artículo 231.2.d) LSC)». Más adelante se reitera la DGRN, «no puede estimarse la afirmación de que el régimen de limitaciones que para los administradores establecen los artículos 226 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital no es aplicable a los apoderados, pues como ha quedado reiterado y es doctrina de

⁶¹ STS 602/1987, de 7 de octubre.

nuestro Tribunal Supremo, es la situación objetiva de conflicto y no la cobertura de una norma específica la que limita la actuación representativa del apoderado».

En resumidas cuentas: si bien los representantes voluntarios no están sujetos *per se* a las normas genéricas del deber de lealtad de la LSC (ni por tanto a la relación de conductas prohibidas del 229.1 y en particular a las operaciones vinculadas del 229.1.a) en relación con el 231 LSC), eso no excluye que les siga siendo de aplicación la regulación genérica de toda relación representativa, la cual excluye por definición que el representante pueda contratar en situación de conflicto de intereses sin la previa autorización del representado.

Y aquí es cuando enlazamos con el régimen de concesión de la dispensa...

V. OBLIGACIÓN DE COMUNICAR LA SITUACIÓN DE CONFLICTO

Como hemos visto al estudiar los fundamentos del deber de lealtad, en sus entrañas late el principio de buena fe, principio general del derecho que es común a todas las ramas de nuestro ordenamiento jurídico (art. 7 CC). La obligación de información que el artículo 229.3 LSC impone a los administradores de informar a sus colegas de *«cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad»* es esencial para que la sociedad pueda tomar decisiones con conocimiento de causa. El deber de lealtad y la buena fe son consustanciales con la transparencia informativa y contrarios a la opacidad y la posible adopción de decisiones «a ciegas» por la sociedad. Para ello, el administrador afectado debe suministrar en tiempo y forma adecuados la información veraz y suficiente acerca de los posibles conflictos en que pudiera estar incurso. Dicha obligación tiene una importancia y entidad tales que, a mi juicio, habría sido más adecuada su ubicación entre las obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, y no como apéndice del deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

El obligado principalmente a informar debe ser el propio administrador conflictuado; sin embargo, si otro administrador no afectado por el conflicto tuviera conocimiento de que un compañero suyo está afectado por un conflicto de intereses quebrantaría él mismo su deber de lealtad para con la sociedad si no pusiere en conocimiento de ésta la existencia de dicho conflicto. En cuanto al destinatario de la comunicación, el artículo 229.3 LSC prima en principio a los restantes miembros del órgano de administración no conflictuados; bien sean consejeros, administradores mancomunados o a los solidarios no afectados por el conflicto. Como excepción la STS 222/2016, de 7 de abril, a la que luego nos referiremos, afirma que la comunicación hecha a un miembro del Consejo de administración se entiende suficiente a estos efectos, no obstante no haberse remitido la información al Consejo de administración como tal órgano de la sociedad. La ley sólo

prevé la comunicación directa a la Junta en caso de que el conflictuado sea administrador único. Ello constituye un poderoso argumento para defender que en la nueva regulación es el órgano de administración, y no la Junta, el órgano al que el legislador atribuye preferencialmente la competencia para otorgar las dispensas (si bien con arreglo a la distribución del artículo 230.2 LSC).

En coherencia con lo dispuesto en el artículo 229.2 LSC, la comunicación también será exigible cuando la conducta de que se trate afecte a personas vinculadas con el administrador, y es que la comunicación debe referirse a todo conflicto, sea directo o indirecto.

Si el miembro conflictuado del órgano de administración no cumple dicha obligación de comunicación ello coloca en una situación de indefensión a la sociedad⁶², puesto que ésta normalmente carecerá de otros medios para conocer la existencia del conflicto, y en consecuencia no podrá adoptar las medidas preventivas que contempla la ley, debiendo tomar una decisión llegado el momento sin esa información que, en muchos casos, será decisiva para inclinarse en uno u otro sentido. La finalidad de la comunicación es, pues, que la sociedad pueda adoptar las decisiones adecuadas para defender sus intereses, sin que el administrador en conflicto pueda intervenir en la adopción de tal decisión.

Si el administrador incumple su deber de comunicar el conflicto deviene inaplicable toda la regulación preventiva o profiláctica del conflicto que hay en la ley, correspondiendo a los mecanismos ex post determinar la procedencia de si conviene en esos casos exigir la responsabilidad civil, social, o incluso penal del administrador incumplidor, independientemente del posible acuerdo de cese del administrador afectado adoptado por la Junta si se considera pertinente. Ello supondrá en última instancia la judicialización del problema y unos mayores costes tanto para el sistema, con el consiguiente aumento de la carga de trabajo de los órganos judiciales y la inseguridad jurídica en tanto no sea firme la sentencia; como para la propia sociedad en forma de costes procesales, retrasos y, sobre todo, el halo de incertidumbre que a ojos de la sociedad cubrirá toda la actividad gestora desempeñada por el administrador que, *a posteriori*, ha demostrado ser desleal. Las consecuencias negativas abarcan incluso al propio afectado, de quien al haber omitido la obligatoria comunicación se presumirá la mala fe, pudiendo reclamársele por la sociedad un eventual enriquecimiento injusto (227 LSC). Todo ello será posible, obviamente, dando por supuesto que la situación de conflicto llegara a conocerse con posterioridad a la celebración del contrato o asunto de que se trate, sin perder de vista los plazos de prescripción que a tales efectos contempla nuestro ordenamiento.

En el supuesto de que el administrador que pudiera estar afectado por un conflicto de interés aporte la información necesaria, ello permitirá a la sociedad

⁶² Entendida aquí «la sociedad» como los restantes miembros del órgano de administración o, si el conflictuado fuera un administrador único, los socios reunidos en Junta general.

adoptar toda una batería de medidas tendentes a eliminar el riesgo que para la sociedad y sus intereses podrían desprenderse de dicho conflicto.

1. Requisitos de la comunicación

Pasamos a estudiar las características que la información aportada por el administrador debe reunir para cumplir así su finalidad y no verse reducida a un mero formalismo sin contenido:

a) Imperatividad de la comunicación. El deber del administrador de hacer la comunicación a que se refiere el artículo 229.3 LSC no puede omitirse en ningún caso, ni siquiera en aquellos casos en los que se entienda que el conflicto, pese a existir, es de tal naturaleza que no va a perjudicar a la sociedad por inoqua o porque se va a realizar en condiciones de mercado. En ambos casos, el artículo 230.2 LSC dice «*además*», o sea, presupone la transparencia como requisito básico aun cuando la operación de que se trate vaya a realizarse en esas condiciones que en principio van a evitar cualquier perjuicio patrimonial a la sociedad.

La naturaleza imperativa del deber de lealtad supone también que el incumplimiento de este deber de comunicar, por sí mismo, ya supone el nacimiento de responsabilidad del administrador por infracción del deber de lealtad (o de una de las obligaciones inherentes al mismo) aun cuando la conducta que fuere a realizarse finalmente no produjera dicho perjuicio (por ejemplo, si con posterioridad a la celebración de un contrato entre la sociedad afectada y un tercero se descubre que el administrador contrató sin informar debidamente con una persona vinculada, aun cuando dicho contrato se hubiera celebrado en condiciones de mercado). La clave está en la indefensión que la falta de información genera a la sociedad, la cual, al desconocer el riesgo, tampoco podrá adoptar ninguna medida para paliarlo (aunque finalmente no llegue a materializarse perjuicio patrimonial alguno), ni tan siquiera para tenerlo en cuenta⁶³.

La comunicación debe hacerse siempre, el administrador no puede dar por hecho que la sociedad ya se halla en posesión de la información necesaria porque, por ejemplo, la relación de parentesco con la persona vinculada con la que se va a celebrar el contrato ya la conoce algún otro miembro del órgano de administración. Evidentemente, si algún socio o administrador conoce la existencia del conflicto debe comunicarla, pero no es él el afectado por el mismo ni, en consecuencia, el sujeto pasivo de la obligación que impone el artículo 229.3 LSC.

⁶³ Recordemos que el artículo 229.3,2 LSC exige que las situaciones de conflicto de interés en que incurran los administradores sean objeto de información en la memoria.

b) Obligación de incluir expresamente en la comunicación la existencia de conflicto. Del mismo modo que no cabe que el administrador presuponga que el conflicto es conocido por otros administradores o socios, tampoco es suficiente para entender cumplimentado el artículo 229.3 LSC que el administrador conflictuado cumpla otras obligaciones también derivadas del deber de lealtad. Del mismo modo que el hecho de comunicar eficazmente la existencia del conflicto no exime al afectado de su obligación de abstenerse en la deliberación y votación de que se trate, tampoco puede obviarse la comunicación refugiándose a tal fin en tal abstención. Se trata de obligaciones complementarias, pero independientes la una de la otra, de modo que la una no quita la otra, y viceversa.

Una excepción admisible⁶⁴ a esta obligación sería en aquellos casos en que la abstención del conflictuado se entienda puesta en conocimiento de los socios a través de los administradores presentes en la adopción del acuerdo de que se trate. Ello sólo sería admisible en sociedades en que la vinculación entre los administradores y los socios sea tal que los primeros sean meras «correas de transmisión»⁶⁵ de los intereses de los segundos, de manera que no quede ningún socio sin dicho tipo de representación presente en el órgano de administración en el momento de la adopción del acuerdo, o en aquellos casos en que es por todos sabido que uno o varios de los miembros del órgano de administración actúan en el mismo con el fin exclusivo de representar y defender los intereses de una tercera sociedad o de un socio, habiéndose convenido así por los socios en la propia constitución o en un pacto parasocial⁶⁶. Así sería, por ejemplo, en el caso de *joint ventures* u otras sociedades que se constituyen como instrumentos o vehículos para inversiones determinadas, y en las que la relación entre los escasos socios (normalmente no muy numerosos) y los administradores (que suelen ser también directamente proporcionales a la participación de cada cual) es de tal naturaleza y representatividad que excluye una posible indefensión aunque se omitiese la comunicación a que nos referimos a alguno de los socios. Al contrario, no cabría excluir la necesaria comunicación si la omisión de la misma va a generar indefensión en algún socio (por ejemplo, si el administrador designado por un grupo de socios no informados no asiste a la reunión en que se adopta el acuerdo relativo al conflicto, o si estando todos presentes hay un socio minoritario que carece de

⁶⁴ Sentencia 246/2013, de 30 de octubre, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Madrid.

⁶⁵ En expresión de PORTELLANO DÍEZ, Pedro: *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Civitas - Thomson Reuters, 2016.

⁶⁶ STS 793/2011, de 17 de noviembre. En esta sentencia se afirma abiertamente por el Tribunal Supremo que «resulta evidente que a los demandados no se les puede imputar consecuencias de no haber comunicado al Consejo de administración la realidad del conflicto, ya que el mismo era conocido por los miembros de dicho órgano, como resultado directo del acuerdo de participación accionarial», si bien continúa el más alto Tribunal: «Sin embargo, el repetido acuerdo entre las dos sociedades no justificó que los demandados no se abstuvieran cuando, según lo expuesto, debían haberlo hecho, ya que sobre la libertad de pacto prevalecen las exigencias de transparencia e información que reclama la protección del mercado y de los terceros (...)».

esa clase de representación «directa» en el órgano de administración por carecer él de una participación suficiente para designar «su» propio administrador).

c) Contenido suficiente. La finalidad de la información es que lleguen a la sociedad los datos suficientes para que ésta, bien sea a través de su órgano de administración (absteniéndose el administrador afectado), bien sea a través de la Junta general (si procede), pueda adoptar las medidas de protección que considere convenientes más allá de las imperativas que impone la ley. Esa suficiencia de los datos exige que el administrador conflictuado desarrolle la extensión y características de su interés (cuando digo «su» me refiero también a las personas o entidades con él vinculadas a que se refiere el artículo 231 LSC), de manera que los no afectados por el mismo puedan decidir teniendo en su poder la información necesaria. Un suministro insuficiente de información podría suponer nuevamente una deslealtad para con la sociedad a la que, de esa manera, se está «intoxicando» a la hora de tomar decisiones que afectan directa o indirectamente al propio administrador.

El deber de información no es, sin embargo, absoluto, sino que tiene sus límites. En el caso de contratación con personas vinculadas es evidente que el administrador no está obligado a precisar información que pueda comprometer la capacidad negociadora de la contraparte. En esos casos su lealtad está dividida, de modo que su obligación de información y posteriormente la de abstenerse no suponen obligarle a trabajar como un *insider* para la sociedad de la que es administrador, sino que una vez informada la sociedad de que es administrador se encuentra afectado por un conflicto de intereses y de la extensión del mismo su postura debe ser neutral, dejando que sean los demás no conflictuados los que adopten las decisiones que con arreglo a la información prestada consideren suficientes. El deber de lealtad no puede paradójicamente conducir al administrador afectado a desvelar elementos esenciales para una negociación de la contraparte.

d) Momento de la comunicación. Partimos de una laguna de la ley. La LSC no especifica cuál debe ser el momento temporal en el que hay que realizar el aviso; si dicho aviso debe ser previo al conflicto o inmediatamente posterior al mismo y por último qué plazos hay para realizar dicha comunicación.

Ante la pregunta de cuál es el momento en que debe hacerse la comunicación, la respuesta debe partir del qué es lo que se comunica. Si lo que hay que comunicar son los conflictos existentes o reales, entonces no habría obligación de comunicarlos en tanto no cristalicen. Si, por el contrario, lo que se debe comunicar son los hipotéticos conflictos que pudieran existir, entonces la respuesta debe ser diferente. De la literalidad de la ley, que usa la expresión «*pudieran tener*», así como del enunciado del propio precepto «*deber de evitar*» parece que la finalidad de la información es más bien preventiva del conflicto. Ello no supone que si un administrador debe gestionar un asunto y le sobreviene un conflicto no deba comunicarlo, sino que como la finalidad es preventiva parece que la comunicación deberá

hacerse en cuanto exista una posibilidad real de conflicto, aun antes de que éste se materialice. Lógicamente, ello no puede llevarse al extremo de bloquear el órgano de administración de la sociedad con comunicaciones excesivas ante conflictos hipotéticos que sólo existen en la mente de los administradores, pero si la posibilidad, a juicio de los administradores, es real y probable deben comunicarlo antes de que se verifique para que así la sociedad pueda adoptar las medidas oportunas para prevenir los riesgos que de dicho conflicto de intereses pudieran derivarse.

Ya en el nombramiento de una persona como miembro del órgano de administración de una sociedad (o al ser designado como representante persona física de la persona jurídica nombrada administradora), el designado puede saber los conflictos de interés que pueden afectarle en cuanto flamante administrador de dicha sociedad, teniendo la obligación de comunicarlos (si el conflicto fuera permanente entonces estaría incurso en la prohibición del 229.1.f) LSC, a cuyo apartado nos remitimos). En los casos de sociedades filiales o en las participadas por otras el recién nombrado es (o debería serlo) perfectamente consciente de las importantes tensiones a que se verá sometido como consecuencia de su deber de lealtad y sus vínculos simultáneos con varias sociedades. De todo ello nos hemos ocupado anteriormente.

El problema del momento en que debe realizarse la comunicación se ha tratado por el Tribunal Supremo en la STS 222/2016, de 7 de abril. Los hechos son los siguientes: un administrador de una sociedad interpone demanda contra la misma (de la que es socio, miembro del Consejo de administración y consejero delegado) en ejercicio de una acción de reembolso por las cantidades que hubo de pagar al haber garantizado personalmente diversas pólizas bancarias impagadas de las que era titular la sociedad. El demandante comunica a uno de los consejeros de la sociedad la demanda inmediatamente después de interpuesta ésta. Se alega por la sociedad la deslealtad del demandante al no haber informado oficialmente (si se declara probado un aviso informal a uno de los consejeros) a la sociedad antes de la interposición de la demanda. Para el Tribunal Supremo la comunicación previa no siempre es exigible, pudiéndose realizar con posterioridad a la interposición de la demanda (y por tanto a la cristalización del conflicto de intereses) siempre que se realice en un momento tal que posibilite la defensa de los intereses de la sociedad, sin que, por tanto, quepa perjuicio alguno para la sociedad por razón del momento elegido para realizar la comunicación.

Lo interesante de la sentencia citada es que se atiene a las circunstancias concretas del caso y utiliza como criterio para determinar la existencia o inexistencia de deslealtad si se generó o no una indefensión a la sociedad. La ley no especifica cuál es el momento para realizar la comunicación, consciente quizá de que optar por uno u otro podría generar resultados injustos en función de la diversidad de situaciones posibles. Como ya hemos indicado anteriormente, la regulación del deber de lealtad, pese al importante esfuerzo de concreción realizado por el legis-

lador, exige en muchos aspectos unos márgenes de flexibilidad importantes para poder adaptarse así a las circunstancias, y es que la realidad siempre será más rica que la mente del legislador.

VI. OBLIGACIÓN DE ABSTENERSE

La obligación más importante del administrador conflictuado, la más decisiva desde un punto de vista práctico, es cuál debe ser su conducta si pese a deber evitarlo [art. 228.e) LSC] y no obstante haberlo comunicado (art. 229.3 LSC) se encuentra incurso en un conflicto de intereses.

La solución por la que ha optado el legislador es la contenida en el 228 LSC: *«El deber de lealtad obliga al administrador a: c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto»*.

Lo primero que hay que aclarar en relación con dicha obligación de abstención es que si bien excluye la participación del administrador conflictuado en la adopción del acuerdo de que se trate, ello no supone automáticamente que haya que recurrir a la dispensa del artículo 230 LSC. Es perfectamente posible que el administrador conflictuado, tras comunicar que está afectado por el conflicto de intereses, se abstenga de participar en el asunto de que se trate. En una sociedad en que el órgano de administración es un administrador único, o son varios mancomunados debiendo actuar todos ellos conjuntamente, o si no pudiera constituirse válidamente el Consejo de administración, la abstención del conflictuado o conflictuados llevaría a la parálisis al órgano de administración y por tanto a la sociedad. Para salir de esa parálisis sólo cabría que el administrador conflictuado convocase Junta general incluyendo en el orden del día la concesión de dispensa para permitir su actuación. Ese sería su único margen de maniobra a la vista de su obligación de abstención y de la imposibilidad de que el órgano de administración integrado por los restantes miembros no conflictuados le dispense o actúe sin él.

No sólo debe abstenerse el administrador conflictuado si la dispensa u operación va a aprobarse por los restantes miembros del órgano de administración, también si la autorización va a concederla la Junta (190 LSC), extendiéndose la obligación de abstenerse no sólo al administrador/socio personalmente, sino también a la persona que ejerce en concreto el derecho de voto. El administrador o socio conflictuado no puede eludir la obligación de abstención confiriendo los derechos de asistencia y voto a un apoderado. Tampoco podría intervenir en dicha deliberación y votación el administrador conflictuado como representante voluntario o apoderado de otro socio no conflictuado⁶⁷. Lo relevante es que no puede

⁶⁷ STS 781/2012, de 26 de diciembre.

intervenir en una votación sobre un asunto quien detenta el interés extrasocial en conflicto con el interés social.

Sin embargo, es posible que en determinadas sociedades la abstención del administrador conflictuado no suponga necesariamente la paralización del órgano de administración y de la sociedad, sino que éste primero pueda seguir funcionando con los restantes administradores que mantengan su independencia respecto del asunto de que se trate. Ello ocurrirá en aquellas que tengan varios administradores solidarios de los que sólo uno esté conflictuado, o varios mancomunados, debiendo actuar varios, cualesquiera de ellos, o un Consejo de administración en el que los no afectados por el conflicto puedan seguir constituyéndolo válidamente. En esos casos será perfectamente posible la superación del asunto conflictivo por los restantes administradores; bien sea actuando éstos sin necesidad del obligado a abstenerse o bien concediendo ellos mismos la dispensa si el órgano de administración es competente para ello conforme al artículo 230 LSC.

Uno de los principales problemas que se plantean a la luz de la actual regulación del deber de lealtad es el alcance que tiene el deber de abstención del administrador conflictuado contemplado en el artículo 228.c) LSC. El artículo dice que debe *«abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto»*. Al no participar en la votación está claro que la consecuencia será la que la propia Ley 31/2014 ya previó en el artículo 190.2 LSC para los casos del 190.1 LSC en que el socio no pueda ejercitar el derecho de voto; *«las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria»*. Trasladado al órgano de administración, ello supondría que su voto no se tendrá en cuenta ni por activa ni por pasiva para la adopción del acuerdo correspondiente. Si, por ejemplo, el órgano de administración está formado por un Consejo de administración integrado por cinco miembros, uno de los cuales está conflictuado, las mayorías necesarias se formarán *como si* con relación a ese asunto en concreto sólo hubiese cuatro consejeros presentes.

Y en esas palabras que acabo de subrayar está el principal problema que se plantea. ¿Debe tenerse en cuenta al administrador incurso en el conflicto de intereses a efectos de cumplir el quórum mínimo necesario para la válida constitución del órgano de administración?

Ante esa cuestión caben dos posibilidades. La más estricta es partidaria de no computar al afectado a tales efectos, lo que conlleva que para que el órgano de administración de la sociedad pueda válidamente adoptar el acuerdo debería estar compuesto por suficientes administradores no incurso en conflicto para su válida constitución (llamémosles en adelante *«independientes»* para evitar excesivas reiteraciones). La postura más laxa es la que entiende que, si bien el administrador

afectado por el conflicto debe abstenerse, ello no significa que no deba ser tenido en cuenta a la hora de cumplir con los requisitos de quór um que el órgano de administración requiera. Incluyéndole se facilita la concesión de la dispensa por el órgano de administración. Excluyéndole aumentan las posibilidades de que la concesión de dispensa sólo pueda corresponderle a la Junta.

1. Combinaciones posibles

Las distintas combinaciones posibles dependerán, obviamente, de la estructura del propio órgano de administración:

i) Administrador único incurso en conflicto. En este caso el órgano de administración es unipersonal, y al estar la única persona que lo integra afectada por el conflicto de intereses será necesaria la dispensa otorgada por la Junta para que así pueda actuar el administrador único pese al conflicto de intereses.

Conviene matizar que en este caso o en otros similares el hecho de que para actuar válidamente el órgano de administración (o más bien las personas que lo integran) necesiten la dispensa que sólo puede concederle la Junta general (porque el órgano de administración no puede constituirse válidamente para conceder la dispensa, excluyendo al conflictuado o porque se trate de una de las materias cuya dispensa reserva a la Junta el artículo 230 LSC), no significa que se atribuya la competencia en esa materia a la Junta sustrayéndola del órgano de administración. O poniéndolo de otra forma: la distribución de competencias entre los distintos órganos sociales, y en particular entre la Junta general y el órgano de administración es algo que resulta exclusivamente de la ley y los estatutos sociales y que la normativa reguladora del deber de lealtad no pretende alterar. Si, como en el caso que nos estamos planteando, la celebración de un negocio por el órgano de administración requiere una previa dispensa concedida por la Junta, ello no supone que la competencia para celebrar dicho negocio pase a ser de la Junta. Una vez concedida la dispensa por la Junta de socios con todos los requisitos y formalidades necesarios, será preciso que el acuerdo sea adoptado y ejecutado por el órgano de administración que, ahora sí, estará integrado también por el o los administradores conflictuados a quienes la Junta haya concedido dispensa para deliberar y votar el asunto de que se trate.

ii) Administradores solidarios, de los cuales uno está incurso en conflicto. El administrador conflictuado debe abstenerse, pero cualquiera de los demás administradores solidarios puede válidamente adoptar el acuerdo de que se trate (al no estar los demás administradores solidarios afectados por ese conflicto de intereses) o incluso dispensar al conflictuado para que lleve a cabo el acto por sí mismo siempre que, conforme al artículo 230.2 LSC, para ese caso concreto el órgano de administración (cualquiera de los administradores solidarios) sea competente para conceder la dispensa.

iii) Administradores mancomunados, uno de los cuales está incurso en conflicto. Las consecuencias del conflicto de interés en este caso serán distintas en función de cómo se haya configurado el órgano de administración:

a) Si se optó por un sistema de varios administradores mancomunados de manera que deban obrar todos conjuntamente (normalmente, dos administradores mancomunados); en caso de que uno de los dos esté afectado por un conflicto, ello supone que, tras comunicar la existencia del conflicto a su compañero, debe abstenerse de intervenir en la deliberación y votación del asunto de que se trate. El contenido de la obligación de abstención, cuyos orígenes se remontan a las sociedades cotizadas, está pensado y redactado fundamentalmente para órganos de administración que revistan la forma de Consejo de administración. La obligación de abstenerse es igualmente aplicable al administrador mancomunado, solo que éste debe abstenerse en todo lo relativo al asunto conflictuado, lo que abarcará no sólo la deliberación y votación del asunto (si bien en puridad al no ser un órgano técnicamente colegiado, aunque integrado por varios miembros no haya una votación como tal), sino también la pura ejecución del mismo (pensemos en su intervención como tal administrador mancomunado en la notaría). Como la representación de la sociedad se ha conferido por los socios a ambos administradores mancomunados conjuntamente, no cabe la actuación ni la toma de decisiones por uno sin el otro, por mucho que éste se abstenga. Esa abstención condena a la paralización al órgano de administración en relación con ese asunto. El o los administradores mancomunados restantes no ostentan la representación de la sociedad en esa materia por no concurrir todos los administradores a los que los socios encomendaron conjuntamente la representación de la sociedad.

No se trata de un problema de quórum como el que pueda plantearse en una sociedad que se rija por un Consejo de administración, al cual es inherente la adopción de decisiones por mayoría. Aquí no hay opción de que el no conflictuado adopte por sí solo el acuerdo y celebre el contrato, puesto que al no concurrir ambos, el no conflictuado por sí solo carece del poder de representación de la sociedad; sin el concurso del otro no puede ejercer válidamente ninguna competencia del órgano de administración porque no estará «válidamente constituido» (lo entrecomillo porque en órganos de administración mancomunados no puede hablarse técnicamente de constitución del mismo, o se ostenta la representación, o existe, o no). Por todo ello deberá obtenerse necesariamente la dispensa, para cuya concesión, al no poder concederla el órgano de administración como tal por idénticas razones a las señaladas, será necesario el acuerdo de la Junta.

b) Si se optó por un sistema de varios administradores mancomunados para que puedan actuar varios cualesquiera de ellos (normalmente tres para que puedan vincular a la sociedad dos cualesquiera). Llegados a este punto y para aclarar

las cosas es preciso traer a colación la reciente doctrina de la DGRN⁶⁸, que considera que, pese a haberse optado en la escritura de constitución por este tipo de órgano de administración, en lo relativo a las facultades internas o de gestión (por ejemplo, para convocar una Junta general de la sociedad) no bastará más que el acuerdo unánime de todos los administradores mancomunados nombrados, no siendo suficiente el acuerdo de dos cualesquiera de ellos (o la cifra que se hubiera indicado). Sin perjuicio de la opinión negativa que este brusco, difícilmente justificable y poco práctico giro doctrinal nos merezca, lo cierto es que no llega a influirnos a estos efectos.

En caso de existir un conflicto de intereses éste siempre se presentará en la esfera externa o de representación, bien sea en el plano de la toma de decisiones, bien sea en la ejecución de las mismas. Tanto la adopción del acuerdo como la de una posible dispensa pertenecen al ámbito externo o de representación de los administradores y no al interno o de gestión. En ningún caso el conflicto se planteará en la esfera organizativa. Con ello quiero decir que, cualquiera que sea la postura de la DGRN respecto a la necesidad o no de unanimidad de los administradores mancomunados en la esfera interna, en la externa siempre será posible que, en caso de existir uno (o varios) administradores mancomunados afectados por un conflicto de intereses, el acuerdo se adopte (y ejecute) válidamente por los demás no conflictuados.

Desde un punto de vista teórico también será posible que, de ser competente el órgano de administración, los no conflictuados dispensen del conflicto a los afectados para que éstos puedan tomar parte en el negocio de que se trate. Lo que ocurre es que lo más práctico y frecuente será que se opte por la primera de las soluciones propuestas.

iv) Consejo de administración integrado por múltiples miembros, de los cuales uno está incurso en conflicto. El conflictuado debe abstenerse, pero ¿debe contarse con él a la hora de comprobar que se cumplen los requisitos de quórum para la válida constitución del Consejo de administración, aunque no pueda votar ni participar en la deliberación? Surge aquí con toda su fuerza el problema que hemos enunciado antes. El quórum para la válida constitución de un Consejo de administración varía en función de la sociedad de que se trate. En principio se exige para su válida constitución la asistencia de la mayoría de los vocales o consejeros, pero sólo para sociedades limitadas en los estatutos se puede pactar que se exija un quórum superior (art. 247 LSC). Pensemos en un Consejo de administración integrado por cinco miembros estando el quórum fijado en tres miembros. Concurren al Consejo dos consejeros independientes o no conflictuados y uno incurso en conflicto. ¿Puede el Consejo de administración constituido en la forma antedicha adoptar válidamente el acuerdo de que se trate si se abstiene el conse-

⁶⁸ RRDGRN de 28 de enero de 2013 y 23 de marzo de 2015, entre otras.

jero conflictuado, sabiendo que si no se le tiene en cuenta no se reúne el quórum mínimo para la válida constitución del Consejo de administración? Parece evidente pensar que el problema es si hay o no quórum. Si lo hay podrá concederse la dispensa conforme al régimen ordinario de mayorías (siempre que el órgano de administración sea competente). Si no hay quórum, el órgano no está constituido, no ostenta, por tanto, la representación de la sociedad, ni puede adoptar decisión alguna.

Si no se tiene en cuenta al incurso en conflicto, el órgano no podrá constituirse válidamente⁶⁹ y, en consecuencia, para la válida adopción del acuerdo sólo cabrán dos posibilidades: o que se reúna nuevamente el Consejo acudiendo esta vez consejeros «independientes» (no conflictuados) suficientes para la válida constitución del mismo, o solicitar de la Junta que dispense al administrador conflictuado para que pueda participar en la deliberación y votación del acuerdo de que se trate.

Si, por el contrario, consideramos que la obligación de abstenerse que le impone la ley no conlleva que haya que excluir al afectado para el cómputo del quórum, entonces el Consejo de administración quedará válidamente constituido si, incluyéndole a él, se reúnen los consejeros necesarios, aun cuando el conflictuado no pueda deliberar ni votar el asunto de que se trate.

A favor de considerar al afectado para el cómputo del quórum está el hecho de que el legislador podría haberle excluido expresamente y, sin embargo, no lo hizo⁷⁰. Si en la sesión del Consejo en que se van a tratar varios asuntos uno de ellos es el relativo al conflicto de intereses, es difícil defender que el consejero conflictuado, a quien se tuvo en cuenta para la válida constitución de la sesión, se tenga que considerar excluido de ese mismo quórum para decidir sobre el asunto en que medie el conflicto de manera que puedan adoptarse válidamente todos los acuerdos, salvo aquel a que el conflicto corresponda. El problema es que el único caso en que el legislador atribuye facultades a los miembros de un órgano de administración que no puede reunirse válidamente y, en consecuencia, que no ostentan válidamente la representación social, es precisamente el caso de muerte o cese de alguno de ellos (art. 171 LSC); y en esos casos tan sólo son competentes para convocar una Junta que renueve a sus miembros, habiendo sido dicho precepto objeto de una interpretación muy restrictiva por parte de la DGRN.

En contra de admitir al afectado para el cómputo del quórum está la mayor precisión que, tras la Ley 31/2104, tiene el artículo 228.c) LSC, que aclara que la

⁶⁹ Esta es la postura de RIBAS FERRER, Vicente: «Comentario al artículo 229 TRLSC», ob. cit.

⁷⁰ Cuando el legislador ha querido excluir a alguien incluso para el cómputo del quórum, lo ha hecho, como ocurre en el artículo 84 LSC, relativo al socio moroso en el pago de los dividendos pasivos.

abstención abarca la deliberación y votación del asunto. No es una mera abstención en la votación, sino también en la propia toma de decisiones. Es como si el administrador no existiese; de hecho, los autores aplauden la conducta de los consejeros que, al verse afectados por un conflicto y tras informar del mismo, llegado el momento de tratar el asunto en el Consejo se ausentan del mismo. Esta solución es más acorde con la que adopta en sede de Junta el artículo 190.2 LSC. Además, si el consejero afectado debe abstenerse, ello supone adoptar una conducta completamente pasiva, lo que no ocurre si, asistiendo a la sesión del Consejo permite, con su mera presencia, la adopción por los consejeros que resten del acuerdo necesario. Pensemos así en un Consejo constituido por cinco miembros entre los que hay dos conflictuados. Si no se les tiene en cuenta será necesario que se reúnan todos los demás y que por mayoría adopten la decisión que proceda. Por el contrario, si se les tiene en cuenta, se puede estar dejando en sus manos la válida constitución del Consejo asistiendo tan sólo ellos con el consejero que juzguen más idóneo a sus intereses. Esta postura parece también más conforme con las últimas RDGRN, que tienden a reforzar la importancia de la válida constitución del órgano de administración incluso exagerándola (ya hemos comentado anteriormente la RDGRN relativa a la convocatoria de Junta hecha por dos de los tres administradores mancomunados).

En realidad, si se excluye del quórum a los consejeros conflictuados, conforme aumenta el número de consejeros conflictuados y se agrava así la importancia del conflicto, más difícil es que el órgano de administración se constituya válidamente y mayores son las posibilidades de que el conflicto se someta para su dispensa a la Junta, lo que parece razonable. La solución contraria, tenerlos en cuenta para el quórum, podría dar lugar a soluciones absurdas como que en un Consejo con todos los miembros conflictuados menos uno asistan todos y el único independiente confiera la dispensa. Lo lógico es que en esa situación sea la Junta la que decida la solución a adoptar. También es cierto que la Junta siempre puede reclamar para sí la competencia sobre conceder o no una dispensa en particular.

Por todo lo expuesto me inclino por la segunda y más segura de las opciones. No computar al consejero afectado por el conflicto puede que dé lugar a dificultades prácticas mayores para la válida adopción de determinadas decisiones. Es cierto que con ello aumentará la remisión a la Junta general de aquellos asuntos que, al tener uno o varios consejeros conflictuados, no puedan válidamente acordarse en sede del órgano de administración al no poder alcanzar el quórum mínimo necesario. Pero también es cierto que si una sociedad tiene tales problemas de conflicto de intereses entre los miembros designados de su órgano de administración, bien vale la pena remitir el asunto con toda transparencia a la Junta para que ésta adopte, si fuere pertinente, medidas más drásticas (pensemos en un cese de los administradores conflictuados, que no tiene por qué constar en el orden del día, según el artículo 223.1 LSC).

v) Conflicto de intereses en la persona del consejero-delegado. Si el consejero-delegado se encuentra en situación de conflicto, una vez comunicado éste al Consejo, debe abstenerse de participar (tanto de deliberar como votar) en el asunto de que se trate. Ello supone que no sólo no puede ejercitar las facultades que le corresponden por delegación, sino que tampoco puede deliberar y votar en el Consejo cuando éste se reúna para tratar el asunto en cuestión. Por tanto, el deber de abstención no se restringe a su condición de miembro del órgano de administración como el resto de consejeros, sino que lógicamente se extiende a su condición de consejero-delegado, cuyas facultades en relación con el asunto conflictivo sólo podrá ejercitar previa dispensa.

2. ¿Es la abstención la solución?

Aclarado lo anterior cabe plantearse si la política legislativa de obligar al administrador conflictuado a abstenerse es la más conveniente. Vaya por delante que es la postura mayoritaria en el derecho comparado, pero no la única⁷¹. Las ventajas que tiene la abstención del conflictuado son evidentes: evita ponerle en situación de infraponer el interés de la sociedad frente al suyo propio o el de sus vinculados, y además al no participar en la deliberación y votación se garantiza que no «contamine» la opinión del resto de miembros del órgano de administración, que así podrán adoptar la decisión más conveniente al interés social. Es con mucho la solución más segura.

Frente a ello hay también algunos argumentos para considerar que quizá la imposición al administrador de la obligación de abstenerse no es la mejor política legislativa. Por un lado, dada la amplitud e imperatividad con que está contemplada la obligación de comunicar el conflicto, el administrador que cumpla debidamente suministrando a la sociedad la información necesaria difícilmente podrá anteponer sus intereses a los de la sociedad. Aunque el conflictuado fuese precisamente un administrador único si el contrato celebrado, a la vista de la información suministrada con carácter previo, no resultase satisfactorio para los intereses sociales, la acción de responsabilidad sería fulminante al no haber defensa posible para el conflictuado. Por el contrario, si omite la información, el incumplimiento es de tal gravedad y mala fe que las consecuencias, una vez descubierta la conducta desleal, serían también muy graves para el administrador desleal. Que la ley imponga la obligación de abstenerse no afecta en nada al administrador desleal de mala fe, que pese a ello ignorará sus obligaciones y, por tanto, de nada servirán todas las prevenciones legales. En cambio, obligar a abstenerse al que

⁷¹ El artículo 2391 del Código Civil italiano, que anteriormente imponía al administrador conflictuado la obligación de abstenerse de participar en los debates de la operación, fue modificado por un Decreto Legislativo 6/2003, de 17 de enero. Tras la reforma se eliminó la obligación de abstención en todo caso, siendo sustituida por una obligación de suministrar información más completa.

cumple con la normativa suministrando la información necesaria puede suponer un *handicap* para el administrador de buena fe y su sociedad.

Además, si en vistas al conflicto que se plantea el administrador cumple con su obligación de aportar a la sociedad con la antelación suficiente los elementos de juicio necesarios para conocer en toda su amplitud la extensión del conflicto, ésta tendrá tiempo para estudiar si desea impartir al administrador alguna instrucción u orden al respecto (más ahora después de la extensión a las sociedades anónimas del artículo 161 LSC). Podría, por ejemplo, la Junta obligar al administrador único a no contratar con esa persona o el resto de miembros del Consejo, debidamente informados, votar en contra de la operación. De alguna forma presumir *iuris et de iure* que el administrador conflictuado va a imponer sus intereses sobre los de la sociedad a la que representa, máxime si ya ha dado muestras de su buena fe y transparencia aportando la información necesaria, parece una postura muy pesimista. A mi modo de ver, el problema no está tanto en imponer la abstención, algo que quizá no debería haberse impuesto con tanta alegría y generosidad en la totalidad de los casos, sino en que la información que se suministre refleje fielmente la realidad del caso para que la sociedad (bien sean el resto de miembros del órgano de administración o la propia Junta general) pueda adoptar las medidas necesarias.

La obligación de abstención del miembro del órgano de administración se potencia y complementa con la obligación que impone, en sede de Junta, el artículo 190.1.e) LSC, que obliga a abstenerse al socio a la vez administrador cuando se trate de dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad. Lo mismo puede ocurrir en un órgano de administración compuesto por un Consejo en que los consejeros correspondientes al socio mayoritario han de abstenerse en la decisión que se trate.

Aunque en el plano teórico la solución parece la más justa, esto entraña un problema considerable, que se ha venido a denominar la «mayorización de la minoría». Si en los casos en que medie conflicto de intereses de cualquier clase el socio a la vez administrador debe abstenerse, eso deja el poder de decisión en manos del resto de socios de la sociedad, cuya posición neutral en el asunto en concreto no se puede garantizar de ningún modo. Eso en sociedades pequeñas (la inmensa mayoría numéricamente hablando) puede concentrar un importante poder de decisión en el socio minoritario, debilitando sobremanera al socio mayoritario que, como administrador, debe abstenerse en las votaciones tendentes a dispensar el conflicto. La consecuencia lógica será que las sociedades pequeñas que tengan vínculos con otras, ya de por sí de capital cerrado, restringirán la entrada en su capital de socios en quienes no puedan confiar plenamente, dificultando así la entrada de socios inversores y obstaculizando que las PYMES de nuestro país ganen tamaño, lo que constituye un objetivo manifiesto de nuestro legislador. Según algún autor, los posibles abusos de la minoría no estarían impu-

nes, puesto que la mayoría conserva el derecho a impugnar el acuerdo de que se trate. Si hay que decidir entre que sea la mayoría la que deba recurrir las decisiones de la minoría o permitir que los mayoritarios decidan, habiendo informado debidamente, y dejar la carga de impugnar sobre los hombros de la minoría, no tengo duda alguna de cuál parece la solución más justa. Y ello aunque sólo sea por el esfuerzo inversor que unos y otros han hecho en la sociedad de que se trate.

En algunas legislaciones de derecho comparado en situaciones de conflicto de interés se considera excesiva la obligación de abstención del conflictuado. En lugar de eso se le permite, previo suministro de toda la información pertinente, el ejercicio del derecho al voto. Luego, si posteriormente se quiere, se puede impugnar por esa razón el acuerdo adoptado siempre que con arreglo a la teoría del test de resistencia que consagra el artículo 204.3.d) LSC el voto del administrador conflictuado hubiera sido decisivo para la adopción del acuerdo.

Y un último argumento: no conviene generalizar demonizando los conflictos de intereses, no siempre el conflicto de intereses tiene que conllevar un perjuicio para la sociedad, pudiendo ser lo mejor para el interés social celebrar la transacción o negocio de que se trate pese a la existencia de conflicto. Así, por ejemplo, debido a su conocimiento de las necesidades de la sociedad y del mercado en que se mueve en muchos casos son los propios socios o administradores los mejor situados para proporcionar a la sociedad, al menor coste, un determinado producto o servicio. Supone a tales efectos una importante ventaja competitiva la información de que ya disponen, lo que les permite ajustar su oferta a las necesidades reales de la sociedad. En derecho anglosajón se habla mucho del «propping», literalmente apuntalamiento. Usualmente son los propios socios y administradores involucrados en una sociedad los más decididos a apostar por ella y por ello los que más ajustarán sus condiciones a las necesidades de ésta frente a las empresas externas que, al no sentir vínculo alguno con la sociedad con la que contratan, sólo tienen como objetivo un ánimo de lucro mucho más desligado de los resultados de su cliente.

VII. RÉGIMEN DE CONCESIÓN DE LA DISPENSA

El deber de lealtad, como hemos visto hasta ahora, se establece como un medio de protección de los intereses sociales frente a los posibles intereses del propio administrador o de las personas con él vinculadas. Es por ello que no puede dejarse en manos del administrador conflictuado determinar si el régimen del deber de lealtad le es o no aplicable. Como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷² al estudiar la infracción de las prohibiciones de contratar establecidas en el artículo 1459 del Código Civil, los actos contrarios a una nor-

⁷² STS 562/2012, de 8 de octubre.

ma prohibitiva son nulos (art. 6.3 CC) y no pueden ser sanados por el transcurso del tiempo⁷³, pero si el interés protegido es particular (como en el caso del 1459.2 CC o en el de los artículos 227 y ss. LSC), la sanción, pese a ser la nulidad, puede ser autorizada ex post por el mandante. Dicho razonamiento, predicable de la autocontratación en relación con la representación voluntaria del 1459.2 CC es, con salvedades, el que permite salvar así mismo la autocontratación en la representación orgánica. Como afirma PORTELLANO DÍEZ, «cuando una norma jurídica se dicta en beneficio o protección de un sujeto, no hay razón alguna para impedirle que, en ejercicio de su autonomía negocial y a la vista de sus específicas circunstancias, prescinda de esa protección que, de partida, el ordenamiento le confiere»⁷⁴.

En relación con los efectos de la dispensa hay que partir de la regla general del artículo 236.2 LSC, en virtud de la cual el administrador queda eximido de su responsabilidad por el hecho de que su conducta haya sido aprobada o ratificada por la Junta. Sin embargo, las garantías que tiene que seguir el administrador conflictuado son tan exhaustivas que podría defenderse que cuando un administrador único o solidario que celebra el contrato por sí solo obtiene la dispensa para la celebración de un negocio o la práctica de una conducta no está en realidad «tomando una decisión», sino más bien está actuando como un mero *nuntius*, en ejecución de un acuerdo adoptado por el órgano soberano de la sociedad. Esta tesis, no aplicable si el órgano que concede la dispensa es el órgano de administración, permitiría eximir al administrador de la regla general del artículo 236.2 LSC. Pensemos a tal efecto en que esa dispensa, concedida por el órgano competente, previa la información necesaria, debe ser expresa, para un acto concreto, adoptada por las mayorías necesarias... la libertad del administrador para contratar, y en consecuencia su responsabilidad por dicho contrato desaparece en el momento en que tiene que sujetarse a la dispensa.

1. Conductas dispensables y no dispensables

Lo principal aquí es entender que el deber de lealtad como tal es indisponible e indispensable. Lo que sí que se puede dispensar, dentro de los límites que permitan la ley y los estatutos, son las conductas concretas afectadas por un conflicto de intereses. Pocas de las prohibiciones o limitaciones que el deber de lealtad impone a los administradores en los artículos 227 y ss. LSC son absolutas, entendiendo por absolutas indispensables. La condición de indispensable no supone siempre que dicha conducta o negocio no pueda llevarse a buen fin; sino que el administrador afectado por la misma en ningún caso podrá participar en la deliberación y votación del asunto de que se trate, lo que no excluye que pueda reali-

⁷³ STS 261/2002, de 25 de marzo.

⁷⁴ PORTELLANO DÍEZ: obra cit. *supra*.

zarse, si fuere posible, por otros miembros independientes o no conflictuados del órgano de administración. La razón de ser, el fundamento de la dispensa, es el posible beneficio que la sociedad podría obtener de dicha conducta o negocio, no obstante el conflicto de intereses a que el administrador se ve enfrentado.

En concreto y en relación con las conductas prohibidas del artículo 229.1 LSC, a la vista del artículo 230 LSC, tan sólo parece indispensable la conducta del 229.1.b) LSC («Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas»). La razón de ello podría ser la mala fe inherente al supuesto (de ahí el uso del adverbio «indebidamente»), mas además el hecho de que en ningún caso la dispensa de dichas conductas puede suponer beneficio alguno para la sociedad.

El artículo 230.2 LSC enumera por lo demás como dispensables el resto de conductas del 229.1 LSC, salvo una, a la que reserva un tratamiento especial en el 230.3 LSC: la dispensa de la obligación de no competir. Para conceder esta última dispensa se exigen requisitos adicionales: que no quepa esperar de dicha conducta competitiva perjuicio alguno para la sociedad, o que dicho perjuicio se vea superado por el beneficio que ello pueda reportar a la propia sociedad (recuerda vagamente a la doctrina de las «ventajas compensatorias» que hemos visto al estudiar el conflicto de intereses en grupos de sociedades). Por lo demás se mencionan otros dos requisitos que luego veremos son comunes a las demás dispensas; como son que se concedan con carácter expreso (esto es, no de modo tácito) y en acuerdo separado de la Junta General (en coherencia con el espíritu del nuevo artículo 197.bis LSC, lo que exigirá también un punto separado del orden del día en la convocatoria). Ya no cabe como antes, bajo ninguna forma, una concesión genérica en los estatutos a los administradores dispensándoles de la prohibición de competencia.

2. Posibilidad de modificación en los estatutos del régimen del deber de lealtad

El artículo 230 LSC afirma el carácter imperativo del deber de lealtad y de su régimen legal, señalando que «no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo». Esa imperatividad actúa como un límite de mínimos. La ley no prohíbe a los estatutos reforzar el régimen legal dificultando la concesión de dispensas. Lo que sí bloquea es cualquier intento de los fundadores o socios de flexibilizar o «ablandar» estatutariamente las disposiciones legales, relajando así la observación rigurosa del deber de lealtad. A los efectos del artículo 28 LSC, el régimen legal del deber de lealtad es un límite de mínimos a la autonomía de la voluntad de los fundadores y socios de cualquier sociedad de capital.

La razón por la que el legislador recela de las modificaciones estatutarias del régimen legal es el miedo a que por esa vía quede en nada el esfuerzo acometido para cortar el paso a las conductas contrarias a la lealtad y a la buena fe para con la sociedad. La práctica siempre ha demostrado que la tendencia de los mercados y del tráfico es siempre a ir erosionando los pilares de la ley con el objeto de lograr una mayor agilidad. Con el carácter indisponible de la normativa, el legislador demuestra no estar dispuesto a que con esa excusa se abriese el debate sobre los límites mínimos de lo que debe ser una conducta leal.

En cuanto a cuáles son las modificaciones estatutarias admisibles no existe ninguna referencia en la ley al tema. Hemos deducido que caben de la terminología empleada por el artículo 230.1 LSC, que habla de «*que lo limiten o sean contrarias al mismo*», lo que a contrario significa que sí que cabrán aquellas que lo refuercen o sean favorables al mismo. Así podría admitirse cualquier modificación estatutaria tendente a dificultar la concesión de dispensas, entre ellas, a modo de ejemplo, las siguientes:

- Añadir nuevas conductas prohibidas a las enumeradas en el 229.1 LSC (aunque cuesta imaginarlas, dado su carácter exhaustivo);
- Conforme al artículo 200 LSC, exigir una mayoría reforzada para la concesión de dispensas en relación con todas o alguna de las conductas dispensables del artículo 229.1 LSC, sin llegar nunca a la unanimidad (o al menos sin exigirla expresamente, lo que sería contrario a derecho; no obstante, es perfectamente lícita la cláusula estatutaria que exija para conceder la dispensa una mayoría cualificada para cuya obtención, en función de la distribución del capital social, sea necesaria la unanimidad de los socios).
- Excluir expresamente la posibilidad de dispensar, ni aun por la Junta general de socios, alguna conducta en particular (por ejemplo, la prohibición de competencia del 229.1.f) LSC).
- Eliminar la competencia del órgano de administración, aún de los miembros no conflictuados, para la concesión de dispensa, exigiendo siempre para ello un acuerdo de la Junta general de socios (por ejemplo, prohibiendo la concesión de dispensa por este órgano o la ejecución del acuerdo conflictivo por el administrador o los administradores no conflictuados).
- Reforzar el control de la actividad de los administradores, creando un órgano independiente en el seno de la sociedad cuyo consentimiento sea necesario, además del de la Junta, para la concesión de la dispensa.

- Especificar los trámites a seguir por el administrador conflictuado a los efectos de cumplir las obligaciones legales [por ejemplo, creando un órgano *ad hoc* para canalizar la información suministrada en cumplimiento del artículo 229.3 LSC; poniendo límites cuantitativos a las atenciones de mera cortesía del artículo 229.1.e) LSC; o detallando el comportamiento a seguir por el administrador conflictuado para cumplir adecuadamente con su deber de abstención].

3. Órgano competente para la concesión de la dispensa

La determinación del órgano competente para conceder la dispensa se hace en el artículo 230.2 LSC, sin que dicho órgano deba ser necesariamente aquel al que se destine la comunicación que está obligado a enviar el administrador conflictuado. Así podría ser que, tratándose de un asunto cuya dispensa sólo es competencia exclusiva de la Junta, el afectado comunique al Consejo de administración los datos relativos al conflicto. Reiteramos que en ocasiones no será necesaria la dispensa si el contrato o conducta prohibida puede celebrarse válidamente por los restantes miembros no conflictuados del órgano de administración.

Históricamente se había defendido por un sector mayoritario de la doctrina y por el Tribunal Supremo y la DGRN⁷⁵ que la competencia para salvar el conflicto de intereses era siempre de la Junta de socios, como origen primario de la voluntad social⁷⁶. Frente a ello, un sector minoritario, pero cada vez mayor, consideraba por razones de agilidad fundamentalmente que debía ser el órgano de administración quien pudiera conceder dicha dispensa, del mismo modo que los restantes miembros podían celebrar el contrato aun con la abstención del afectado.

En el reparto llevado a cabo por la ley se adjudica a la Junta (sin perjuicio del artículo 161 LSC o de que estatutariamente se le reserven mayores competencias en esta materia sustrayéndolas del órgano de administración) «la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada también deberá otorgarse por la Junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra». De dicha atribución competencial hay que destacar que corresponde a la Junta toda dispensa de transacciones económicas de importancia. El límite marcado es el «diez por ciento de los activos sociales». Parece que el legis-

⁷⁵ RDGRN de 12 de febrero de 2012.

⁷⁶ Buscando su apoyo en la legislación de entonces, estos autores se apoyaban en el 162 y el 220 LSC.

lador está pensando sobre «*el último balance aprobado*», como expresamente hace en el artículo 160.f) LSC, reformado también por la Ley 31/2014.

Las restantes competencias se atribuyen al órgano de administración, el cual podrá salvar dichas conductas siempre que haya suficientes administradores no conflictuados para adoptar la decisión válidamente. Si no pudiese entonces, la competencia será de la Junta. En cualquier caso deberá respetarse la decisión de la Junta que, ante la información suministrada por un administrador en situación de conflicto, se reserve para sí la competencia para decidir si dispensa o no al mismo. Es más, no parece incorrecto que sea el propio órgano de administración el que decida abstenerse al completo para que sea la Junta la que se pronuncie sobre la concesión o no de la dispensa en un caso concreto. Ello no supone una alteración de la distribución de competencias hecha por el legislador, por cuanto ésta siempre es competente.

Entre las competencias que imperativamente el Consejo de administración no puede delegar en ningún caso se encuentra [art. 249.bis.c) LSC] «*la autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230*». No sería, por tanto, posible que el Consejo de administración atribuyese a su consejero delegado la facultad de decidir acerca de la concesión o no a un determinado consejero de una dispensa.

La atribución de competencias al órgano de administración se entiende como una solución para facilitar la agilidad del funcionamiento social, sin que ello suponga sustraer la competencia de la Junta. Ambos órganos son competentes para su concesión. Por ello, si inicialmente el órgano de administración concede la dispensa para la celebración de un negocio y posteriormente la Junta lo somete a votación en su seno y se adopta una decisión contraria, ello supondrá que quedará sin efecto la dispensa concedida. Si el negocio o conducta conflictuada no llegó a celebrarse, no se concluirá. A esos efectos ya no hay dispensa y además los restantes miembros del órgano de administración, aunque competentes para celebrar el contrato de que se trate, no lo podrán celebrar al contar con la negativa de la Junta a su celebración. Si, por el contrario, el contrato se celebró, la revocación de la dispensa no afectará al tercero contratante, pero sí podría generar responsabilidad en el administrador conflictuado si, por ejemplo, se descubre que la información suministrada no era exacta u ocultaba datos importantes (por ejemplo, infraponiendo el perjuicio patrimonial que la sociedad iba a sufrir con el negocio afectado por el conflicto).

El hecho de que la mayor parte de la doctrina que ha estudiado esta materia considere prioritario el cambio de órgano competente para conceder la dispensa y el reforzamiento en ese sentido de la competencia del órgano de administración han sido utilizados por algunos autores para defender que ha y que facilitar al máximo la concesión de la dispensa por el órgano de administración, y en particular se ha usado como argumento en pro de considerar que el administrador

conflictuado debe ser tenido en cuenta para el cómputo del quórum en las reuniones del Consejo de administración. Estamos de acuerdo con la idea de que es mucho más funcional, práctico e incluso mejor en muchos casos desde el punto de vista de la propia sociedad, que la concesión de la dispensa sea competencia del órgano de administración, pero no parece que se puedan ignorar los requisitos mínimos de funcionamiento del Consejo de administración comunes a toda nuestra normativa con esa excusa.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida recientemente en el artículo 31.bis del Código Penal, supone un paso en la dirección correcta. Aunque en última instancia las conductas desleales son realizadas por personas físicas, repugna a la conciencia que personas jurídicas que han estado dedicadas sistemáticamente a actividades ilícitas no puedan ser sujetos penalmente imputables, además de las personas físicas que las integran, lo que en última instancia excluye que posibles socios se enriquezcan a través de dichas conductas punibles. Una consecuencia indirecta de la nueva regulación ha sido el reforzamiento de la introducción en nuestro ordenamiento de los «*corporate compliance programs*» o programas de conformidad empresarial, que proceden del derecho anglosajón. En la práctica, dichos programas y los «*compliance officers*», que son los encargados de implementarlos, van a ser utilizados en nuestro país a modo de seguro, puesto que su adopción por una persona jurídica supone un requisito esencial para evitar en muchos casos la responsabilidad penal de la misma.

En principio, dicho artículo 31.bis CP y su novedosa regulación operan en esferas distintas a la del deber de lealtad que estamos tratando⁷⁷. Pese a ello, la circular 1/2016 del Ministerio Fiscal afirma, en relación con esta materia, que «no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa, sino promover una verdadera cultura ética empresarial». Podríamos decir que, en realidad, su finalidad es reforzar la ética empresarial previendo posibles violaciones de la ley por parte de los administradores, directivos o incluso empleados de una determinada persona jurídica. Todo ello hace previsible pensar que en un futuro será frecuente que la supervisión interna del cumplimiento por parte de los miembros del órgano de administración del deber de lealtad se encomiende estatutariamente, o por el reglamento interno del Consejo de una u otra forma, al mismo órgano societario que se dedique a vigilar el cumplimiento de estos «*compliance programs*», órgano que sería algo así como una comité de ética de la sociedad que certificaría la corrección del comportamiento de los administradores y la idoneidad de su proceder en la toma de decisiones en el desempeño de sus funciones. Ello, no obstante, dicho órgano interno en ningún caso podría asumir competencias para la concesión de dispensas, lo que, como hemos visto, está distribuido imperativamente por la ley.

⁷⁷ De hecho, la palabra «lealtad» no se menciona ni una sola vez en la circular reseñada.

4. Requisitos para la concesión de la dispensa

Como estamos viendo, la concesión de la dispensa debe estar sometida al régimen previsto en el artículo 230 LSC, sin perjuicio de la posible existencia de modificaciones estatutarias que, de uno u otro modo, refuercen el régimen legal, dificultando su obtención.

Dando por hecho el cumplimiento de las restantes obligaciones del administrador conflictuado, ya referidas, los requisitos necesarios para la obtención de la dispensa son los siguientes:

a) Punto separado del orden del día y de los asuntos a tratar. Si el órgano que ha de decidir acerca de la concesión de la dispensa es un órgano colegiado, bien sea el Consejo de administración o la Junta general, será exigible que la concesión de la dispensa figure como un punto separado del orden del día en la convocatoria y también como un asunto separado a los efectos de deliberación y votación sobre el mismo (art. 197.bis LSC, y en concreto para la dispensa de la prohibición de competir, artículo 230.3 LSC, que habla de «*acuerdo expreso y separado de la Junta general*»). Sólo el tratamiento separado de la cuestión permitirá la correcta abstención de las personas obligadas [el administrador conflictuado en el Consejo de administración o los socios afectados en su caso, ex art. 190.1.e) LSC].

b) Mayorías necesarias. Respecto de las mayorías necesarias dependerá del órgano competente para la concesión de la dispensa. La reforma introducida por la Ley 31/2014 no ha modificado el régimen general, al que habrá que remitirse, y en consecuencia, en principio, se concederá la dispensa si se obtienen las mayorías ordinarias recogidas en la ley y en los estatutos (artículos 200 y 201.3 LSC) o, tratándose de las mayorías en el Consejo de administración a lo que disponga asimismo el reglamento interno del mismo (que, como hemos dicho, puede reforzar la mayoría exigida para conceder dispensas o para aprobar operaciones en las que alguno de los miembros esté afectado por un conflicto de intereses). Podría haberse incluido la concesión de dispensa entre las mayorías reforzadas exigidas en Junta por los artículos 199 y 201.2 LSC, pero no se hizo así; quizá porque si partimos de que el administrador o socio debe abstenerse y a ello le añadimos una mayoría reforzada, lo que nos encontraremos será prácticamente la exigencia de unanimidad, lo que dificultaría sobremanera la concesión de dispensas.

En relación con las mayorías necesarias para conceder la dispensa hay que advertir que el deber de abstención se extiende no sólo al administrador conflictuado, sino también a todos aquellos cuya independencia respecto de ese administrador en particular pudiera estar de una u otra forma comprometida a la hora de adoptar la decisión (art. 230.2,3 LSC).

c) Dispensa específica para cada caso concreto. La ley es clara al respecto, exigiendo en todo caso que la dispensa será «*en casos singulares*», para «*una determinada transacción*», el uso «*de ciertos activos*» o el aprovechamiento de «*una concreta oportunidad de negocio*» (art. 230.2 LSC). Dicha reiteración no deja lugar a dudas: no caben las dispensas genéricas. Ni siquiera son posibles las establecidas en los estatutos en relación con la prohibición de desarrollar actividades competitivas (las más frecuentes en la práctica anterior a la Ley 31/2014). La sociedad debe poder decidir sobre la pertinencia de autorizar o no cada operación afectada por un conflicto, dado el carácter mutable de las circunstancias. Es más, incluso aunque se haya obtenido la dispensa debidamente, dicha concesión puede anularse posteriormente, si se considera conveniente; la dispensa concedida no es perpetua ni otorga la seguridad de que dicha actividad siempre estará permitida. Esto es especialmente predicable en relación con la actividad competitiva (el resto de conductas del artículo 229.1 LSC son más bien de carácter puntual y no se prolongan en el tiempo). Si se produce un cambio en las circunstancias que justificaron la concesión de la dispensa, de modo que «el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante», podrá cancelarse la dispensa concedida o incluso cesarse al administrador que con dicha actividad competitiva está perjudicando a la sociedad.

d) Expresa. No caben las dispensas concedidas tácitamente. Contra ellas ya se pronunció el Tribunal Supremo⁷⁸: «la autorización debe ser expresa, esto es, debe constar expresamente la voluntad de la Junta que consiente en que el administrador desarrolle esta actividad que, en principio, acarrea los riesgos propios del conflicto de intereses». El hecho de que se exija que la dispensa se conceda expresamente se contrapone a la concesión tácita, pero no obsta a que se autorice la conducta de que se trate aunque no se utilice el término «dispensa» u otro similar si queda clara la voluntad del órgano (bien sea la Junta o el órgano de administración) de permitir la conducta al administrador conflictuado.

Las palabras nunca son inocentes. El legislador habla de dispensa y no de autorización, aunque en este breve estudio estemos utilizando indistintamente una u otra palabra por cuestiones de redacción. La razón es la distinción que en algunos sectores doctrinales se hace entre la dispensa; entendida como licencia o permiso para realizar un negocio concreto; y la autorización, que conlleva un consentimiento genérico prestado de antemano para la realización de una conducta o negocio no suficientemente detallado más que en lo referente a su naturaleza. Dicha distinción subyace en los términos antes reseñados, que el legislador diseña intencionadamente por todo el artículo 230 LSC.

A estos efectos hay que tener presente que las operaciones que afecten a activos esenciales siempre han de contar con el previo acuerdo de la Junta general,

⁷⁸ STS 781/2012, de 26 de diciembre.

única competente para acordar su adquisición, enajenación o aportación a otras sociedades. Si la Junta general ha aprobado la operación a la vista de la información suministrada por el administrador conflictuado y consciente de los riesgos de la misma, dicha aprobación implicará también la dispensa para la ejecución de la misma por parte del administrador conflictuado. Pero si la Junta general no dispuso de la información a que se refiere el artículo 229.3 LSC, en ningún caso con la aprobación de la operación puede sobreentenderse concedida la dispensa, puesto que la concesión de la misma debe ser expresa, y si no se hizo saber a los socios la existencia del conflicto malamente pueden autorizarlo. Por el contrario, habrá otras operaciones relativas a activos esenciales que no necesitando la aprobación de la Junta general por no estar en el ámbito objetivo del artículo 160.f) LSC (por ejemplo, la constitución de garantías reales sobre activos esenciales) precisen autorización de la Junta para su celebración por problemas de conflicto de intereses.

La DGRN alguna vez⁷⁹ ha afirmado que «el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general sólo puede ser llevada a cabo por la Junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa». Dicha afirmación es hoy, con ese nuevo régimen legal que cita la propia resolución, completamente errónea. Hoy en día no caben las dispensas generales, ya las conceda el órgano de administración o la propia Junta de socios. No es un problema de voluntad de los socios o de interés social. Es imposible debido al carácter imperativo de la regulación del deber de lealtad en nuestro sistema.

e) Inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso. Este requisito, que el artículo 230 LSC parece utilizar exclusivamente en relación con la dispensa para realizar conductas competitivas por la Junta, es en realidad exigible con carácter general para cualquiera de las conductas del artículo 229.1 LSC y ya conceda la dispensa el órgano de administración o la Junta de socios, porque su finalidad última, la protección del interés social, es común a ambos. Se trata de una garantía de que la sociedad no permitirá o concederá dispensa para negocios que resulten ruinosos para la sociedad, perjudicando su patrimonio social o que, al menos, aunque supongan un perjuicio, se realicen en condiciones de mercado y en condiciones de transparencia. Dentro de ese margen se puede conceder la dispensa por los motivos que sean, por ejemplo, porque permitiendo al administrador la actividad competitiva se le consigue retener para que siga desarrollando su actividad también para la sociedad. La dispensa debe darse adoptando las medidas necesarias para poder salvaguardar los intereses de la sociedad.

f) No inscribible. La concesión de dispensa, aunque sea de la necesaria para llevar a cabo una actividad competitiva, no es objeto de inscripción en el Registro

⁷⁹ RDGRN de 28 de abril de 2015.

Mercantil. Ello no obsta a que pueda admitirse, aunque sea con argumentos muy endeble, su inscripción a través de la cláusula abierta del artículo 94.13 RRM⁸⁰.

5. Dispensa concedida *a posteriori*

En situación de conflicto de intereses no existe poder de representación. No se trata de que dicho poder no sea suficiente para representar a la sociedad, que no alcancen las facultades que se tienen, sino que no existe poder de representación en ese caso concreto. Y ello, como dice la DGRN⁸¹, aunque el representante ostente la facultad para celebrar en condiciones normales el acto de que se trate.

El problema es que aunque haya conflicto de intereses en el contrato celebrado por el administrador conflictuado, si el tercero es de buena fe, lo cual se presume, éste estará protegido conforme al artículo 234 LSC. En consecuencia, la ratificación no cumple una función externa, sino fundamentalmente interna.

En primer lugar, para que haya ratificación, ésta tiene que referirse a una de las conductas dispensables a que se refiere el artículo 230.2, en relación con el artículo 229.1 LSC. No cabe, por ejemplo, ratificar una conducta del administrador, consistente en invocar el nombre de la sociedad para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, puesto que dicha conducta es indispensable según la ley.

En segundo lugar hay que partir del hecho de que para que haya ratificación tiene que existir un previo incumplimiento del deber de lealtad por el administrador que realizó dicha conducta. No obstante, su deber de evitar incurrir en conflictos de intereses [art. 228.e) LSC], el administrador no sólo no lo evitó, sino que también habrá incumplido otros deberes fundamentales. Por lo general, habrá incumplido su deber de comunicar el conflicto, y digo por lo general porque si lo comunicó y, sin obtener la dispensa, no obstante la existencia del conflicto, lo celebró, su conducta adolecerá de un componente doloso tan fuerte que convertiría casi en impensable la posterior ratificación por la sociedad de su conducta. Otro deber flagrantemente incumplido será el de abstenerse de participar en la deliberación y votación de que se trate. El administrador participó en la votación o adopción del acuerdo, con lo que el acuerdo adoptado será impugnabile (aunque sólo sea con efectos internos) ex artículo 204.3.c) (en cuanto a la participación a efectos de quórum o válida constitución del órgano) y d) (en cuanto a los votos emitidos para obtener la mayoría necesaria) de la LSC. Todo ello demuestra a las claras la conducta dolosa del administrador que adoptó el acuerdo, lo que acon-

⁸⁰ Ese podría ser el fundamento de la constancia en el BORME, publicado el 4 de abril de 2016, sección primera de la Comunidad Autónoma de Murcia, de la concesión por la Junta de una sociedad a su administradora única de una «dispensa de autocontrato y contraposición de intereses».

⁸¹ RDGRN de 28 de abril de 2015.

seja que la ratificación de dicho acuerdo sea sometida a las máximas garantías. Es por ello que la mayor parte de la doctrina⁸² restrinja a la Junta de socios la competencia para dicha ratificación.

La ratificación requiere los mismos requisitos que los estudiados para la concesión de la dispensa, si fuere menester incluso agravados, debiendo a tal fin el administrador justificar de algún modo su retraso en el cumplimiento de las exigencias del deber de lealtad. De obtenerse el subsiguiente acuerdo, la consecuencia será interna. No deben confundirse sus efectos con los de la renuncia al ejercicio de la acción social de responsabilidad del artículo 238.2 LSC (que por cierto exige que no se opongan a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social). La renuncia a la acción social de responsabilidad no sana la deslealtad en que incurrió el administrador al celebrar el contrato no obstante el conflicto de intereses que le afectaba, pero supone un gran logro para el administrador, que obtiene el compromiso por parte de la sociedad de no exigirle responsabilidad por dicha conducta. La ratificación *a posteriori* de la misma, por el contrario, supone sanar el contrato *ab initio*, como si nunca se hubiere producido la deslealtad por parte del administrador, y para su obtención serán exigibles tan sólo las mayorías exigidas para la dispensa, pudiendo adoptarse teóricamente aún cuando haya un cinco por ciento de los socios que se oponga a dicho acuerdo de ratificación *ex post*.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BLANCO PULLEIRO, A.: *Preguntas y respuestas. Volumen I: Derecho societario*, Comares, Granada, 2014.

BURILLO SANCHEZ, F. J. y MAYOL PROSPER, A.: «La reforma del régimen de los conflictos societarios», en *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas* (AA.VV.), JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L. (Dirs.), Dykinson, 2015.

BUSTILLO TEJEDOR, L. L.: «Los grupos de sociedades», *Cuadernos de Derecho de Comercio* núm. 62, Consejo General del Notariado, diciembre 2014.

DÍAZ MORENO, A.: «Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)», *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, diciembre 2014.

FERNÁNDEZ MALDONADO, M. A., SERRANO DE HARO MARTÍNEZ, L. M. y ZAMO-

⁸² RIBAS FERRER, Vicente: «Comentario a la Ley de Sociedades de Capital», ob. cit., aunque antes de la reforma por la Ley 31/2014, y también PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés», ob. cit.

- RA IPÁZ, A.: «Órganos de la sociedad (II). El órgano de administración», en «Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas» (AA.VV), tomo I, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2015, Consejo General del Notariado.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. y SHOPOVSKI, J.: «Directors' conflicts of interest: different european legal perspectives», *Beijing Law Review* vol. 4, núm. 4, 2013, pp. 174-179.
- MARIMÓN DURÁ, R.: *La asistencia financiera de una sociedad limitada a sus socios, administradores y otras sociedades del grupo*, Aranzadi, 2010.
- MARIÑO PARDO, F.: «El conflicto de intereses en materia societaria en el ejercicio de la representación orgánica o voluntaria. Novedades introducidas por la Ley 34/2014, de 3 de diciembre: contratación con personas vinculadas y dispensa concreta del conflicto», en el blog *iuris prudente*, 23 de enero de 2015. <http://www.iurisprudente.com/2015/01/el-conflicto-de-intereses-en-materia.html>.
- «El autocontrato en los administradores de la sociedad (otra vez). El caso del Consejo de Administración. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015. La Resolución DGRN de 28 de abril de 2015», en el blog *iuris prudente*, 29 de marzo de 2016. <http://www.iurisprudente.com/2016/03/el-auto-contrato-en-los-administradores.html>.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C.: «Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el Consejo», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, InDret, Barcelona, 2010.
- «La anomalía de la retribución externa de los administradores», *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret, Barcelona, enero de 2014.
- «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uriá-Menéndez*, 40/2015.
- PÉREZ RAMOS, C.: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios», *Cuadernos de Derecho de Comercio* núm. 55, Consejo General del Notariado, junio 2011.
- PORTELLANO DÍEZ, P.: *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, Estudios de Derecho Mercantil, Ed. Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Civitas, 2016.
- RAMOS HERRANZ, I.: «El estándar mercantil de diligencia: El ordenado empresario», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, núm. 1/2006.
- DÍAZ MORENO, A.: *La prohibición que pesa sobre los administradores (y los car-*

gos de la más alta dirección) de utilizar su condición de administrador o el nombre de una sociedad mercantil para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas en el anteproyecto de código mercantil, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (Coordinadores): *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2011.

SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de derecho mercantil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi, 2013.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (AA.VV.), MORILLAS JARILLO, M. J.; PERALES VISCASILLAS, M. del P., y PORFIRIO CARPIO, L. J. (dirs.), Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R.: «Reformas en materia de responsabilidad de administradores», en *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas* (AA.VV.), JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L. (Dirs.), Dykinson, 2015.

SÁNCHEZ RUIZ, M.: «Perspectivas de reforma en la regulación de los conflictos societarios», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (AA.VV.); MORILLAS JARILLO, M. J.; PERALES VISCASILLAS, M. del P. y PORFIRIO CARPIO, L. J. (dirs.), Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

*(Trabajo recibido el 21/05/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)*

EL CONTENIDO DEL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL SOBRE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA
Doctora en Derecho. Notario

RESUMEN

En este trabajo se analiza el contenido que ha de incluir el acuerdo de la junta general de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores, de conformidad con la LSC. Se rechazan los acuerdos indeterminados y se explican los problemas que pueden suscitar.

Palabras clave: responsabilidad, administrador, junta general, acuerdo.

CONTENTS OF GENERAL MEETING RESOLUTIONS ON CORPORATE ACTION REGARDING THE LIABILITY OF DIRECTORS OF CAPITAL CORPORATIONS

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA
Doctor of Laws. Notary public

ABSTRACT

This paper aims to analyze the content of the agreement adopted by the general meeting about exercising corporate action for liability against directors, according to LSC. Indeterminate agreements are repealed explaining the problems that could raise them.

Keywords: liability, director, general meeting, agreement.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PROBLEMÁTICA DE LOS ACUERDOS GENÉRICOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD. III.—FUNDAMENTO DEL CON-

TENIDO MÍNIMO DEL ACUERDO. 1. Derecho de información del socio. A) Planteamiento y límites. B) Solicitud de información en la acción social de responsabilidad. C) Contenido de la información. 2. Distribución legal de competencias. 3. Legitimación múltiple para el ejercicio de la acción. 4. Coste de la acción.—IV. Contenido del acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad. 1. Determinación de la conducta activa u omisiva reprochable. 2. Sujetos pasivos: los administradores responsables. A) Responsabilidad personal. B) Solidaridad. 3. Determinación del daño padecido por la sociedad. 4. Nexos de causalidad.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es analizar el contenido mínimo que ha de incluir el acuerdo de la junta general de las sociedades de capital por el que se decide ejercitar la acción social de responsabilidad contra sus administradores sociales, bien sean los que ejerzan el cargo cuando se adopta el acuerdo o bien en otro período anterior. El texto refundido por el que se aprueba la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010 (en adelante, LSC), al regular en los artículos 236 y siguientes el acuerdo de ejercicio de la acción social se centra exclusivamente en los siguientes puntos: (i) la posibilidad de que se delibere sobre ello aunque no figure en el orden del día de la convocatoria; (ii) la prohibición de que los estatutos sociales exijan una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción del acuerdo; (iii) la renuncia o transacción al ejercicio de la acción por acuerdo de la junta, que no se podrá adoptar si se oponen socios que representen el cinco por ciento del capital social; (iv) la destitución de los administradores afectados por el acuerdo, lo que evidentemente sólo tendrá lugar cuando la acción se dirija contra los que ejerzan el cargo en el momento en que se adopte el mismo; y (v) que la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción social de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acordada o ejercitada. Todo lo expuesto son normas excepcionales en el funcionamiento de la junta general y, por tanto, en principio parece que han de ser objeto de interpretación estricta (art. 4 Código Civil). Así, es un principio básico que la junta general convocada por el órgano de administración sólo puede deliberar y decidir sobre aquello que figure en el orden del día (art. 174 LSC), que los estatutos sociales pueden prever quórum de constitución y de mayoría distintos de los legales para la adopción de ciertos acuerdos (arts. 193, 194, 200 y 201 LSC) o el principio de la mayoría como criterio decisivo para su adopción (art. 159 LSC). Las normas excepcionales apuntadas que rigen en sede de acción social de responsabilidad responden a dos necesidades vinculadas: la primera, la de facilitar la adopción del acuerdo, y la segunda, impedir que los gestores puedan, haciendo uso del poder que ostentan en la mayoría de las

sociedades de capital, dificultar el ejercicio de acciones de responsabilidad contra ellos.

La existencia y validez del acuerdo de ejercicio de la acción tiene importancia en la fase jurisdiccional, sea quien sea el que definitivamente interponga la demanda. Si lo hace la sociedad, el acuerdo se ha configurado como un presupuesto necesario para el éxito de la pretensión, calificándose como un presupuesto de procedibilidad¹. Si es la minoría la que entabla la acción en defensa del interés social en el caso de que la sociedad no lo haya hecho en el plazo de un mes, una vez adoptado el acuerdo por la junta general, conforme al artículo 239 LSC, también presenta interés, pues su contenido le informará en su actuación. Similar consideración puede realizarse cuando ejercite la acción cualquier acreedor (art. 240 LSC).

El legislador, sin embargo, no señala cuál es el contenido mínimo que ha de figurar en el acuerdo de ejercicio de acción social de responsabilidad. Podríamos considerar que esta laguna está justificada por evidente y, en consecuencia, declarar que los acuerdos deberán referirse a los presupuestos de la responsabilidad civil de los administradores. Por tanto, no será apresurado afirmar que la junta general deberá concretar la conducta ilícita y culpable que se impute a los administradores y el daño que se estime que ésta causó a la sociedad². Apenas existen pronunciamientos doctrinales o jurisprudenciales sobre esta cuestión, lo que podría deberse a la ausencia generalizada de acciones sociales de responsabilidad contra los administradores, pues no han sido muy numerosas las que se han tramitado. Si bien es cierto que en la actualidad han aumentado considerablemente tales procedimientos.

La indeterminación en el contenido puede ser variada: puede consistir en una vaga o inexistente delimitación de la conducta concreta que el órgano soberano considera reprochable o incluso del daño que haya sufrido la compañía; o cabe

¹ Así, v. SAP Orense de 9 de febrero de 2006 (JUR 2006, 172473): «Es evidente que con la documental aportada con la demanda no cabe tener por probada la realidad de un acuerdo expreso adoptado en Junta general, previa mención en el orden del día de la convocatoria, de decidir ejercitar la acción de responsabilidad contra el administrador. Y tal conclusión no es dable atribuirla a un excesivo rigor del juez *a quo* como alega la recurrente, sino que estamos ante un requisito de procedibilidad legal, claro y concreto, que no cabe presumirlo».

² V. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)», en *ADC*, tomo XV, fascículo IV, octubre-diciembre, 1962, pág. 956, que aunque no analizaba el contenido necesario del acuerdo de la Junta general, sí prestaba atención a cuestiones relevantes y parece que exigía un mínimo: «la Junta general de accionistas puede, en primer lugar, una vez examinados concretos supuestos fácticos, susceptibles de determinar una responsabilidad de los administradores, declarar que dichos supuestos no caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, es decir, que «no ha lugar» a exigir responsabilidades a los administradores. Tal decisión, naturalmente, equivale a no constatar la existencia de supuestos de hecho reveladores de responsabilidad. En segundo lugar, puede la Junta, tras examen de aquellos supuestos fácticos, declarar que sí caen dentro de la esfera de acción del artículo 79, constatando, por consiguiente, la existencia de supuestos de hecho reveladores de una responsabilidad».

que no se identifique a las personas que se presenten responsables por aquella actuación.

Aunque la LSC ha sido reformada por la Ley de 3 de diciembre de 2014, que ha corregido ciertas disfunciones que la primera contenía sobre esta materia, sin embargo, se ha desaprovechado una buena oportunidad para pronunciarse con más detalle acerca del acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores sociales.

II. PROBLEMÁTICA DE LOS ACUERDOS GENÉRICOS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD

Los acuerdos genéricos de ejercicio de acciones de responsabilidad adoptados por la junta general, en los que no se concretan los presupuestos de tal responsabilidad de los administradores, plantean los siguientes problemas:

En primer lugar, implican el abandono de una competencia que el legislador español, a diferencia de otros ordenamientos³, ha atribuido a la junta general de forma indelegable⁴. Es decir, estos acuerdos dejan al arbitrio de un tercero, que será quien se encargue de ejecutar el acuerdo mediante la interposición de la demanda, la determinación y concreción de las conductas y los sujetos responsables, sin el consentimiento de la junta general, único órgano competente. Por tanto, suponen una alteración del régimen legal de competencias, pues materia reservada por la Ley al órgano soberano la asume otro sujeto o, incluso, otro órgano de la sociedad. A pesar de que el derogado artículo 93 LSA de 1989 no

³ En el Derecho estadounidense, la junta general carece de competencia para decidir el ejercicio de acciones de responsabilidad frente a los *directors* por daños causados en el patrimonio social. Se trata de una competencia del propio órgano de administración. Ante la ausencia de estas acciones, el legislador atribuye a los accionistas un derecho de requerir a los administradores para ejercitar la acción y, subsidiariamente, la posibilidad de ejercitar la misma a través de la *derivative action*.

⁴ Por todos, v. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «Responsabilidad de los administradores», cit., págs. 931-932; entre otros, GARRIGUES, J.: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* (GARRIGUES, J. y URÍA, R.), tomo II, 3.ª ed., Madrid, 1976, pág. 178, que bajo la LSA de 1951 ya afirmó que era una competencia exclusiva de la junta; SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general en las sociedades de capital*, Cizur Menor, 2007, pág. 54; POLO, E.: «Los administradores y el Consejo de Administración», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (Dir. Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M.), tomo VI, Madrid, 1992, pág. 316; URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.ª: «La junta general de accionistas», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (Dir. Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M.), tomo V, pág. 49, la califican como una competencia necesaria; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Art. 238 LSC», en AA.VV. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (Dir. Rojo, A. y Beltrán, E.), tomo I, Cizur Menor, 2011, pág. 1710, que declara que la competencia es exclusiva, excluyente e indelegable; LARA, R.: «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. Rojo, A. y Beltrán, E.), 4.ª ed. Valencia (2011), pág. 98, afirma que es una competencia exclusiva y primaria.

enumeraba las competencias de la junta, sino que tan sólo se refería a los «*asuntos propios*», el artículo 134 de la misma Ley exigía la adopción del acuerdo de ejercicio de la acción por la junta general como requisito previo para el inicio del procedimiento judicial. A partir de la LSC, este deseo aflora con claridad. El artículo 160 LSC, entre los asuntos que son competencia de la junta, menciona «el ejercicio de la acción social de responsabilidad», lo que se reitera por el artículo 238 LSC.

El siguiente problema que suscitan los acuerdos genéricos de exigencia de responsabilidad contra los administradores es su compatibilidad con la finalidad de la acción. La acción social se concibe como un instrumento que tiene la junta general para controlar al órgano de administración. Esta pretensión del legislador puede fracasar con los acuerdos que desplazan a favor de un tercero la tarea de determinar los extremos sobre los que no se pronunció la junta. La especificación se hará en el momento de interponer la demanda en nombre de la sociedad y esta tarea la asume el órgano de administración porque a él corresponde la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él (art. 233 LSC). Si a ello sumamos cuál es el fin de la acción —la condena a los administradores a restituir el patrimonio social—, podemos afirmar que no les es indiferente el procedimiento, de modo que su conducta podrá verse influida por un interés distinto del que debe regir su actuación, que es el interés social (art. 227 LSC).

Por último, los acuerdos genéricos de exigencia de responsabilidad a los administradores pueden convertirse en el origen de la indagación para encontrar los presuntos responsables por meros indicios existentes a la fecha de adopción del acuerdo. El legislador societario ha configurado el acuerdo de la junta general como la última etapa de la fase sustantiva y, a partir de ella, comienza su curso la tramitación procesal. Por ello, los administradores tienen un especial deber de diligencia en la ejecución del acuerdo. Con estos acuerdos genéricos se produce una alteración del sistema instaurado, de manera que pasará a ser la decisión de la junta la génesis del eventual y futuro procedimiento judicial que se entable⁵.

III. FUNDAMENTO DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL ACUERDO

En este epígrafe trataremos de exponer los argumentos jurídicos que nos permiten sostener la necesidad de que el acuerdo de ejercicio de la acción social de

⁵ V. el estudio de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La acción social de responsabilidad. (Algunas cuestiones pendientes)», en *RDM*, núm. 281, 2011, págs. 108-109, que niega que este acuerdo pueda tener un ánimo cautelar que haya que concretarse a partir de su adopción. En la doctrina italiana destaca CONFORTI, C.: *Nomina e revoca degli amministratori di società*, Milán, 2007, pág. 583, que ha dicho que la junta general no debe limitarse a realizar un acuerdo genérico y burocrático de contenido dispositivo, sino que ha de referirse de forma concisa a la descripción de las circunstancias de la acción.

responsabilidad sea preciso y completo. En primer lugar, comenzaremos con unas menciones sobre el derecho de información del socio. Continuaremos con la distribución legal de competencias y con la legitimación múltiple que prevé el legislador para el ejercicio de la acción. Por último, haremos alusión a un argumento económico: los costes del procedimiento y, en consecuencia, la pertinencia del ejercicio de la acción.

1. Derecho de información del socio

A) Planteamiento y límites

El derecho de información es uno de los derechos mínimos del socio (art. 93 LSC). El sujeto activo del derecho de información es el socio individual. Es éste un derecho que se tiene frente a la sociedad y el órgano de administración, en cuanto representante orgánico de la compañía, debe darle satisfacción. En todo caso no es un derecho absoluto, sino que encuentra limitaciones de tipo objetivo, cuantitativo o incluso temporal.

Las limitaciones objetivas vienen determinadas por dos elementos: el orden del día y el interés social. Comenzaremos con la primera de ellas. El legislador tan sólo permite al socio solicitar información «*acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día*» (arts. 196 y 197 LSC). El órgano de administración, por tanto, no vendrá obligado a responder la consulta efectuada por el socio cuando no guarde relación con ninguno de los asuntos que integren el orden del día de la reunión. En ciertos casos, la determinación de la conexión entre la información reclamada y algún asunto que, conforme el orden del día, puede tener gran dificultad y el legislador ha dejado en manos del órgano de administración esta decisión⁶. Para adoptar tal decisión, el órgano de administración tiene una libertad relativa, ya que se podrá impugnar el acuerdo adoptado por la junta invocando la infracción del derecho de información. Si bien es cierto que el legislador en la última reforma ha limitado, siguiendo la tendencia restrictiva de la jurisprudencia⁷, la posibilidad de impugnar los acuerdos por infracción del derecho de información a los casos en los 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 (art. 204 LSC). Por otro lado, en el caso de la sociedad anónima, cuando la información se solicite durante la celebración de la junta general y ésta se deniegue, no se podrá impugnar el acuerdo, sino tan sólo exigir por el accionista el cumpli-

⁶ Sobre la facultad exclusiva del órgano de administración, v., por todos, SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general*, cit., pág. 201.

⁷ Sobre ello y con cita de resoluciones judiciales, SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general*, cit. pág. 290.

miento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hubieren causado (art. 197 LSC). En la sociedad limitada no existe este matiz, por lo que cabría entender que también se podrá impugnar el acuerdo. Por supuesto, recordar que la negativa injustificada de proporcionar información supone un incumplimiento de los deberes como administrador, lo que podrá ser el origen de su responsabilidad.

Respecto a la segunda limitación objetiva apuntada, derivada del interés social, el legislador faculta al órgano de administración a no suministrar la información requerida cuando su publicidad sea perjudicial para el interés de la compañía. El artículo 196 LSC, en sede de sociedad limitada, permite al órgano de administración denegar la información cuando su publicidad perjudique al interés social, salvo que la solicitud esté apoyada por socios que representen, como mínimo, el 25 por 100 del capital social. Por su parte, el artículo 197.3 LSC para la sociedad anónima también contempla la denegación de dicha información cuando sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o la publicidad perjudique a la sociedad o a las vinculadas.

La libertad del órgano de administración para no prestar la información solicitada tiene un límite, que depende del porcentaje del capital social que representen los socios requirentes. Ello nos permite enlazar con la limitación cuantitativa que hemos mencionado. En la sociedad limitada, la información no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social (art. 196 LSC). En la sociedad anónima, el artículo 197.4 LSC autoriza a que por vía estatutaria se fije un porcentaje menor, siempre que supere el cinco por ciento del capital social⁸.

Por último, nos referiremos a las limitaciones temporales, que tienen su origen en las objetivas. Decimos esto porque, como la Ley exige que la información se refiera a asuntos comprendidos en el orden del día, es presupuesto que ya exista una junta convocada. Los socios no pueden solicitar la información cuando lo estimen pertinente, sino que habrán de esperar a la convocatoria de la junta general. Partiendo de esa convocatoria, el legislador ha previsto dos momentos para ejercitar el derecho de información: con anterioridad a la celebración de la reunión y durante ésta.

⁸ Esta posibilidad se introdujo por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la LSC. Sobre ello cabe destacar a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a T.: «Otras reformas», en AA.VV. *Las Reformas de la Ley de Sociedades de Capital* (Dir. Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I. y González Castilla, F.), Cizur Menor, 2012, págs. 360-369, que señala que con ella se confirma la idea de que no estamos ante un derecho regulado por normas «rigurosamente imperativas», si bien considera discutible la rigidez del límite del 5 por 100 del capital social para atribuir a la minoría un derecho de información «blindado».

A continuación nos referimos a las cuestiones que suscita el ejercicio del derecho de información en materia de acción social de responsabilidad.

B) Solicitud de información en la acción social de responsabilidad

La junta general de la sociedad de capital puede decidir deliberar y votar sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad aunque no figure en el orden del día de la convocatoria (art. 238 LSC). Si se incluyó en dicho orden del día, los socios podrán solicitar la información tanto con anterioridad como durante la celebración de la reunión, como prevén los artículos 196 y 197 LSC para la sociedad limitada y la sociedad anónima respectivamente. Los administradores deberán facilitar la información hasta el mismo día de la celebración de la junta. El hecho de haber solicitado información con anterioridad a la reunión no impide que el mismo socio formule nuevas preguntas orales durante la misma. Incluso la información previamente obtenida puede servir como fundamento de las nuevas cuestiones⁹.

Nos detendremos algo más en la otra hipótesis: que el debate sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad se proponga durante la celebración de la junta general, como así autoriza el artículo 238 LSC. Los asistentes no habrán podido solicitar información previa, ya que no sabían que se iba a deliberar sobre el ejercicio de la acción. Por tanto, el derecho de información durante la celebración de la reunión presenta especial importancia, porque es el único momento en el que los socios podrán formular cuestiones. Dos son las preguntas que podemos hacernos. La primera se refiere al sujeto pasivo sobre el que recae el deber de informar. La segunda se refiere a la posibilidad de que, en aplicación del régimen general, se invoque el perjuicio al interés social para denegar la información requerida.

i) Comenzaremos explicando a quién debe atribuirse la condición de sujeto pasivo que deberá dar la información solicitada y responder a las eventuales preguntas que se puedan formular en la reunión. Como se ha visto, con carácter general, esta tarea corresponde al órgano de administración de la sociedad. Pero en el supuesto que analizamos podríamos plantear que este deber recayera sobre el socio que propusiera el ejercicio de la acción social. Es evidente que éste, como interesado en que se adopte el acuerdo favorable al ejercicio de la acción, una vez se le conceda la palabra por el presidente, tratará de exponer lo que estime conveniente para facilitar a los demás asistentes y votantes una orientación de su voto —con ánimo de que sea favorable a la exigencia de responsabilidad—¹⁰. No obs-

⁹ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F.: *La junta general*, cit. pág. 202.

¹⁰ Bajo la vigencia de la LSA de 1951, se dijo que la propuesta del accionista durante la celebración de la reunión podría permitir la adopción de acuerdos de exigencia de responsabilidad sin ofrecer

tante, la cuestión radica en resolver quién deberá responder a las consultas que puedan plantear otros socios. Entendemos que, a pesar de que la propuesta sea de un socio, serán los administradores los obligados a prestar la información. Al tratarse la eventual responsabilidad de una actuación del órgano de administración, son sus miembros los que más datos podrán aportar¹¹. Juega aquí un especial papel el presidente de la junta general, que deberá conceder la palabra a los socios cuidando el orden de la reunión. Entendemos que las circunstancias especiales que se pueden producir justificarían que el socio proponente pudiera responder también a las consultas presentadas por los consocios; ello no debería, a nuestro juicio, concebirse como una obligación, sino que se trataría de una facultad en la que probablemente tendría especial interés. Esta interpretación, además, creemos que se concilia mejor con el régimen de impugnación de acuerdos para el supuesto en que se alegara la infracción del derecho de información que, además, ha sido objeto de modificación por la Ley de 3 de diciembre de 2014. Su eventual vulneración sería imputable a los integrantes del órgano de administración de la compañía, lo que podría dar lugar a su responsabilidad. Si por el contrario se sostuviera que el sujeto obligado a proporcionar la información fuera un socio, la impugnación por violación de ese derecho encontraría más trabas para ser estimada¹².

ii) La segunda incertidumbre que se plantea es la de si, una vez que el presidente de la junta general admite el debate sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, es posible que se deniegue información solicitada al amparo del artículo 196.2 ó 197.3 LSC. Antes de la reforma de 2014, el legislador encomendaba al presidente de la junta la tarea de determinar si la publicidad de la información solicitada perjudicaba al interés social y, por tanto, podía denegar dicha información. Bajo la redacción actual en la sociedad limitada es el órgano de administración el que debe determinar si la publicidad de la información solicitada perjudica al interés social (art. 196 LSC). En la sociedad anónima, el artículo 197 LSC no concreta quién debe determinar si existen razones para no proporcionar la información solicitada, aunque una aplicación analógica llevaría a aplicar la misma regla que para la sociedad limitada. Aunque exigir la concesión

una información suficiente a los socios (en especial a los no asistentes). V. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 371, con mención a aquella doctrina. De forma global, sobre la conveniencia de que los proponentes expongan a la junta la oportunidad del acuerdo, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a T.: «El derecho de información del accionista en los supuestos de ampliación del orden del día de asistencia telemática del socio a la junta general», en *RdS*, núm. 26, 2006, pág. 48.

¹¹ En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a T.: «El derecho de información», cit. págs. 47-48, que analiza el complemento de convocatoria a instancias de la minoría y la solicitud de información. En concreto, se centra en analizar quién debe ser el sujeto pasivo ante distintos supuestos, y afirma la exigencia de que sea un órgano responsable que actúe por la sociedad y en condiciones de valorar las exigencias del interés de ésta en cada supuesto, quien deba proporcionar o denegar la información.

¹² En ese sentido, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a T.: «El derecho de información», en *RdS*, cit. pág. 47.

de información es una postura muy estricta, sin embargo, a nuestro juicio, es la más conveniente, pues así se podrán evitar sospechas o el simple y coloquial «quien calla otorga» y la posterior impugnación del acuerdo adoptado por violación del derecho de información. Pero en aquellos escenarios en donde sea latente el *animus necandi* o el fin exclusivo de los socios de desprestigiar a los administradores, se podrá denegar la información pretendida¹³.

Vinculada con esta cuestión, hay que resolver las dudas que suscitaría la alegación por los administradores de la imposibilidad de proporcionar la información solicitada, comprometiéndose a realizarlo dentro de los siete días siguientes a la terminación de la junta, tal y como dispone el artículo 197.2 LSC. Esta medida es menos agresiva que la denegación de la información, pero es interesante para los administradores, ya que podrán lograr evitar la adopción del acuerdo favorable a la exigencia de responsabilidad y su destitución (art. 238.3 LSC). Al igual que hemos dicho para la invocación del perjuicio al interés social, entendemos que sus facultades deben ser regladas. Debe prevalecer la posición del socio como defensor del interés social frente al posible conflicto de intereses en que se encuentren los administradores. Las especialidades acogidas por el legislador, en concreto la innecesariedad de que la propuesta de ejercicio de la acción conste en el orden del día o la prohibición de incremento de las mayorías, tienen por finalidad evitar las maniobras que pudieran entorpecer la exigencia de su responsabilidad. La eficacia de estas especialidades quedaría restringida si los administradores pudieran denegar o retrasar libremente la entrega de la información solicitada.

La posición que mantenemos no es la solución perfecta, pues puede amparar otras conductas igual de reprochables de la minoría, que trate de proponer la acción social de responsabilidad como instrumento para conseguir un cambio en el órgano de administración o como manera para resolver conflictos entre socios. En ambos casos se estaría olvidando el interés social como bien jurídico protegido por la acción. La adopción de este acuerdo por mayorías momentáneas o circunstanciales no es tampoco conveniente, pues la tramitación judicial de la acción acarrea numerosos costes¹⁴. Por ello habrá que evitar la toma de acuerdos precipitados y sin fundamento, para lo que la información es esencial.

¹³ VELASCO ALONSO, A.: *La Ley de Sociedades Anónimas*, 5.ª ed., Madrid, (1982), págs. 347-352, que manifiesta el rechazo al alcance perturbador o incomodante de las preguntas formuladas por los accionistas.

¹⁴ Sobre los abusos de la minoría, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «Responsabilidad de los administradores», cit. pág. 935; GIRÓN TENA, J.: «La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español», en *ADC*, tomo XII, fascículo II, abril-junio, 1959, pág. 441; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 390, que afirma que el legislador ha considerado «más beneficioso para la vida de la sociedad que los jueces puedan conocer de las sospechas de la existencia de esos abusos (los de los administradores) que el impedir los de la minoría».

C) *Contenido de la información*

Expuestos los aspectos procedimentales del derecho de información y las distintas hipótesis que pueden plantearse, haremos referencia al contenido de la información que ha de proporcionar el órgano de administración a los socios. Contenido que será idéntico tanto cuando el ejercicio de la acción figure en el orden del día como cuando se proponga durante la celebración de la junta general.

La sociedad ejercita la acción social de responsabilidad por una conducta determinada de los administradores que, a juicio del órgano soberano, haya producido unos daños concretos en el patrimonio de la sociedad. Todos estos presupuestos han de concurrir en el momento en que la junta acuerda el planteamiento de la acción¹⁵ y es lo que ampara la atribución de esa competencia a la junta general de manera exclusiva e indelegable. No se atisba dificultad alguna en que los administradores proporcionen a los socios los datos solicitados respecto de aquella conducta que estimen reprochable, los perjuicios que haya podido producir en el patrimonio social y el criterio seguido para su cuantificación¹⁶. Esta exigencia enlaza con el rechazo que ha mostrado el legislador a los acuerdos de renuncia anticipada al ejercicio de la acción, ya que se consideró que la renuncia sólo podría adoptarse una vez que se tuviera derecho al ejercicio de la acción, lo que exigía el previo acuerdo de ejercicio de la acción y, por tanto, la concurrencia, a juicio de la junta general, de los presupuestos de la responsabilidad de los administradores¹⁷. A pesar de que han sido escasos los acuerdos de la junta de ejercicio de la acción social contra los administradores, no faltan resoluciones judiciales que han destacado el rol que juega el derecho de información en esta materia, llegándose, incluso, a afirmar que el socio debe disponer de información acerca de las probabilidades de éxito de la acción¹⁸. Este deseo, sin embargo, considera-

¹⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La acción social», cit. pág. 109, que dice que «la decisión de la junta supone, por tanto, la culminación de un proceso societario de atribución de esa responsabilidad y abre la puerta a la fase procesal».

¹⁶ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La acción social de responsabilidad», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (Coord. Guerra Martín, G.), Madrid, 2011, pág. 170, que no exigen un concreto contenido del acuerdo, pero afirman que esta indeterminación no debe perjudicar el derecho de información.

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 381, que afirma que los acuerdos de renuncia o de transacción presuponen que la junta ha acordado previamente el ejercicio de la acción social contra los administradores; en sentido opuesto, bajo la vigencia de la Ley de 1951, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «Responsabilidad de los administradores», cit. págs. 954-958.

¹⁸ En este sentido, merece reseñarse la SAP de Navarra de 18 de febrero de 2005 (JUR 2005, 267381) que dijo: «Los accionistas deben de tener una puntual información sobre los motivos que dan lugar al ejercicio de esa acción, pues lo contrario sería hurtar a los accionistas un elemental derecho a la información sobre un acuerdo de tanta trascendencia social como es la exigencia de responsabilidad a los administradores sociales (...) El ejercicio de la acción de responsabilidad es contingente, no ineluctable, de ahí que, para tomar fundadamente la decisión de su ejercicio, los socios cuenten con la máxima información sobre el hecho que motiva su ejercicio, su oportunidad y conveniencia, y las posibilidades de éxito de la acción a ejercitar».

mos que es de difícil logro. La estimación de la pretensión que se entable ante el órgano competente depende también de otros factores diversos y externos que dificultan que la junta general concrete el grado de probabilidad de éxito de la acción.

2. Distribución legal de competencias

La segunda razón para exigir un contenido mínimo al acuerdo de la junta general es el cumplimiento del régimen legal de distribución de competencias. Mientras que la decisión de ejercitar la acción corresponde a la junta general, sin embargo, su ejecución correrá a cargo del órgano de administración. En el procedimiento judicial serán demandados los administradores apuntados en el acuerdo de la junta general, lo que permite que se planteen situaciones muy distintas. Por ejemplo, será posible que los administradores que asuman la función de perseguidores sean distintos de aquéllos perseguidos y no hayan compartido el cargo con ellos. También puede darse el supuesto contrario, en el que los situados en posiciones contrarias hayan sido colegas durante un tiempo. Por último, aunque es una hipótesis controvertida, cabe la posibilidad de que la junta general excluya el efecto de la destitución de los administradores contra los que se dirija el acuerdo de ejercicio de la acción.

Las hipótesis mencionadas permiten apuntar la existencia de situaciones contradictorias. Cuando los administradores que entablen la demanda hayan compartido el cargo con los demandados es probable que manifiesten cierta benevolencia hacia sus compañeros. De modo que podrían diseñar la demanda con hechos y fundamentos escasamente desarrollados y acreditados, lo que conduciría en la mayoría de los casos a la desestimación de la acción. En tal escenario, los administradores podrían ser objeto de posteriores acciones de responsabilidad por su actuación negligente y contraria a la Ley, si bien la prueba del elemento del daño y del nexo de causalidad con su conducta negligente en la ejecución del acuerdo es difícil¹⁹. Por el contrario, cuando la acción se entable frente a anteriores administradores, los perseguidores tendrán el deseo contrario, pues la reintegración al patrimonio de la sociedad puede servir para que los actuales socios alaben su actuación y se olviden de otras posibles conductas reprochables que éstos hubieran podido llevar a cabo. Por último, cuando el administrador demandado no hubiera sido destituido del cargo, el riesgo de su intervención en la ejecución será mucho mayor. Todas estas situaciones nos invitan a restringir al máximo las facultades del órgano de administración que ejercite la acción. Por ello, la junta general,

¹⁹ V. CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima*, Valencia, 1999, págs. 167 y 260, que afirma que en estos casos podrán incurrir en responsabilidad frente a la sociedad; ARROYO, I. y BOET, E. «Art. 134 LSA de 1989», en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Dir. Arroyo, I., Embid, J. M. y Gorriz, C.), vol. II, 2.^a ed. Madrid, 2009, pág. 1565.

al amparo de la competencia exclusiva que tiene para acordar el ejercicio de la acción, deberá establecer las bases de ésta y, así, impedir que el órgano que asuma la ejecución del acuerdo se desvíe hacia otro rumbo distinto del manifestado.

3. Legitimación múltiple para el ejercicio de la acción

El tercero de los razonamientos que justifican la necesidad de un acuerdo con un contenido determinado es la legitimación múltiple que ha establecido el legislador para el ejercicio de la acción social en defensa de la sociedad, lo que reclama una coordinación entre todos los legitimados. La Ley permite que la sociedad entable la acción tras el acuerdo favorable de la junta general y, sometidos al cumplimiento de otros presupuestos, podrán ejercitar la acción determinados socios y los acreedores.

La existencia de tres legitimados no significa una independencia de acciones, sino que, al contrario, la acción es única y consiste en el derecho subjetivo a obtener del tribunal una tutela concreta, que será la restitución al patrimonio social en la cuantía que haya sido dañada por la conducta culpable e ilícita de los administradores. En consecuencia, la petición será la misma sea quien sea el sujeto que asuma la tutela del patrimonio social²⁰. La posibilidad de que tres sujetos diferentes ejerciten la acción social justifica que el acuerdo de la junta general, que muchas veces actuará como presupuesto para el nacimiento de las legitimaciones sucesivas, mencione unos datos con ánimo informador. Con ello, se trata de impedir una interpretación dispar por parte de cualquiera de los legitimados, lo que ocasionaría dificultades procesales²¹.

Para exponer los riesgos que podría plantear el acuerdo genérico de ejercicio de la acción social, lo explicaremos con un ejemplo. Supongamos una sociedad anónima cuyo Consejo de administración está integrado por cinco consejeros.

²⁰ En ese sentido, v., por todos, GARRIGUES, J.: *Comentario*, cit. págs. 134 y ss., expresamente: «Esto explica que en cuanto el daño haya sido reparado por consecuencia del ejercicio de la acción de responsabilidad por la propia sociedad, los otros titulares pierden *ipso facto* todo derecho de reclamación». Posteriormente, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 367; ESTEBAN VELASCO, G.: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (Dir. Bolás Alfonso, J.) Madrid, 2000, pág. 73.

²¹ Sobre ello, CANDELARIO MACÍAS, M.^a I.: «¿Es válido el sistema vigente de responsabilidad de los administradores respecto a las sociedades bursátiles?», en *RDBB*, núm. 91, 2003, pág. 141, que declara que: «Al litigar los accionistas en nombre y por cuenta de la sociedad la indemnización que para el patrimonio de ésta reclamen en la demanda debe ser la misma que la sociedad podría reclamar en caso de haber ejercitado ella misma la acción. La reclamación de los accionistas no queda, por tanto, limitada en modo alguno por el porcentaje de capital que éstos posean en la sociedad. Por lo demás, los demandados son los mismos, la causa de pedir es la misma y el fallo de la sentencia también deberá ser el mismo que si la acción la hubiera ejercitado la sociedad».

Imaginemos que el acuerdo de la junta no aclara ni quiénes son los consejeros responsables ni cuál es el daño sufrido por la sociedad. Acto seguido, la sociedad entabla la acción contra el consejero X reclamando la cantidad de 100. La falta de identificación en el acuerdo de los sujetos responsables, así como de la cuantía del daño, podrá conllevar que la minoría considere que no sólo era responsable el administrador X demandado, sino también Y, no demandado. Similar posibilidad podría ocurrir con los daños a reclamar, si entendieran que en lugar de 100 causaron un daño de 300²². A partir del ejemplo transcrito se plantearía el problema de determinar la posibilidad de que la minoría ejercitara la acción frente al otro administrador supuestamente responsable por el mismo hecho. No existiría identidad de objeto en ambos procedimientos, pero sí una conexidad. La situación plantea dificultades de orden procesal²³. Quizá hubiera sido conveniente que el legislador societario hubiera considerado el Derecho procesal, cuyo conocimiento es imprescindible en el ejercicio de la acción social de responsabilidad²⁴. Sin perjuicio de manifestar la necesidad de que, en un futuro, la tarea legislativa se lleve a cabo sin olvidar ninguno de los dos sectores, como así han hecho otros ordenamientos, como el estadounidense o italiano; hemos de manifestar que en la actualidad los problemas podrían eliminarse o al menos reducirse con la cautela de exigir un contenido concreto del acuerdo de la junta que evitara interpretaciones diversas por cualquiera de los legitimados para el inicio del procedimiento judicial.

4. Coste de la acción

El último argumento es jurídico-económico: los costes que un procedimiento judicial puede suponer para las partes litigantes. Cada parte deberá abonar los gastos y costas del proceso causados a su instancia a medida que se vayan produciendo (art. 241 LEC). Pero una vez finalizada la primera instancia, la sentencia contendrá el sujeto obligado al pago de todas las costas causadas, aplicándose la regla del vencimiento, salvo ciertas excepciones. Esto es, la parte que haya visto

²² Sobre esta posibilidad se pronunció GARRIGUES, J.: *Comentario*, cit. pág. 187, al estudiar la legitimación de la minoría bajo la LSA de 1951. Consideró que cuando ésta ejercitara la acción social de responsabilidad limitando su reclamación a la cuantía proporcionada a su participación en el capital social, la sociedad podría reclamar de nuevo contra los administradores «por el resto del daño sufrido sin temor alguno a la excepción de cosa juzgada». Otros autores entienden que al ejercitar la acción en defensa de la sociedad deberán reclamar el daño total y no limitado a la proporción de su participación en el capital. Entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Art. 238 LSC», cit. pág. 1709; CANDELARIO MACÍAS, M.^a I.: «¿Es válido el sistema vigente?», cit. pág. 141.

²³ V. un apunte sobre la posibilidad de duplicidad de acciones y los problemas que ello puede acarrear en CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad*, cit. págs. 314-316.

²⁴ Estos problemas de coordinación entre la legislación societaria y procesal se han puesto recientemente de manifiesto por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La acción social», cit. págs. 97 y ss.

desestimada íntegramente su pretensión abonará las costas en las que se ha ya incurrido en el procedimiento a su instancia a la de la parte contraria y las comunes.

Por tanto, antes de iniciar un procedimiento judicial conviene plantearse si éste resulta procedente, ya que puede ocurrir que el riesgo que supone la pérdida del procedimiento convierta una acción aparentemente fundada en improcedente. En el caso en que la pretensión sea desestimada, si es la sociedad la que ejercita la acción de *iure proprio*, las costas recaerán directamente sobre su patrimonio. Mayores dudas plantea el ejercicio de la acción por cualquiera de los legitimados subsidiarios. El legislador español no ha dicho nada al respecto y la aplicación estricta de la regla del vencimiento puede ser un nuevo motivo para que los legitimados subsidiarios pierdan su interés en defender el patrimonio de la sociedad.

Un elemento a tener en cuenta por los socios en el momento de votar a favor o en contra del ejercicio de la acción social de responsabilidad es el conocimiento de la cuantía de los daños que presuntamente hubieran causado los administradores responsables. Con este dato ponderarán la conveniencia o no de entablar la acción, pues en muchos supuestos es posible que el coste del proceso supere a la reclamación contra los administradores. En ese escenario, el ejercicio de la acción se convertiría en un acto perjudicial para el interés social.

Aunque es demasiado ambicioso, los socios tendrán interés en conocer, además del dato estrictamente económico, las probabilidades de éxito de la acción. Pero es ésta una cuestión extremadamente delicada que no puede determinarse *a priori*.

Pese a que es un argumento de corte económico, tiene gran relevancia. La sociedad de capital debe velar por obtener el máximo beneficio con el respeto de la legalidad. Por ello, es conveniente que en lugar de iniciar procedimientos de exacción de responsabilidad a sabiendas de la difícil estimación, se haga un análisis previo de su pertinencia. Esta solución no sólo evitaría la asunción de costes injustificados por la sociedad, sino que también podría colaborar a superar el retraso y atasco que sufren nuestros tribunales.

IV. CONTENIDO DEL ACUERDO DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

Tras explicar las razones que justifican la necesidad de que los acuerdos de la junta general de ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores tengan un contenido mínimo, nos centraremos en analizar cuál debe ser. Sería conveniente que el legislador, entre las reformas que debe afrontar nuestro derecho societario, se detuviera en esta materia. Al igual que ha regulado con

detalle otros aspectos formales de la deliberación sobre el ejercicio de esta acción, como la posibilidad de que se decida sobre ella sin que conste en el orden del día o la prohibición del incremento de la mayoría para la adopción del acuerdo, debería prestar atención a su contenido, fijando los aspectos que deberían determinarse. A nuestro juicio, el contenido del acuerdo debe abarcar al menos:

1. La conducta activa u omisiva que la junta general estime reproachable.
2. Los sujetos pasivos: los administradores responsables.
3. El daño producido en el patrimonio social.

1. Determinación de la conducta activa u omisiva reproachable

La conducta culpable de los administradores contraria a la Ley, a los estatutos sociales o a los deberes inherentes al cargo, es *conditio sine qua non* para la existencia de responsabilidad de los administradores (art. 236 LSC). Por ello, la junta general que decida el ejercicio de la acción social deberá determinar qué conducta concreta, activa u omisiva, estiman reproachable²⁵.

El acuerdo de la junta general es anterior a la demanda y, uno y otra, se proyectan en dos sectores diferentes del ordenamiento. El acuerdo social constituye la última fase del Derecho sustantivo y la demanda es el comienzo del proceso judicial. Conviene mencionar la regla de la preclusión que rige en el Derecho procesal civil y cuya aplicación por los juzgados ha sido estricta. Así, el artículo 400.1 LEC, dice: «Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso posterior». La preclusión responde al respeto del principio de igualdad de armas, que quedaría desprotegido si se admitiera que las partes alegaran e introdujeran hechos con posterioridad a los respectivos escritos de alegaciones, cuando los hubieran podido

²⁵ SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «Responsabilidad de los administradores», cit. pág. 936, bajo la vigencia de la LSA de 1951 que afirmaba que «una Junta general, convocada para tratar de diversos asuntos, en principio extraños al tema responsabilidad, puede, en el curso del debate, constatar la existencia de supuestos fácticos de por sí aptos para exigir responsabilidades a los administradores (un daño producido, una conducta gravemente negligente)». SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 369, estima que la exigencia de una correspondencia absoluta entre el contenido del acuerdo y de la demanda podría ocasionar importantes dificultades; En apoyo, LARA, R.: «La acción social», cit. pág. 114. Sin embargo, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La acción social», cit. pág. 170, que afirman que no es necesario identificar los actos u omisiones que se consideren antijurídicos, pero sí se hace producirá eficacia sobre el encargado de su ejecución. También hay que destacar la STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6902), que establece que el acuerdo de la junta general debe indicar la conducta por la que ha de exigirse responsabilidad, sin que sea necesario un grado de especificación tan grande que detalle todas las razones de la ilicitud de la conducta o de su falta de justificación.

invocar en aquella fase inicial. También guarda una estrecha relación con el principio de economía procesal y de seguridad jurídica, con el fin de evitar el ejercicio de varios procedimientos sobre la misma causa.

La regla de la preclusión apuntada se refiere al procedimiento judicial y por ello no puede aplicarse al acuerdo de la junta general. Es decir, aunque el acuerdo de la junta no se refiera a determinados hechos que sean fundamento de la acción, sí se podrán incorporar al proceso que a continuación se inicie²⁶. Sostener lo contrario podría conducir a conclusiones absurdas, pues si fuera la minoría o los acreedores los que entablaran la acción en caso de acuerdo contrario de la junta general habría que consentirles mayor libertad en el ejercicio de la acción. Es decir, el titular del derecho —la sociedad— tendría menos prerrogativas para su ejercicio que otros legitimados —minoría o acreedores²⁷.

La junta general debe pronunciarse sobre una determinada conducta que dé contenido al acuerdo, que será la que posteriormente se amplíe en los hechos contenidos en la demanda ante el juzgado competente o, en su caso, en el arbitraje. Por tanto, no se exige a la junta una concreción en la conducta reprochable, pero sí la identificación de los elementos esenciales en los que se va a fundamentar la futura pretensión. La flexibilidad es necesaria porque puede ocurrir que, pese a existir un acuerdo favorable de la junta general, sea la minoría la que inicie la acción con la misma causa de pedir y exponga los hechos con diversos criterios o incluso haga una selección de los mencionados en la junta. Esta flexibilidad se vería constreñida si se encontraran condicionados por los términos del acuerdo adoptado.

La ilicitud y culpabilidad de la conducta deberá ser apreciada por el juez de lo Mercantil o el árbitro que conozca el procedimiento. Son estos elementos jurídicos que no tienen por qué ser conocidos por los socios. Lo que sí es exigible es un reproche por el órgano soberano hacia el comportamiento de los administradores.

Pese a lo expuesto, basta observar algunos fallos judiciales derivados de acciones de responsabilidad entabladas por la sociedad para constatar que se han admitido acuerdos de junta en los que no se hacía mención alguna a conducta reprochable a los administradores²⁸. Para ello, se ha realizado una interpretación

²⁶ Así se manifiestan SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 369 y siguiéndole LARA, R. «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad», en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Dir. Rojo, A. y Beltrán, E.), 4.ª ed. Valencia (2011), pág. 114.

²⁷ V., en este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 369.

²⁸ V. la SAP de Zaragoza de 17 de septiembre de 2002 (2002, 255191), que declaró conforme al artículo 134 LSA de 1989 este acuerdo adoptado en la junta general: «Segundo.— Estudio y debate de la acción social de responsabilidad contemplada en el artículo 134 del Texto refundido de

estricta de la letra del derogado artículo 134 LSA de 1989. Se ha dicho que la adopción del acuerdo por la junta general no conlleva el simultáneo ejercicio de la acción social, sino que esto se hará con posterioridad. Esta tesis se ampara en la letra del precepto, que decía: «*se entablará*». Esta interpretación sostiene que la junta general tan sólo se limita a autorizar el ejercicio de la acción²⁹. Entendemos que esa posición no se concilia con el ánimo del legislador. La decisión sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad es una competencia exclusiva de la junta general y es ella quien debe determinar qué conducta concreta reprocha a sus administradores y a la que corresponde en exclusiva decidir el ejercicio de la acción³⁰.

No se trata de autorizar al órgano de administración para que entable la demanda. Es decir, la ejecución no queda a su arbitrio. Los acuerdos de la junta general tienen eficacia ejecutiva³¹ y, por tanto, el órgano de gestión tiene la obligación de llevar al plano procesal la voluntad social. Deberá interponer la demanda de acción social de responsabilidad en el plazo de un mes³². Ahora bien, el inicio del procedimiento, una vez que la junta adopta el acuerdo de ejercicio de la acción, no es irreversible. Puede ocurrir que en la preparación de la demanda, el órgano de gestión se percate de nuevos elementos fácticos que hagan insostenible la pretensión y por ello podrán convocar una reunión, en cuyo orden del día figure la renuncia al ejercicio de la acción (art. 238.2 LSC). Si la minoría de socios se opone a la renuncia, el acuerdo no podrá adoptarse y los administradores continuarán obligados a interponer la demanda en defensa de la sociedad. No deja de ser llamativo que los gestores que manifiesten su deseo de renunciar se vean

la Ley de Sociedades Anónimas contra D. José F.A». También conviene destacar la STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010, 6563), que estimó el recurso interpuesto por la minoría en un procedimiento de acción social amparándose en el acuerdo contrario de la junta general. Los administradores demandados alegaron la falta de presupuesto al no haber hecho constar en el acuerdo ni los sujetos afectados por la acción ni la conducta imputable. El TS, amparándose en los argumentos de la AP, sostuvo que «ese alegado óbice no fue considerado tal por la Audiencia Provincial —como expuso en el ordinal sexto del fundamento de derecho primero de su sentencia—, tras una valoración de las circunstancias, la cual consideramos adecuada y hacemos nuestra para llegar a la misma conclusión, ante la evidencia de que la falta de precisión denunciada por don Leandro no pudo impedir que los socios reunidos en junta general conocieran, con el necesario detalle, cuál era el asunto y quiénes los administradores a los que las proponentes de la acción judicial se referían, dada la trascendencia y significación de la operación luego convertida en litigiosa».

²⁹ En este sentido, entre la doctrina, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La acción social», cit. pág. 170, que dicen que el acuerdo consiste en «una autorización o delegación»; de igual manera, LARA, R.: «La acción social», cit. págs. 111-112.

³⁰ V. SAP de Navarra de 18 de febrero de 2005 (JUR 2005, 267381), que declara que es la junta la única que debe decidir sobre el ejercicio de la acción social y su ejercicio, no siendo válida la delegación en terceros.

³¹ Sobre la eficacia ejecutiva de los acuerdos de la junta general, por todos, URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y MUÑOZ PLANAS, J. M.ª: «La junta general», cit. pág. 279.

³² El incumplimiento de esta obligación puede generar responsabilidad, v., por todos, CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad*, cit. pág. 260; ARROYO, I. y BOET, E.: «Art. 134 LSA de 1989», cit. pág. 1565.

obligados a continuar con el procedimiento. Esto podría evitarse con acuerdos de junta general de ejercicio de la acción que vengán precedidos por un estudio exhaustivo, de manera que la renuncia sea un supuesto excepcional.

La concreción de la conducta lesiva en el acuerdo de la junta general presenta numerosas ventajas. Con ella se pondrá fin a los acuerdos preventivos de exigencia de responsabilidad que se caracterizan por su indeterminación y porque permiten que, al amparo de un mismo acuerdo, se inicien distintos procedimientos judiciales³³. Esta conducta evidencia una actuación contraria a la buena fe, tanto sustantiva como procesal: con ella se pretende dejar numerosos frentes abiertos para iniciar un procedimiento de tanta trascendencia, como es el de exigencia de responsabilidad a los administradores. Conforme a los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, la actuación contraria a la buena fe debe ser sancionada en los dos campos (arts. 7.1 CC y 247.1 LEC).

No obstante, sobre la base de una interpretación literal de la LSC, se ha mantenido la idea de que el contenido mínimo del acuerdo de la junta general no es obligatorio³⁴. La legislación no lo exige de manera expresa, pero sí puede deducirse de una aplicación conjunta de la normativa societaria sobre la responsabilidad de los administradores. Los partidarios de no exigir un contenido concreto a este acuerdo han reconocido que, pese a no ser éste obligatorio, sí es aconsejable hacer constar los hechos que vayan a constituir la base de la demanda. La indeterminación en el acuerdo podría provocar la desestimación de la pretensión —por su amplitud— o incluso la interposición de demandas de responsabilidad posteriores amparadas en la imprecisión del acuerdo, sobre las que no podría alegarse la excepción de cosa juzgada. Situaciones ambas que, a nuestro juicio, son contrarias a la seguridad jurídica.

La tesis anteriormente explicada podría generar una litigación desmesurada y dar carta blanca al ejercicio de acciones sociales de responsabilidad, con fines distintos de la defensa del interés social que deben ser rechazadas. La inexistente referencia a las conductas reprochables plantea la posibilidad de que, iniciado el procedimiento judicial por la sociedad invocando un acto concreto, cualquiera de los otros legitimados estime que además concurren otros susceptibles de generar responsabilidad. En consecuencia, éstos presentarán una demanda amparándose en la existencia del acuerdo de la junta general y la falta de ejercicio parcial por la sociedad. Son hipótesis de complicada solución. *Strictu sensu* no existiría identidad objetiva en la pretensión, lo que supone una contradicción con la acción social de responsabilidad que se caracteriza por su unicidad.

³³ Los ha rechazado recientemente SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La acción social», cit. pág. 103.

³⁴ En este sentido, CALBACHO LOSADA, F.: *El ejercicio de las acciones de responsabilidad*, cit. pág. 114; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La acción social», cit. pág. 170.

2. Sujetos pasivos: los administradores responsables

A) Responsabilidad personal

El legislador atribuye la responsabilidad no al órgano de administración, sino a cada uno de sus integrantes³⁵. Así se deduce de la redacción de numerosos preceptos. El artículo 236 LSC declara que responderán «los administradores»; el artículo 238 LSC dice que «la acción de responsabilidad contra los administradores»; el mismo precepto menciona que «el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados»; el artículo 240 LSC se refiere al ejercicio de la acción por los acreedores «contra los administradores»; por último, el artículo 241 LSC, que trata sobre la acción individual de responsabilidad, se refiere a «actos de administradores».

Lo anterior conlleva que la junta general deba identificar a los administradores afectados por la acción. Esto responde al régimen de distribución de competencias. Al corresponder a la junta general, con carácter exclusivo, el ejercicio de la acción parece que un elemento fundamental es la delimitación subjetiva del acuerdo³⁶. Lo contrario supondría dejar en manos de un tercero un aspecto esencial de la responsabilidad, como es la determinación del sujeto pasivo frente al que ha de presentarse la demanda³⁷. En el régimen de la responsabilidad por culpa, la imputación de la conducta al sujeto es imprescindible³⁸. Además de este argumento, una interpretación literal del articulado nos lleva a concluir que es la junta

³⁵ V., sobre la naturaleza personal de la responsabilidad frente a la orgánica: GARRIGUES, J.: *Comentario, cit.*, pág. 168; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores, cit.*, págs. 319, 367; ALONSO ESPINOSA, F.J.: «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores», en AA.VV., *Estudios de Derecho de Sociedades (Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde)*, Tomo I, Madrid, 2007, pág. 75; LARA, R.: «La acción social», cit. pág. 112. La jurisprudencia también ha sido constante: SSTs de 30 de marzo de 2001 (RJ 2001, 6639) y 25 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1908), citadas por la de 4 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1364).

³⁶ En este sentido se ha manifestado, LARA, R.: «La acción social», cit. pág. 112, afirmando que «es preciso poner de relieve que el acuerdo de la Junta general por el que se decida entablar la acción contra los administradores debe hacer referencia directa —a uno o varios administradores concretos— o indirecta —al Consejo de administración o a los administradores mancomunados— a aquellos que resulten afectados por el citado acuerdo, siendo únicamente frente a éstos a los que en virtud de la referida decisión societaria se puede demandar en ejecución de la misma».

³⁷ V., sobre la delegación, la interesante SAP de Navarra de 18 de febrero de 2005 (JUR 2005, 267381), que declaró la nulidad del acuerdo de la junta general cuyo contenido era «ejercitar contra los miembros del anterior Consejo de administración las acciones de responsabilidad civil que aconsejen y consideren los Servicios Jurídicos». La Audiencia declaró que al ser una competencia atribuida por la Ley a la junta general no era posible dejar su ejercicio a la decisión del servicio jurídico.

³⁸ V. la SAP de Madrid de 7 de enero de 2009 (JUR 2009, 159546) sobre el ámbito subjetivo del acuerdo de ejercicio de la acción social de responsabilidad: «En relación con el contenido y extensión de ese acuerdo, si bien en el referido punto cuarto se menciona exclusivamente a don Ismael, en las notas complementarias que informaron e integran ese acuerdo, citadas expresamente y aportadas sus copias a autos, a los folios 116, 128 y 129, consta la expresa mención del resto de administradores, en concordancia con la acción finalmente ejercitada».

quien debe concretar los sujetos eventualmente responsables. El artículo 238.3 LSC dice que el acuerdo de la junta «determinará la destitución de los administradores afectados». La inclusión del término «afectados» por la LSA de 1989 fue acertada y ha sido mantenido por la vigente LSC. La pérdida de confianza no se produce sobre todo el órgano de administración, sino tan sólo sobre aquellos administradores a los que se decida exigir responsabilidad, por lo que solamente éstos deberán cesar en sus cargos³⁹. Ello exige que la junta general especifique a quién considera responsables y en los que la confianza ha perdido, con su inmediato cese.

Por otro lado, el artículo 526 LSC, al regular el ejercicio del derecho de voto por administrador, en caso de solicitud pública de representación, contempla un deber de abstención de aquél que la obtuviera en la votación relativa al «ejercicio contra él de la acción social de responsabilidad» cuando no hubiera recibido instrucciones de voto precisas del representado. De aquí también puede deducirse la necesidad de identificar al administrador contra el que se dirige la acción, ya que, si no se hace, el administrador que hubiera obtenido la representación no tendrá criterio alguno para ejercitar o no el derecho de voto en la reunión y, en el primer caso, tampoco su orientación. Se dejaría una decisión de tanta trascendencia, como es la de votar sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad, a su arbitrio.

B) Solidaridad

La identificación de los administradores plantea ciertas dificultades cuando el órgano de administración no sea unipersonal, ya que la legislación ha reconocido la responsabilidad solidaria. Así, el artículo 237 LSC declara que «todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél». El régimen de responsabilidad solidaria de los administradores en la sociedad anónima se reconoció por primera vez en la LSA de 1989. Con ello se pretendía resolver la incoherencia que existía entre el régimen de los administradores de las sociedades anónimas y las limitadas. Mientras que la LSA de 1951 no se había pronunciado sobre el régimen de responsabilidad cuando el órgano fuera colegiado, sin embargo, la LSRL de 1953 reconoció expresamente la solidaridad. El deseo del legislador de 1989 de fortalecer la responsabilidad de los administradores y de aumentar el rigor con que éstos debían desempeñar el cargo dio como resultado el reconocimiento expreso de la solidaridad.

De esta regla cabría sostener que no será necesaria la determinación de los administradores afectados por el acuerdo: la sociedad podría reclamar a uno sólo

³⁹ Por todos, v., SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores*, cit. pág. 386.

el *quantum* global o ejercitar la acción contra todos los integrantes del órgano de gestión. No obstante, la solidaridad no impide que, si se tiene conocimiento de los sujetos concretos que cometieron el acto o acuerdo lesivo, sólo se entable la acción frente a ellos. Esta conducta es la más beneficiosa para el interés social. El ejercicio de la acción contra todos los administradores puede ocasionar cuantiosos costes para la sociedad cuando alguno de ellos se vea absuelto de la pretensión de condena, pues se verá obligada al pago de sus costas. A lo dicho debemos añadir las referencias personales que amparan el efecto de la destitución y la votación en el supuesto de que haya existido solicitud pública de representación. A pesar de que exista responsabilidad solidaria, será imprescindible la determinación de los sujetos afectados por el acuerdo de la junta general para que estos preceptos puedan aplicarse correctamente.

3. Determinación del daño padecido por la sociedad

Por último, la junta general deberá identificar el daño causado a la sociedad como consecuencia de la conducta de los gestores. Este daño es patrimonial, aunque se ha admitido que puedan reclamarse por medio de la acción social otros de naturaleza diversa, como los morales. En cualquier caso, será necesaria su estimación económica.

La determinación del daño tiene también un fundamento jurídico. Si la junta general es el órgano competente para decidir sobre la acción social de responsabilidad, es evidente que debe tener conocimiento sobre el daño sufrido en el patrimonio social. Como ya hemos expuesto anteriormente, la falta de determinación de este daño en el acuerdo puede plantear problemas para su ejecución. Tampoco parece conveniente dejar en manos de un tercero su cuantificación, pues se corren distintos riesgos. Si ejecutan la demanda los miembros del órgano de administración contra los que no se haya dirigido la acción, será probable que exista una política de indulgencia frente a la actuación de sus colegas demandados. Política motivada no sólo por el compañerismo, sino también ante la eventual repetición de los administradores condenados (1.145 CC). La responsabilidad es solidaria en su vertiente externa —en la relación existente entre la sociedad y el órgano de administración—. Sin embargo, una vez satisfecha la sociedad, la responsabilidad interna tiene carácter mancomunado. Por el contrario, cuando la demanda se presente por un nuevo órgano de administración y, más aún cuando fuera éste el que propusiera a la junta el ejercicio de la acción social contra antiguos administradores, se producirá casi con seguridad la conducta opuesta.

Los presupuestos de la acción social de responsabilidad deben concurrir en el momento en que la junta decida su ejercicio. No debe admitirse un acuerdo de exigencia de responsabilidad condicionado a que se produzca un daño. En tal caso no existe acción, sino tan sólo una expectativa a que nazca a partir de un hecho

futuro e incierto⁴⁰. Para evitar estas situaciones es necesario exigir a la junta general la cuantificación del daño sufrido por la compañía como consecuencia de la actuación que reproche a los administradores. La indeterminación cuantitativa del daño genera una inseguridad para los administradores contra los que se haya acordado la acción que no debe admitirse. Tan legítimo es el derecho de la sociedad a exigir responsabilidad a los administradores por actuaciones contrarias a sus deberes, como el de éstos de saber y conocer los procedimientos judiciales en que pudieran verse afectados.

A pesar de las ventajas que presenta la concreción del daño sufrido por la sociedad en el acuerdo de la junta general, somos conscientes de su dificultad. Entendemos que en este aspecto no debe realizarse una aplicación estricta, si bien, la acción que definitivamente se ejercite no deberá separarse demasiado de la cuantía que se haya señalado en el acuerdo adoptado por la junta general, sin causa que lo justifique⁴¹.

4. Nexo de causalidad

Por último, nos referiremos a la relación de causalidad entre la conducta y el daño. No es éste un presupuesto que requiera un contenido determinado, sino que la junta general, al identificar esos presupuestos y atribuirlos a un sujeto determinado, presume la existencia de aquel nexo. Será definitivamente el juez o, en su caso, el árbitro el que decida en la sentencia o laudo que ponga fin al procedimiento si realmente los perjuicios sufridos por la compañía fueron consecuencia exclusiva de la actuación de los gestores contra los que se haya dirigido la acción. Si esos daños no fueran consecuencia exclusiva de la conducta de los administradores, se moderará la responsabilidad (cuando hayan concurrido otros parámetros que afectaron a la producción del daño) o se excluirá (cuando no existiera relación causal alguna entre el perjuicio y la conducta).

*(Trabajo recibido el 03/05/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)*

⁴⁰ V. la citada SAP de Navarra de 18 de febrero de 2005 (JUR 2005, 267381), que declara «la decisión de ejercer la acción social de responsabilidad que corresponde a la junta general, la cual ha de tomarse en estado puro, es decir, sin condicionamiento alguno, previa deliberación y votación de la asamblea».

⁴¹ Por su parte, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. y MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «La acción social», cit. pág. 170, consideran que no es necesario que «se determine con precisión el montante del daño causado que puede quedar para un momento posterior (v. gr., tras la realización de un informe pericial), siempre que esta indeterminación no perjudique el derecho de información de los socios». En el mismo sentido, la STS de 26 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 6902) considera que no es necesaria la cuantificación del daño sufrido por la sociedad.

ESTADO ACTUAL DE LA DELEGACIÓN DE FACULTADES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

M.^a CARMEN ORTIZ DEL VALLE

Profesora Ayudante de Derecho Mercantil

Doctora en Derecho

Universidad Miguel Hernández de Elche

«Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación del MINECO “La simplificación del Derecho de Sociedades III. La retribución de administradores en el marco de mejora del gobierno corporativo”, con referencia DER2015-67918-P y dirigido por el Prof. Santiago Hierro Anibarro (Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica de Excelencia).»

RESUMEN

El Derecho mercantil, y en particular el Derecho de sociedades, está sometido a permanentes cambios por la necesidad constante de adaptarse a la realidad. Muestra de ello es la reforma de la Ley de Sociedades de Capital llevada a cabo 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. El objetivo de tal reforma es la mejora del gobierno corporativo de las sociedades de capital y, para ello, entre otras medidas, se pretende reforzar el carácter del consejo de administración como supervisor de la actuación de los consejeros con funciones ejecutivas. La obligación de que el consejo se reúna trimestralmente, el incremento del número de las facultades indelegables, así como la necesidad de que la relación del consejero delegado o un consejero con funciones ejecutivas quede reflejada en un contrato aprobado por el consejo de administración son algunas de las modificaciones introducidas encaminadas a tal fin. Al estudio de las mismas dedicamos este trabajo.

Palabras clave: Buen gobierno de las sociedades, consejo de administración, delegación de facultades, contrato de administración, remuneración, funciones ejecutivas, facultades indelegables.

CURRENT SITUATION OF THE DELEGATION OF POWERS IN CAPITAL CORPORATIONS

M.^a CARMEN ORTIZ DEL VALLE

Lecturer in Company Law

Doctor of Laws

Miguel Hernández University in Elche

ABSTRACT

Commercial law, in particular company law, is subject to constant changes by the constant need to adapt to reality. Proof of this is the reform of the Companies Capital Law carried out by the Law 31/2014 of 3 December, which modifies the Companies Capital Law for the improvement of corporate governance. The aim of this reform is to improve the corporate governance of corporations and for this, among other measures, it aims to strengthen the character of the board as supervisor of the performance of the executive directors. The requirement that the board meets quarterly, the increase in the number of the powers that can not be delegated, as well as the need for the respect of the CEO or a director with executive functions is reflected in a contract approved by the board of directors are some of the changes aimed at this purpose. We dedicate this work to study them.

Keywords: Corporate governance, board of directors, delegation of powers, contract management, compensation, executive functions, delegated powers.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA DELEGACIÓN DE FACULTADES. 1. *La administración social*. 2. *La regulación del consejo de administración en la Ley de Sociedades de Capital*. 3. *Modificaciones en relación a la delegación de facultades*. 3.1. Nueva redacción del artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.2. Los requisitos del artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital.—III. EL NUEVO CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN. 1. *El nuevo contrato de administración: requisitos formales*. 2. *El nuevo contrato de administración: contenido*. 3. *La remuneración de los consejeros de las sociedades cotizadas: un breve apunte*.—IV. LAS FACULTADES INDELEGABLES.—V. APRECIACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Motiva el estudio de esta cuestión —el estado actual de la delegación de facultades— la modificación llevada a cabo en la Ley de Sociedades de Capital (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 virtud de 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.

Con este trabajo nos proponemos la reelaboración, a la vista de las novedades que se han producido mediante la citada Ley, de una cuestión que desde siempre ha planteado importantes interrogantes: la administración delegada de las sociedades. Esta Ley introduce importantes cambios que afectan a distintos aspectos de la vida societaria adquiriendo particular relieve la delegación de facultades. Se prevé, en este sentido, un nuevo contrato de administración societaria —con especial referencia al régimen de retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas— y se modifica el régimen de las facultades indelegables.

Especialmente oportunas son, a propósito de esta cuestión, las palabras de CRISTÓBAL MONTES. Refiriéndose a las sociedades anónimas precisa que es difícil encontrar otro instituto jurídico en que los cambios y mutaciones estén tan a la orden del día y en el que las tensiones, factores y características del entorno económico sean tan influyentes, perentorios y decisivos¹. Hay que prestar especial atención, en consecuencia, a las modificaciones operadas en la administración de las sociedades capitalistas. Esto en virtud del movimiento conocido como *corporate governance* o *buen gobierno corporativo* (que da lugar, entre otras manifes-

¹ CRISTÓBAL MONTES, A.: *La administración delegada de la sociedad anónima* [EUNSA], Pamplona, 1977, pág. 11.

taciones, a la Ley que motiva este estudio) cuya mayor aportación, a grandes rasgos, consiste en la constatación expresa de la imposibilidad del consejo de cumplir las funciones que tradicionalmente se le han encomendado, así como la reorientación de su papel hacia el control de la gestión y cuyos mayores esfuerzos se dirigen a la conversión del consejo en un órgano básicamente de control y a garantizar que cumpla adecuadamente su papel.

El buen gobierno de las sociedades, como decimos, ha venido adquiriendo en los últimos años una gran trascendencia fundamentalmente por dos motivos². Por una parte, la convicción generalizada de la utilidad de este tipo de prácticas empresariales, en la medida en que es admitido por todos el valor de una gestión adecuada y transparente de las sociedades. Por otra, la complejidad en la estructura de gobierno corporativo que pueden alcanzar las sociedades, la deficiente e inadecuada composición de los órganos de gobierno societarios, la falta de transparencia y la toma de decisiones imprudentes son causas, entre otras, que motivan una revisión de los sistemas de administración de las sociedades y, concretamente, del consejo de administración de las sociedades de capital.

España no ha permanecido ajena a este movimiento y comparte el convencimiento de la importancia de que las sociedades cuenten con un buen gobierno corporativo³. Así, en el año 1998 la Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades elaboró el conocido como Informe Olivencia; en 2003, la Comisión especial para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas elaboró el Informe Aldama, que modifica el Código anterior y añade nuevas recomendaciones. En 2006, finalmente, se creó un Grupo de Trabajo Especial para armonizar y actualizar, en línea con las tendencias europeas, el contenido del Código de Buen Gobierno, dando lugar al Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, actualizado en 2013 y en vigor hasta la aprobación, por Acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015, de un nuevo Código de Buen Gobierno.

Tampoco ha sido ajeno nuestro país, tal y como refiere la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, a la discusión sobre la conveniencia de utilizar recomendaciones de carácter no vinculante, basadas en el principio de «cumplir o explicar» o,

² En este sentido, v. la Exposición de Motivos de 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.

³ Las primeras iniciativas en esta materia proceden de asociaciones profesionales del mundo empresarial. El punto de partida es el documento «Reflexiones sobre la reforma de los Consejos de administración», redactado por el Comité de Gestión Empresarial y Productividad del Círculo de Empresarios en 1995. A este documento sigue otro del Círculo de Empresarios de 1996, denominado «Una propuesta de normas para un mejor funcionamiento de los Consejos de administración», donde se recogen un catálogo de sugerencias dirigidas a las sociedades cotizadas para que las adopten por vía de autorregulación.

alternativamente, recurrir al carácter preceptivo de las normas jurídicas como medidas para promover el buen gobierno. Junto con los Códigos que acabamos de citar el legislador español ha venido también adaptando el ordenamiento jurídico en aquellas áreas de la regulación societaria en las que se ha creído con veniente mediante distintas leyes. Así, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas; la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital o, por ejemplo, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible.

El antecedente directo de la Ley 31/2014 se encuentra 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, para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas y para prestar apoyo y asesoramiento a la CNMV en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas. El 14 de octubre de 2013 se presentó el Informe de la citada Comisión. Sobre la base del mismo, y respetando la práctica totalidad de sus recomendaciones, se elaboró esta Ley.

Las modificaciones que introduce la Ley en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital se pueden agrupar, a grandes rasgos, en dos categorías:

- Las relativas a la junta general de accionistas, en las que no vamos a entrar por exceder de nuestro ámbito de estudio.
- Las relativas al órgano de administración (deberes de diligencia y lealtad, régimen de responsabilidad, retribución de los administradores...) y, más concretamente, al consejo de administración. En esta esfera se introducen importantes novedades que afectan a distintos aspectos de la vida societaria. Es el caso de la delegación de facultades. Al análisis de estas novedades vamos a dedicar los epígrafes que siguen.

II. CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA DELEGACIÓN DE FACULTADES

1. La administración social

La Ley de Sociedades de Capital mantiene en el orden estructural interno de las sociedades de capital dos tipos de órganos sociales cuya existencia es obligatoria para todas las sociedades:

- La junta general, órgano de tipo asambleario regulado en el Título V.
- Y el órgano de administración, regulado en el Título VI.

La administración de las sociedades puede conferirse, como indica el artículo 210.1 de la Ley de Sociedades de Capital, a un administrador único, a varios administradores que actúen de forma solidaria o de forma conjunta o a un consejo de administración. Independientemente de la forma que asuma el órgano de administración, a éste le compete la gestión y la representación de la sociedad. Coincide gran parte de nuestra doctrina en entender que cuando se habla de gestión o de administración de una sociedad se alude al conjunto de actos de diversa índole que se realizan sobre el patrimonio social y que tienden a la consecución del objeto social estatutariamente establecido⁴.

La mayor parte de nuestra doctrina, en relación al contenido de la administración, siempre ha diferenciado entre gestión y representación. Este criterio es el que sigue la actual Ley de Sociedades de Capital al establecer en el artículo 209 que es competencia de los administradores «la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley». La gestión comprende los actos que no rebasan la esfera interna de la sociedad y la representación, los actos que ponen en relación a la sociedad con terceros⁵. A su vez, dentro de los actos de gestión, cabría hacer una nueva distinción entre actos relativos a la organización de la sociedad y actos relativos al ejercicio de la empresa social⁶ o, en otra terminología, «gestión societaria de tipo interno» o «gestión propiamente empresarial»⁷. No obstante, esta orientación doctrinal —y ahora legal— de separar gestión y representación no ha sido unánimemente aceptada por toda la doctrina por considerarse que no son actividades totalmente diferenciadas⁸.

Pero, independientemente de cuál sea su contenido, es importante destacar que la actividad de gestión constituye un todo unitario en cuanto que todos los

⁴ CRISTÓBAL MONTES: *La administración...*, pág. 74; GIRÓN TENA, J.: *Derecho de Sociedades Anónimas (según la Ley de 17 de julio de 1951)* [Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid], Valladolid, 1952, pág. 359; IGLESIAS PRADA, J. L.: *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima* [Tecnos], Madrid, 1971, pág. 99; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros delegados, Comisiones Ejecutivas y Consejos de Administración* [Montecorvo], Madrid, 1971, pág. 76; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: «Sobre la distinción entre administración y representación de las sociedades mercantiles», *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, núm. 85, 1962, pág. 47, págs. 59 a 61.

⁵ En este sentido, IGLESIAS PRADA, *Administración...*, pág. 99.

⁶ Véase también RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros...*, pág. 76, y «La delegación de facultades del Consejo de administración de la sociedad anónima», *Revista Derecho de Sociedades (RdS)*, número 1, 1993, págs. 91 y 101.

⁷ Así, POLO SÁNCHEZ, E.: «Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad anónima. Arts. 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas», *Comentario al Régimen Legal de las sociedades mercantiles*, t. VI (dir.) Uría, Menéndez, Olivencia, [Civitas], Madrid, 1992, pág. 478.

⁸ Así, por ejemplo, el profesor SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: *RDM*, núm. 85, 1962, pág. 48.

actos y decisiones que la integran se realizan sobre un mismo patrimonio, el de la sociedad, y con una misma finalidad, la realización del objeto social. No obstante, este proceso unitario está integrado por una serie de fases o etapas que suelen enunciarse de la siguiente forma: programación, dirección, ejecución y control⁹. Dejando aparte la ejecución (ya que este término hace referencia a la realización de actividades materiales que exceden de la administración en sentido estricto), la gestión propiamente dicha comprende una triple tarea que se descompone en una serie de elementos de distinta naturaleza. Estas tres tareas consisten en:

- a) Formular la estrategia y los objetivos de la sociedad, teniendo en cuenta los recursos propios y las circunstancias del entorno de la sociedad.
- b) Elaborar un conjunto de planes generales destinados a aplicar la política general o la estrategia formulada y, simultáneamente, crear una organización adecuada para la ejecución de dichos planes.
- c) Dirigir y controlar la organización creada, de acuerdo con esta misma política.

Repárese en que prestamos atención a estas categorías porque son manifestaciones de una realidad. El proceso de gestión de una sociedad puede llegar a alcanzar una gran complejidad, la cual está en relación con las dimensiones de cada sociedad y, unida a otros factores a los que nos referiremos más adelante, revela que la tradicional configuración de los órganos de administración de la sociedad debe sufrir cambios importantes para poder enfrentarse con éxito al mundo empresarial¹⁰.

Por lo que se refiera al consejo de administración es indudable que la organización de la administración de la sociedad en forma de consejo ofrece ventajas frente a las demás posibilidades. Fundamentalmente es así por dos motivos. Por un lado, la presencia de varios administradores permite ponderar y equilibrar los intereses en juego; por otro, el recíproco control que en estos casos se establece entre los administradores. Sin embargo, también es un hecho constatable que el consejo ha resultado ser un organismo no siempre capaz de llevar a cabo una gestión de la sociedad eficaz y adecuada a la realidad. El principal problema que plantea, al margen de la referida complejidad del propio proceso de gestión, es la necesidad de actuar colegiadamente para el desarrollo de la función administradora. Esta circunstancia implica que el consejo pudiese resultar poco operativo y dejase de ser el órgano adecuado para una eficaz gestión de la sociedad. A lo que se añade que, en ocasiones, los consejos de administración están compuestos por personas sin la cualificación o preparación necesaria para enfrentarse a la labor

⁹ CRISTÓBAL MONTES: *La administración...*, págs. 74 y 75; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, págs. 76 y 77.

¹⁰ En este sentido se expresa CRISTÓBAL MONTES: *La administración...*, pág. 76.

de gestionar la sociedad. Esta situación comporta que, en la práctica, la actuación del consejo como tal está siendo reemplazada, bien por su presidente, un director general, o por órganos delegados. De esta forma, y en aras de una mayor flexibilidad, agilidad y eficacia en el ejercicio de la función administradora, ésta suele conformarse de una manera dual: por un lado, existe un órgano pluripersonal con funciones fundamentalmente de control; y, por el otro, uno o varios órganos unipersonales o colegiales, que son los que en definitiva gestionan la sociedad. Esta separación viene impuesta en los ordenamientos donde rige el sistema dualista de administración social, mientras que en otros, donde impera el sistema monista, se lleva a cabo mediante las denominadas delegaciones de facultades¹¹.

Mediante la delegación de facultades es posible, por tanto, crear una serie de centros de decisión dotados de una esfera de competencia que comprende no sólo la ejecución material de determinadas funciones, sino un margen de autoridad así como la correspondiente responsabilidad¹². Sin embargo, conviene hacer dos matizaciones:

1. La creación de estos centros de decisión dotados de una cierta autonomía no supone la ruptura de la unidad que debe inspirar todo el proceso de gestión, ya que éste responde a la idea de jerarquización que asegura la realización coordinada de todos los actos y decisiones en orden al fin que les es común.
2. Existen funciones que se consideran indelegables ya que al consejo, como órgano máximo de gestión de la sociedad, le debe corresponder, como mínimo, el establecimiento de la política general del ente social, núcleo esencial de la gestión. «Se establece así una distinción —cuyos límites no siempre resultan claros— entre el núcleo o la esencia del poder de gestión, que es indelegable, y el resto de la actividad, que suele denominarse “gestión diaria”, cuya realización puede encomendarse a otras personas»¹³. En este punto, en el de las facultades indelegables, es donde se han introducido considerables modificaciones en relación con la regulación anterior. Sobre el mismo volveremos en otro lugar de este estudio.

2. La regulación del Consejo de administración en la Ley de Sociedades de Capital

La regulación del consejo de administración que contiene la Ley de Sociedades de Capital parte de una norma de carácter imperativo aplicable a las socie-

¹¹ Entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los administradores de las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 546.

¹² RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros...*, pág. 82.

¹³ RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Consejeros...*, págs. 83 y ss.

dades anónimas, cual es la contenida en el artículo 210.2. Dispone el artículo 210.2 que en la sociedad anónima, cuando la administración conjunta «se confíe a más de dos administradores, constituirán consejo de administración». Posteriormente, en el Capítulo VI, se recogen una serie de normas aplicables sólo al caso de administración pluripersonal colegiada. Así, los artículos 243 a 248 se refieren al sistema de representación proporcional, a la cooptación, a la organización y funcionamiento del consejo —mención especial requiere el nuevo punto 3 del artículo 245, en virtud del cual el consejo deberá reunirse al menos una vez al trimestre—, a su convocatoria, a su constitución y a la adopción de acuerdos. Pero de todos los artículos de este Capítulo, los que presentan mayor interés al objeto de este trabajo son el artículo 249, relativo a la delegación de facultades del consejo de administración (modificado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre) y el artículo 249 bis sobre facultades indelegables (introducido por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre).

3. Modificaciones en relación a la delegación de facultades

La Ley por la que se reforma la Ley de Sociedades de Capital, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, ha introducido importantes modificaciones en relación a la delegación de facultades por parte del consejo de administración de las sociedades de capital. El objetivo de tal reforma es reforzar el papel de este órgano como supervisor de la actuación de los ejecutivos dentro del ámbito del gobierno corporativo. Se consigue con ello una regulación más detallada de una cuestión que, siendo de gran trascendencia práctica, no había sido objeto de mucha atención y desarrollo por parte del legislador.

La reforma incide en el régimen de la delegación desde distintos puntos de vista, a nuestro juicio todos de extraordinario interés. Así:

- 1.º Establece algunos requisitos formales adicionales, destacando la exigencia de que la sociedad suscriba un contrato con el consejero delegado o al que se atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier otro título (art. 249.3).
- 2.º Establece, en el artículo 249 bis), un amplio catálogo de facultades indelegables muy superior al previsto en el anterior artículo 249.2.

Antes de examinar las dos novedades más destacables sobre la delegación de facultades, a lo que dedicaremos los dos epígrafes siguientes, consideramos de rigor plantear algunas consideraciones generales en torno a la misma. Nos referiremos expresamente a algunas modificaciones previas del instituto introducidas con respecto a la anterior regulación contenida en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.1. Nueva redacción del artículo 249.1 de la Ley de Sociedades de Capital

Dispone el artículo 249.1 que «[c]uando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación». Varias son las consideraciones que podemos hacer respecto al contenido de este primer apartado del artículo 249.

La mención en cuanto al contenido de los estatutos difiere, en primer lugar, con respecto a la anterior redacción de este mismo precepto según la cual era posible la delegación de facultades por parte del consejo siempre que los estatutos «no dispusieran otra cosa». Esa mención del artículo 249, previa a su reforma (y que igualmente recogía el artículo 141 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), tenía como efecto, en opinión de la doctrina mayoritaria, poner de relieve la primacía de los estatutos en la materia de forma que era necesario estar a lo dispuesto en ellos¹⁴. Eran diversas, en consecuencia, las posibilidades que podían darse en la práctica: que los estatutos autorizaran la delegación, que guardaran silencio, que la prohibieran, que impusieran la delegación o, incluso, que atribuyeran a la junta la decisión en materia de delegación.

Hoy en día, sin embargo, dispone la Ley que será posible la delegación siempre que los estatutos de la sociedad «no dispongan lo contrario». De esta forma parece que las posibilidades de los estatutos en materia de delegación se reducirían a no admitir o prohibir la delegación teniendo, por tanto, más libertad de actuación el consejo.

En segundo lugar, se mantiene la referencia a los apoderamientos que se puedan conferir por el consejo a cualquier persona. Lo que recoge aquí la Ley no es sino una manifestación de la facultad que corresponde a todo empresario, individual o social, de «constituir apoderados o mandatarios singulares o generales» (art. 281 CCom). No obstante, la inclusión en este lugar de la referencia a los apoderamientos que puede conferir el consejo de administración ha sido crítica-

¹⁴ ARANGUREN URRIZA, F. J.: «Los órganos de la sociedad anónima», *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, (dir.) Garrido de Palma [Trivium], Madrid, 1990, pág. 566; HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: «Órganos de la Sociedad Anónima: el órgano de administración», *Revista General de Derecho (RGD)*, núm. 559, abril, 1991, pág. 2947, pág. 2957; MARTÍNEZ SANZ, F.: «Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de administración de la sociedad anónima», *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II [McGraw Hill], Madrid, 2002, pág. 1752; POLO SÁNCHEZ, E.: «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital», *Revista General de Derecho (RGD)*, números 634-635, 1997, pág. 9119, pág. 9121; *Comentarios...*, pág. 468; RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros...*, págs. 186, 187 y 200; *RdS*, núm. 1, 1993, págs. 93 y 94.

mente considerada por la doctrina (ya bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) por lo inadecuado de su ubicación, debido a las notables diferencias existentes entre las figuras que regula este precepto¹⁵, a lo que se une la ausencia de un tratamiento especial de las mismas en la legislación española lo que dificulta su caracterización, ya bastante oscurecida por la variedad de fórmulas y expresiones que el tráfico nos ofrece.

Así, por ejemplo, mientras la delegación de facultades sólo es posible cuando la administración de la sociedad se articula por medio de un consejo de administración, la designación de apoderados, ya sean generales o singulares, es posible cualquiera que sea la forma en que se estructure la administración de la sociedad (administrador único, varios administradores que actúen de forma solidaria o mancomunada o consejo de administración). Por otro lado, si atendemos a la redacción del artículo 249, la delegación debe recaer sobre miembros del consejo de administración, mientras que los apoderamientos se pueden conferir «a cualquier persona» e, igualmente, encontramos diferencias en cuanto a los requisitos para adoptar uno y otro acuerdo (de delegación y de apoderamiento), la naturaleza de los cargos, la representación y el ámbito material de la actuación de unos y otros (delegados y apoderados), su responsabilidad, la duración y terminación en el cargo, etc.

En cualquier caso, con estas condiciones —que los estatutos de la sociedad no dispongan lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que se ha ya podido conferir a cualquier persona—, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas (se contempla ahora la posibilidad de que pueda haber más de una comisión ejecutiva), estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación¹⁶. Esta última referencia es nueva en la Ley. No obstante, la finalidad perseguida por la misma se alcanzaba, antes de la reforma, gracias al mandato contenido en el artículo 149.1 del Reglamento del Registro Mercantil¹⁷, según el cual «la inscripción de un acuerdo del Consejo de Administración relativo a la delegación de facultades en una Comisión Ejecutiva o en uno o varios Consejeros Delegados y al nombramiento de estos últimos, deberá contener bien la enumeración particularizada de las facultades que se delegan, bien la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables. En el supuesto

¹⁵ Entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F.: «Administradores. Art. 123 a 143», *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. VI (dir.) SÁNCHEZ CALERO [EDERSA], Madrid, 1994, pág. 502.

¹⁶ Como indica el prof. LEÓN SANZ, F. J.: en AA.VV., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, JUSTE MENCÍA, (coord.), Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015, p. 503, «la flexibilidad en la configuración de los órganos delegados es una de sus principales virtualidades ya que permite adecuar el desempeño de las funciones ejecutivas a los intereses sociales (...)».

¹⁷ Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. En adelante, citado como RRM.

de que se nombren varios Consejeros Delegados, deberá indicarse qué facultades se ejercerán solidariamente y cuáles en forma mancomunada o, en su caso, si todas las facultades que se delegan deben ejercerse en una u otra forma».

A día de hoy, por tanto, el acuerdo de delegación deberá incluir (como establece el art. 149.1 del RRM) una enumeración de las facultades delegadas, o la expresión más común de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables¹⁸. Y, en caso de nombrarse varios consejeros delegados, el régimen —solidario o mancomunado— de su actuación, así como las reglas para el reparto de competencias entre todos ellos.

2.2. *Los requisitos del artículo 249.2 de la Ley de Sociedades de Capital*

Añade la Ley a continuación que la delegación permanente de alguna facultad del consejo en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirá para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil. Las cuestiones a tratar en este punto son diversas. En primer lugar, hay que señalar que son dos los acuerdos a los que se refiere este artículo y, por tanto, son dos los acuerdos para los que se exigen los requisitos contenidos en el mismo. A saber:

- El acuerdo de delegación permanente de alguna facultad del consejo en la comisión ejecutiva (o en las comisiones ejecutivas, si es que son varias) o en el consejero delegado.
- Y el acuerdo de designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos.

En segundo lugar, hay que advertir que la Ley se refiere a los requisitos necesarios para la adopción del acuerdo de delegación permanente. Para un amplio sector de la doctrina la delegación permanente se caracteriza por ser estable y continua. Las delegaciones concretas, para un solo asunto, o temporales no son propiamente delegaciones. La permanencia, por tanto, no obedece a parámetros temporales, sino que ha de entenderse, más bien, como un reflejo de las notas de continuidad, estabilidad y autonomía del órgano delegado. Sólo las delegaciones así caracterizadas son delegaciones en sentido estricto y, para las mismas, la Ley prevé unos requisitos más agravados que los previstos para el régimen ordinario¹⁹.

¹⁸ La enumeración de facultades indelegables enumeradas en el art. 249 bis sirve de apoyo para que se pueda mantener la vigencia de la norma reglamentaria y el uso de la fórmula más habitual hasta ahora en la práctica de las sociedades. Así, LEÓN SANZ, *Comentarios...*, p. 502.

¹⁹ RODRÍGUEZ ARTIGAS, *RdS*, núm. 1, 1993, pág. 97; IGLESIAS PRADA, *Administración...*, páginas 158 y 159.

En concreto, se prevé una mayoría doblemente reforzada: se exige el voto favorable de las dos terceras partes del total de los componentes del consejo (frente a la mayorías requeridas en los artículos 245 y 248 para la adopción de acuerdos del consejo en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades anónimas, respectivamente). Esa misma mayoría doblemente reforzada es la que se exige para la adopción del acuerdo de designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos.

Además del requisito anterior (el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo), la Ley exige, para la validez de la delegación permanente y la designación de los administradores que han de ocupar los cargos, la inscripción en el Registro Mercantil. Dicha inscripción deberá practicarse mediante escritura pública una vez que conste la aceptación de las personas designadas para desempeñar dichos cargos (arts. 150 y 151 RRM). Inscrita la delegación, sus efectos en relación con los actos otorgados desde la fecha de nombramiento se retrotraen al momento de su celebración. Finalmente, respecto al contenido de la inscripción, nos remitimos a lo expuesto en relación al contenido, límite y modalidades de la delegación (art. 149.1 RRM).

III. EL NUEVO CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN

Una de las novedades más importantes que introduce la Ley 31/2014 en la vida societaria, y concretamente en lo que a la administración de la sociedad se refiere, es la regulación de un nuevo contrato de administración en los apartados 3 y 4 del artículo 249, ambos de nueva introducción.

De acuerdo con los mismos:

«3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre éste y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la reunión.

4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá recibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.»

1. El nuevo contrato de administración: requisitos formales

En virtud del mandato legal contenido en el apartado 3, los consejeros delegados y los consejeros con funciones ejecutivas atribuidas en virtud de otro título deberán firmar un contrato de administración con la sociedad²⁰.

Y añade, a continuación, una serie de requisitos formales en relación al citado contrato. Así:

- Este contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo, lo que supone una mayoría cualificada igual que la exigida legalmente para la adopción del acuerdo de delegación y la designación de las personas que han de ocupar tales cargos.
- En todo caso, el consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación.
- Y, una vez aprobado, el contrato deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.

2. El nuevo contrato de administración: contenido

Por lo que se refiere al contenido del contrato, dispone el artículo 249.4 que se detallarán en él todos aquellos conceptos de la retribución que el consejero perciba por el desarrollo de funciones ejecutivas incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en el contrato. Éste, además, deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada por la junta general.

A propósito de todo lo regulado en el apartado 4 del artículo 249, son varias las consideraciones que podemos realizar.

Destaca, en primer lugar, la referencia al régimen de la retribución por el desempeño de funciones ejecutivas ya que en la anterior redacción de la Ley de Sociedades de Capital no existía ninguna disposición referida, de forma específi-

²⁰ Opina el profesor LEÓN SANZ, *Comentario...*, pág. 518., «que la fórmula empleada, atribución de funciones ejecutivas a un consejero por un título diferente al de la designación como administrador delegado, se debe interpretar en el sentido de una cláusula general, que tiene como finalidad la equiparación de ambas figuras a los efectos de control por parte del consejo de administración de la atribución de las funciones y del contrato que se ha de suscribir por la sociedad con el consejero».

ca, a la misma. La única referencia al régimen de retribución de los administradores se recogía en el artículo 217 (que partía de la premisa de la gratuidad del cargo de administrador «a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de retribución»), referido a los administradores en general, sin hacer especificación alguna respecto a los administradores con funciones ejecutivas ²¹.

Para estos supuestos —el de consejero delegado o con funciones ejecutivas en virtud de otro título y, ciertamente, para los administradores en general, ha sido frecuente la celebración de un contrato entre éstos y la sociedad a través de los cuales se recibían retribuciones adicionales, al margen de las disposiciones estatutarias, y sin la previa aprobación de la junta general. Esto suponía, en muchas ocasiones, un atentado contra los intereses de los accionistas o, en otras palabras, una forma de encubrir la remuneración como consejero sin estar prevista en los estatutos ²².

²¹ El nuevo artículo 217 parte de la misma premisa («El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario determinando el sistema de remuneración»), pero añade que: «2. El sistema de remuneración establecido determinará el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador y
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

3. El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

4. La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables».

Este artículo, como podemos comprobar, ha sido objeto de reforma a través de la Ley 31/2014. Manteniendo la presunción relativa a la gratuidad del cargo, salvo que los estatutos dispongan lo contrario, se han introducido en el mismo novedades sustanciales en la regulación de la remuneración de los órganos de administración de las sociedades a los efectos de que la remuneración se adecue a las prácticas del mercado y de dar una mayor transparencia.

²² A propósito de esta cuestión la STS de 24 de abril de 2007 precisó (citando la STS de 9 de mayo de 2001) «que, para que el régimen estatutario de la retribución de los administradores pueda ser eludido con un contrato, es necesario que las facultades y funciones atribuidas en él al administrador rebasen las propias de los administradores ya que admitir otra cosa supondría vulnerar el

En segundo lugar, y siguiendo la línea jurisprudencial que aboga por establecer que todo concepto retributivo debe constar en los estatutos²³, en el contrato deberán especificarse todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, haciendo mención especial la Ley a:

- La eventual indemnización por cese anticipado (también conocida como «cláusula de blindaje» o «paraguas dorados», no impedidas por la normativa societaria y por las que se estipulan indemnizaciones por cese a favor de quien por tiempo indefinido desarrolla su actividad por cuenta de otro, aunque las mismas dificultan el ejercicio de la facultad de revocar *ad nutum* a los administradores²⁴).
- Las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro²⁵.

Dada la finalidad de este contrato, el consejero no podrá percibir ninguna retribución por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en el mismo. En todo caso, estas retribuciones recibidas por

mandato legal a este respecto. Lo mismo declaró la sentencia de 31 de octubre de 2007, con el argumento de que, de otro modo, el contrato de alta dirección no sería más que una forma de encubrir la remuneración como consejero, sin estar prevista en los estatutos» (citando la sentencia de 21 de abril de 2005). Sobre este particular, v. también la STS de 29 de mayo de 2008. Todas ellas hacen referencia al art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, precedente del actual art. 217 de la Ley de Sociedades de Capital.

²³ La jurisprudencia, sin embargo, también ha venido admitiendo que, a pesar de que un determinado concepto retributivo no estuviese incluido en los estatutos, éste fuese válido si todos los accionistas tenían conocimiento del mismo y lo aceptasen, pues así quedarían protegidos frente a la posible discrecionalidad o abuso del órgano de administración. En esta línea destacan algunas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas, la sentencia de 31 de octubre de 2007 y la sentencia de 29 de mayo de 2008. En ambas sentencias, el TS acepta la eficacia de retribuciones a pesar de no estar éstas previstas en los estatutos, al tener conocimiento de esta circunstancia los accionistas de la sociedad. En sentido similar, la STS de 25 de junio de 2013.

Por otro lado, la previsión estatutaria, que prevé la remuneración de los administradores no tiene que recoger la cantidad que debe percibir el administrador en concepto de retribución o remuneración. V., en este sentido, la STS de 25 de junio de 2013 y diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras las de 27, 29 y 30 de abril de 2013 y de 3, 4, 6 y 22 de mayo de 2013. Sin embargo, hay pronunciamientos del Tribunal Supremo que parecen apuntar en sentido contrario (v. STS de 13 de noviembre de 2008) y que han merecido una valoración crítica por parte de la doctrina. Así, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: «*Ad impossibilia nemo tenetur* (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de los administradores)», diario *La Ley*, núm. 7136, Sección Doctrina, *La Ley* (17 de marzo de 2009), año XXX, Ref. D-88 (*La Ley*, 10983/2009), págs. 2 y ss.

²⁴ V., entre otras, las SSTS de 25 de junio, de 31 de octubre de 2007 y de 19 de diciembre de 2011.

²⁵ No se mencionan, sin embargo, los seguros de responsabilidad civil, los cuales podrían ser también considerados como conceptos retributivos y no como una compensación de gasto. En este sentido, LEÓN SANZ, *Comentarios...*, p. 515.

el desempeño de funciones ejecutivas son independientes de las remuneraciones que correspondan a los administradores en su condición de tales, cuyo importe máximo debe ser aprobado por la junta general (artículo 217.3)²⁶.

En definitiva, la fijación de la retribución de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas corresponde al consejo de administración con las cautelas previstas por la Ley (exigencia de mayorías reforzadas, abstención de los consejeros afectados...), dada la importancia de esta cuestión y los posibles conflictos de interés que puedan surgir²⁷. Parece que el legislador ha querido establecer una cierta autonomía del órgano de administración para disponer la retribución de las funciones ejecutivas dejando fuera de esta decisión a los socios. No obstante, esta retribución habrá de regirse, como la de todo administrador, por los principios de proporcionalidad y razonabilidad y el contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada por la junta general, lo que en la práctica significa que toda retribución prevista en el contrato deberá ser aprobada por la junta general.

Del contenido de la Ley, finalmente, parece discutible que no sea necesario firmar un contrato de administración si ya existe uno previamente (ya sea de alta dirección o de prestación de servicios), aunque en el mismo se prevea la retribución del consejero por el desempeño de funciones ejecutivas. No sabemos tampoco la incidencia que pueda tener la eventual ratificación de ese contrato por el consejo de administración. Sí parece claro, en cambio, que si el cargo fuese gratuito no sería necesario suscribir contrato alguno²⁸.

La primera gran novedad, por tanto, que introduce la Ley en relación con la administración delegada de las sociedades, es la necesidad de que la relación del consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas en virtud de otro título quede reflejada en un contrato que debe ser aprobado por el consejo de adminis-

²⁶ A propósito del encaje de lo dispuesto en el art. 217 y lo previsto en el art. 249, en lo que a la remuneración de los consejeros con funciones ejecutivas se refiere, v. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma», *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, núm. 297, 2105, pp. 199 y ss. Una de las novedades más importantes de la Ley 31/2014 es el reconocimiento de una duplicidad retributiva de los consejeros con funciones delegadas que obliga a reconocer a los mismos dos clases de remuneraciones sujetas a dos regímenes diferentes. En este sentido, JUSTE MENCIA, J./CAMPINS VARGAS, A.: «Retribución de los consejeros ejecutivos. Comentario a la RDGRN de 30 de julio de 2015», *Revista Derecho de Sociedades (RdS)*, núm. 45, 2015, p. 496.

²⁷ Sobre esta cuestión, v. PAZ ARES, C.: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret*, 1-2008. Sobre la retribución de los consejeros delegados, también, CABANAS TREJO, R.: «La retribución del consejero delegado y la celebración de un contrato con la sociedad», *La Ley*, 5 de marzo de 2015.

²⁸ A este respecto, en los supuestos en los que los estatutos prevean que el cargo de consejero delegado no sea remunerado, no parece necesaria la celebración de un contrato entre la sociedad y el administrador delegado. En este sentido, LEÓN SANZ: *Comentario...*, págs. 508 y 509.

tracción. Y con respecto al contenido del mismo, como podemos comprobar, la Ley sólo hace referencia a la necesidad de detallar en él todos los conceptos por los que el consejero pueda obtener una retribución cuando se le atribuyan funciones ejecutivas. Sin embargo, a nuestro juicio, también podría resultar útil para concretar algunos aspectos importantes de la relación entre los administradores y la sociedad, tales como detalles del sistema de prestación de servicios, deberes de confidencialidad o, por ejemplo, la prohibición de competencia poscontractual.

Surgen también algunas dudas respecto a la calificación jurídica, o naturaleza jurídica, de las relaciones que den lugar al contrato o si ese vínculo mercantil que nace entre los consejeros y la sociedad es compatible con contratos laborales, anteriores o posteriores, que tengan por objeto el desarrollo de funciones laborales distintas de las funciones ejecutivas de alto gobierno societario, dando lugar a supuestos de doble vínculo²⁹.

A propósito de la compatibilidad entre la relación societaria y otra, ya sea laboral o mercantil, del administrador con la sociedad, la jurisprudencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo viene entendiendo que «(...) en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que realizan sino la naturaleza del vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercían directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral (...)»³⁰.

A la vista de las consideraciones realizadas parece razonable concluir que estos contratos deberían ser objeto de una mayor precisión con la finalidad de clarificar algunos aspectos de la relación entre los administradores y la sociedad que, en la mayoría de las ocasiones, quedan olvidados. En este sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su informe sobre el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Sostiene el CES en el citado informe que sería conveniente que las normas dedicadas a la nueva figura de «contrato con el consejero delegado y con el consejero con funciones ejecutivas recogida en el artículo 231.100 fueran más

²⁹ Opina el profesor LEÓN SANZ, *Comentario...*, pág. 508, que el contrato entre la sociedad y el administrador delegado se puede considerar como «una modalidad de los contratos de prestación de servicios, cuya tipicidad se encuentra recogida en sus aspectos fundamentales en la propia Ley de Sociedades de Capital».

³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2007; de 9 de diciembre de 2009; de 24 de mayo de 2011; de 20 de noviembre de 2012. V. también la sentencia de 25 de junio de 2013.

precisas y que debería clarificarse la compatibilidad o no de esos distintos vínculos (mercantil/laboral)³¹.

3. La remuneración de los consejeros de las sociedades cotizadas: un breve apunte

Antes de la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, la regulación de la remuneración de los administradores establecía un régimen general aplicable por igual a las sociedades cotizadas y no cotizadas. No existía un régimen legal diferenciado para la remuneración de los administradores de las sociedades cotizadas ni tampoco para los administradores que, dentro de las mismas, desarrollaban funciones ejecutivas. Sólo en los distintos Códigos de buen gobierno se recogían algunas medidas encaminadas, fundamentalmente, a aumentar la transparencia de los sistemas de retribución en este tipo de sociedades.

Con la Ley 31/2014 se introduce una regulación específica en relación a la remuneración de los consejeros de las sociedades cotizadas³² (arts. 529 *sexdecies* a *novodecies*) y, en particular, se regula la retribución de los consejeros que desempeñan funciones ejecutivas. A la misma se refiere el artículo 529 *octodecies*, conforme al cual la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas debe recogerse en un contrato entre éstos y la sociedad que, como ya hemos visto, debe ajustarse a la política de remuneraciones de los consejeros y necesariamente deberá contemplar:

- La cuantía de la retribución fija anual y su variación en el período al que la política se refiera.
- Los distintos parámetros para la fijación de los componentes variables.

³¹ El art. 231.100 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil reproduce el contenido de los apartados 3 y 4 del art. 249 de la Ley de Sociedades de Capital. Dispone, en concreto, que: «1. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de cualquier otro título, será necesario estipular un contrato entre éste y la sociedad. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. 2. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. 3. El contrato deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato, una vez aprobado, deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión».

³² Hay que tener en cuenta que, conforme al art. 529 bis, 1. «Las sociedades cotizadas deberán ser administradas por un consejo de administración.»

- Los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual.
- Y pactos de exclusividad, no concurrencia poscontractual y permanencia o fidelización.

Recordemos, finalmente, que corresponde al consejo de administración fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad de conformidad con lo dispuesto en el 249.3 y con la política de remuneraciones de los consejeros aprobada por la junta general.

IV. LAS FACULTADES INDELEGABLES

Como advertimos líneas antes, la reforma introducida en la Ley de Sociedades de Capital a través de la Ley 31/2014 incide igualmente en el régimen de las facultades indelegables. Antes de la reforma llevada a cabo por la citada Ley, las únicas facultades cuya delegación venía expresamente prohibida por la Ley eran «la rendición de cuentas de la gestión social y la presentación de balances a la junta general», así como «las facultades que ésta conceda al consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella» (anterior art. 249.2³³). Este precepto, no obstante, era interpretado de forma extensiva, incluyéndose otras facultades propias del Consejo como indelegables. Esto a pesar de no estar expresamente previstas en la Ley como tales³⁴.

Tras la reforma se introduce un nuevo artículo en la Ley. El 249 bis en el que se siguen incluyendo estas mismas facultades que se consideraban indelegables, aunque con distinta formulación en algún caso. A estas facultades (que ya eran consideradas indelegables bajo la vigencia de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989) se añade una lista notablemente más amplia de facultades asimismo indelegables. La mayoría de ellas son facultades que otras normas atribuyen al consejo o que corresponden al mismo por afectar a su propia organización interna y a su posición dentro de la sociedad. La novedad radica, por tanto, en que todas estas

³³ En el mismo sentido, el art. 141.1, párrafo 2, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

³⁴ Así, ocurría, por ejemplo, con el nombramiento de cargos en el seno del consejo, la convocatoria de la junta general, el nombramiento de un nuevo consejero por cooptación... Parte de estas competencias están recogidas de forma expresa en la actualidad como facultades indelegables en el art. 249 bis. No ocurre así con el nombramiento de los consejeros por cooptación. No obstante, a pesar del silencio legal, esta competencia del consejo de administración debe considerarse indelegable por su especial trascendencia para la organización social. V. sobre el particular LEÓN SANZ: *Comentarios...*, pág. 536, y SÁNCHEZ CALERO: *Los administradores...*, pág. 560.

facultades que se consideran indelegables están agrupadas en un mismo precepto, lo que contribuye a reforzar la seguridad jurídica.

El consejo de administración, en particular, no podrá delegar en ningún caso las siguientes facultades:

- a) *La supervisión del efectivo control y funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.* Esta facultad comprende la labor de supervisión y control del funcionamiento de cualquier comisión que el consejo haya podido crear, de cualquier consejero ejecutivo o de cualquier directivo que el consejo hubiera designado. La reforma de la Ley de Sociedades de Capital, como hemos advertido ya, tiene como objetivo fundamental reforzar el papel del consejo de administración como supervisor de la actuación de los ejecutivos. Es manifiesto, atendiendo a las razones expuestas en otro lugar de este trabajo, que el consejo, en cuanto órgano colegiado, está limitado para llevar a cabo una gestión eficaz de la sociedad. La gestión ha de llevarse a cabo por personas o, en todo caso, grupos reducidos de personas. A su vez, la actuación de estos gestores debe ser supervisada función que, como decimos, ha de asumir el consejo.
- b) *La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.* La función de determinar la política general de la sociedad constituye el núcleo esencial de la gestión. Por este motivo el órgano al que por imperativo legal le está encomendada la administración no podrá delegar la función de determinar la política general de la sociedad ni las tareas que lleve implícita. Se establece así una distinción, cuyos límites no siempre resultan claros, entre el núcleo o esencia del poder de gestión, que es indelegable, y el resto de la actividad (gestión diaria), cuya realización sí se puede encomendar o delegar en otras personas. En cualquier caso, el ejercicio de esta facultad podría implicar, al menos, la aprobación para cada ejercicio del presupuesto anual, del plan de inversiones y del plan estratégico en el que se establezcan los objetivos, las políticas y las estrategias de la sociedad³⁵.
- c) *La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230.* Esta función es realmente novedosa y trae su causa del nuevo artículo 230 relativo al régimen imperativo del deber de lealtad y su dispensa. En función de lo dispuesto en el citado artículo, el régimen del deber de lealtad es imperativo. No obstante, el propio artículo admite dispensas de las obligaciones deriva-

³⁵ Así, LEÓN SANZ, *Comentarios...*, pág. 530.

das del deber de lealtad que, según el caso, serán concedidas bien por la junta general, bien por el órgano de administración, en este caso consejo.

Así, la sociedad podrá autorizar la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.

Dicha autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.

En los restantes casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

La obligación de no competir con la sociedad, finalmente, sólo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general.

En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad ha ya devenido relevante.

- d) *Su propia organización y funcionamiento.* El consejo de administración, en cuanto órgano colegiado que exige una organización interna, ostenta con carácter exclusivo frente a otras formas de gobierno de la sociedad la facultad de regular su propio funcionamiento, organización y forma de actuar. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, los estatutos establecerán el régimen de organización y funcionamiento del consejo, que deberá comprender, en todo caso, las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos

por mayoría. En la sociedad anónima, cuando los estatutos no dispusieran otra cosa, el consejo podrá designar a su presidente, regular su propio funcionamiento y aceptar la dimisión de los consejeros. En estos términos se pronuncia el artículo 245 de la Ley de Sociedades de Capital³⁶.

Dentro de esta facultad podemos incluir, además, la de designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación (artículo 249).

- e) *La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.* En este caso no nos encontramos ante ninguna novedad porque antes de la reforma la rendición de cuentas ya era considerada una facultad indelegable por parte del consejo de administración. Sin embargo, la redacción del artículo 249 antes de la reforma (así como la del artículo 141.1, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) hacía referencia también a la presentación de balances a la junta general. No refiere nada, sin embargo, el artículo 249 bis en su nueva formulación respecto a la presentación de los balances³⁷.

Conforme al artículo 253, «[l]os administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado (...)». Cuando el órgano de administración asume la forma de consejo de administración le corresponde a éste, y no a sus órganos delegados, la formulación de las cuentas anuales. Éstas, como sabemos, comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria (artículo 254).

Ninguno de estos dos preceptos, ni el 253 ni el 254, han sido objeto de modificación a través de la Ley que comentamos y tampoco difieren, salvo en lo que se refiere al contenido de las cuentas anuales, de la regulación contenida en el artículo 172 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por eso, ya bajo la vigencia de esa Ley parte de la doctrina entendía que la referencia del artículo 141, párrafo 2.º, el balance debía extenderse a la cuenta de pérdidas y ganancias, a la memoria, al informe de gestión

³⁶ Antes de la reforma se consideraba comúnmente admitido que las facultades relativas a la organización del consejo de administración o el ejercicio de las competencias que afectan a la propia organización de la sociedad eran competencias indelegables. En este sentido, LEÓN SANZ, *Comentario...*, pág. 532.

³⁷ A pesar del silencio de la Ley, podemos considerar que se trata de una facultad indelegable dada la importancia de esta información tanto para los socios como para terceros. Así se expresa LEÓN SANZ, *Comentario...*, pág. 534.

y a la propuesta de aplicación de resultado. Es decir, a todos los documentos que conformaban las cuentas anuales, al informe de gestión y a la propuesta de aplicación del resultado. De hecho, en opinión de algún autor hubiera sido más adecuada la referencia a la indelegabilidad de las presentaciones de las cuentas anuales a la junta general, fórmula por la que se ha optado en la redacción del nuevo artículo 249 bis, letra e)³⁸.

De esta forma se consigue que el consejo en pleno se responsabilice ante la junta, no sólo de los resultados de la gestión y de la expresión contable de los mismos, sino de toda la actividad administradora. Se entiende que es el consejo en pleno el que debe responsabilizarse ante la junta de la situación patrimonial de la empresa y de su contabilidad así como también de su gestión. Además, si se admitiese la delegación de esta facultad se estaría dejando vacío de competencias al consejo de administración, en cuanto que se trata de una función constitucional de la sociedad.

Por lo demás, se trata de una prohibición absoluta para la que no se contempla excepción alguna.

- f) *La formulación de cualquier clase de informe exigido por la Ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.* En sentido contrario, cuando se trate de facultades que puedan ser delegadas, también podrá serlo el informe relativo a las mismas, sin que sea necesario que el consejo apruebe el informe de estas operaciones cuando hayan sido delegadas en algunos de sus miembros o en la comisión ejecutiva.
- g) *El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.* La inclusión de esta facultad como indelegable se corresponde con el régimen de la delegación de facultades del artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital que acabamos de analizar. En todo caso, esta previsión debe extenderse a los miembros de las comisiones ejecutivas. Con ello, entre otras cosas, se trata de evitar que los administradores delegados sean los que establezcan su propia remuneración.
- h) *El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.* Ya hemos visto cómo el artículo 249 exige tanto en el caso de nombramiento de un miembro del consejo como consejero delegado,

³⁸ POLO SÁNCHEZ: *Comentarios...*, pág. 483; SALELLES CLIMENT, J. R.: *El funcionamiento del Consejo de Administración* [Civitas], Madrid, 1995, pág. 100.

así como cuando se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, que se celebre un contrato entre éste y la sociedad en el que se detallarán todos los conceptos en virtud de los cuales pueda obtener una retribución. Contrato que deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

- i) *Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.* Esta regla también es nueva y se corresponde con la, a su vez, nueva regulación de la remuneración de los administradores y con las competencias reservadas al consejo en relación con ésta, a que se refieren los artículos 217.3 y 249.3 y que ya han sido objeto de comentario con anterioridad.
- j) *La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.* Conforme al artículo 166 de la Ley la competencia para convocar la junta general corresponde a los administradores. Durante años, tanto la doctrina como la jurisprudencia han debatido enormemente sobre la delegabilidad de la convocatoria de la Junta siendo contrarios los posicionamientos en relación a esta cuestión. La introducción de la convocatoria de la junta dentro de las facultades indelegables zanja definitivamente el debate.
- k) *La política relativa a las acciones o participaciones propias.* Esta previsión, pese a ser formulada con carácter general, parece destinada fundamentalmente a las sociedades anónimas debido a las grandes limitaciones que recaen sobre las sociedades limitadas para adquirir sus propias participaciones (artículos 140 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). El contenido de esta facultad, por tanto, deberá precisarse en función, básicamente, del tipo de sociedad que se trate en cada caso.
- l) *Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubieran sido expresamente autorizadas por ella para subdelegarlas.* Tampoco pueden ser objeto de delegación las facultades que la junta conceda al consejo, salvo que fuera expresamente autorizado por ella. Las cuestiones que se plantean en torno a este grupo de funciones o facultades que, al menos en principio, son indelegables se centran en dos: en primer lugar, la determinación de cuáles son los asuntos propios de la competencia de la junta que se pueden delegar en el consejo; es decir, qué facultades puede delegar la junta en el consejo. Y, en segundo lugar, el alcance y las condiciones de la autorización de la junta. No podemos obviar que, si estamos ante competencias de la junta concedidas al consejo, esta concesión no impide su revocación como tampoco será irrevocable la autorización para delegar.

En respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, la junta podrá delegar sus facultades en el consejo cuando venga autorizado expresamente por la Ley o por los estatutos para ello. Sin embargo, si las competencias han sido atribuidas a la junta con carácter exclusivo por la Ley, o por los estatutos, su atribución al consejo debe rechazarse. Esto porque se entiende que en estos casos se ha querido sustraer tales competencias del ámbito de decisión del consejo.

Dentro de los supuestos de previsión legal expresa, en virtud de la cual la junta podrá delegar facultades al consejo, destacan, por ejemplo, los supuestos previstos en el artículo 297 de la Ley de Sociedades de Capital. Según este precepto, en las sociedades anónimas, la junta general, con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, podrá delegar en los administradores:

«a) La facultad de señalar la fecha en que el acuerdo ya adoptado de aumentar el capital social deba llevarse a efecto en la cifra acordada y de fijar las condiciones del mismo en todo lo no previsto en el acuerdo de la junta. El plazo para el ejercicio de esta facultad delegada no podrá exceder de un año, excepto en el caso de conversión de obligaciones en acciones.» Considera la doctrina que son condiciones esenciales del aumento y, por tanto, de necesaria determinación por la Junta la cifra del aumento, el valor nominal de las acciones y las condiciones en que habrá de realizarse la parte de capital no desembolsada³⁹. Los administradores podrán fijar por delegación de la junta el precio de emisión, el plazo de ejecución, que no puede ser superior al año salvo para las obligaciones convertibles, la forma y el plazo de desembolso de los dividendos pasivos y otras referidas, por ejemplo, al lugar, forma y sitio de suscripción de acciones. En resumen, corresponde a la Junta determinar las condiciones del aumento y a los administradores las condiciones de la emisión.

«b) La facultad de acordar en una o varias veces el aumento del capital social hasta una cifra determinada en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la Junta general. Estos aumentos no podrán ser superiores en ningún caso a la mitad del capital de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse mediante aportaciones dinerarias dentro del plazo máximo de cinco años a contar del acuerdo de la junta.» También en este caso estamos ante uno de los supuestos en los que es la Ley la que permite la delegación de una facultad de la junta en los administradores, siempre y cuando se respeten los límites (cuantitativos y cualitativos) que el precepto establece.

Finalmente, el apartado 2 del artículo 297 añade que, en virtud de la delegación, «los administradores quedan facultados para dar nueva redacción al de los estatutos sociales relativo al capital social, una vez acordado y ejecutado el aumento».

³⁹ Sobre este particular son válidamente aplicables las palabras expresadas bajo la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas, entre otros, por GIRÓN TENA, J.: *Derecho...*, pág. 480, y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: *Consejeros...*, págs. 232 y ss.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas, la autorización de la junta hace posible que las facultades concedidas al consejo puedan ser, a su vez, delegadas. Pero no basta para la delegación por el consejo la previa autorización por la Junta sino que, de acuerdo con el artículo 149.2. del Reglamento del Registro Mercantil, «las facultades concedidas con el carácter de delegables por la Junta general al Consejo sólo podrán delegarse por éste si se enumeran expresamente en el acuerdo de delegación».

Añadir, finalmente, que las facultades de representación corresponden al propio consejo que actuará colegiadamente aunque los estatutos pueden atribuir, además, el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto. Igualmente, cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre a uno o varios consejeros delegados se indicará el régimen de su actuación [artículo 124.2 d) RRM y artículo 233.2 d) LSC].

Los administradores delegados, por tanto, serán titulares del poder de representación. No obstante, ello no implica la pérdida de su titularidad por el consejo que tendrá una competencia concurrente con los delegados. El ámbito del poder de representación de los delegados será el que determina el artículo 234.1 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con los administradores. Así, la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.

Al margen de las facultades indelegables a las que nos acabamos de referir, y que están recogidas en el artículo 249 bis, la Ley 31/2014 establece la prohibición expresa de que el consejo de administración de las sociedades cotizadas (forma que obligatoriamente debe asumir el órgano de administración de todas las sociedades cotizadas, artículo 529 bis) delegue otra serie de facultades. Estas facultades adicionales que el consejo de las sociedades cotizadas no puede delegar son las siguientes (artículo 529 ter):

- «a) La aprobación del plan estratégico o de negocio, los objetivos de gestión y presupuesto anuales, la política de inversiones y de financiación, la política de responsabilidad social corporativa y la política de dividendos.
- b) La determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control.
- c) La determinación de la política de gobierno corporativo de la sociedad y del grupo del que sea entidad dominante; su organización y funcionamiento y, en particular, la aprobación y modificación de su propio reglamento.
- d) La aprobación de la información financiera que, por su condición de cotizada, deba hacer pública la sociedad periódicamente.
- e) La definición de la estructura del grupo de sociedades del que la sociedad sea entidad dominante.
- f) La aprobación de las inversiones u operaciones de todo tipo que por su elevada cuantía o especiales características, tengan carácter estratégico o especial riesgo fiscal, salvo que su aprobación corresponda a la Junta general.

g) La aprobación de la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales, así como cualesquiera otras transacciones u operaciones de naturaleza análoga que, por su complejidad, pudieran menoscabar la transparencia de la sociedad y su grupo.

h) La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad o sociedades de su grupo realicen con consejeros, en los términos de los artículos 229 y 230, o con accionistas titulares, de forma individual o concertadamente con otros, de una participación significativa, incluyendo accionistas representados en el consejo de administración de la sociedad o de otras sociedades que formen parte del mismo grupo o con personas a ellos vinculadas. Los consejeros afectados o que representen o estén vinculados a los accionistas afectados deberán abstenerse de participar en la deliberación y votación del acuerdo en cuestión. Sólo se exceptuarán de esta aprobación las operaciones que reúnan simultáneamente las tres características siguientes:

- 1.º que se realicen en virtud de contratos cuyas condiciones estén estandarizadas y se apliquen en masa a un elevado número de clientes,
- 2.º que se realicen a precios o tarifas establecidos con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate, y
- 3.º que su cuantía no supere el uno por ciento de los ingresos anuales de la sociedad.

i) La determinación de la estrategia fiscal de la sociedad.»

A nadie escapa que se trata de materias de especial importancia y responsabilidad en el ámbito de la gestión social. Se pretende, con ello, que el consejo se involucre en la gestión de la compañía y desarrolle su función general de supervisión del negocio y evitar que, por una excesiva delegación, el consejo no cumpla su función más esencial e irrenunciable. No obstante, y dada la amplitud de la regulación legal sobre facultades indelegables, en la práctica surgirán dudas sobre las facultades que realmente puede ejercer un consejero delegado. En consecuencia será conveniente que en el acuerdo de delegación se detalle el ámbito de la representación del mismo. Hay que tener en cuenta, además, que, a diferencia de lo que sucede con las facultades indelegables del artículo 249 bis, si concurren circunstancias de urgencia debidamente justificadas, las correspondientes decisiones podrán ser adoptadas por los órganos o personas delegadas. No obstante, estas decisiones deberán ser ratificadas en el primer consejo de administración que se celebre tras la adopción de las mismas (art. 529 ter, ap. 2).

V. APRECIACIÓN FINAL

El Derecho mercantil está sometido a permanentes cambios. No es ninguna novedad; menos aún en los últimos tiempos. Y el Derecho societario, en particular, es una extraordinaria manifestación de este fenómeno. El gobierno corporati-

vo ha sido una materia especialmente sensible a la necesidad de cambio y a la adaptación consiguiente de su régimen a la nueva realidad. El consejo de administración ocupa lugar principal en este ámbito. Por esta razón, hemos estimado de interés poner de relieve, con ocasión de la última reforma, el estado actual de la delegación de facultades. Téngase en cuenta que el legislador, considerando indelegables determinadas decisiones, ha expresado con nitidez lo que considera el núcleo esencial de la gestión y supervisión. Y no es poco.

En virtud de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, se ha producido, en consecuencia, una importante modificación de la Ley de Sociedades de Capital. Ya hemos referido que el objetivo fundamental de la misma es la mejora del gobierno corporativo de las sociedades de capital, especialmente de las cotizadas. Uno de los grandes bloques en los que se centra la reforma es el órgano de administración de las sociedades de capital. Así se ha establecido un estatuto más concreto del administrador. Se han precisado y ampliado los deberes que le son propios y el régimen de su retribución. Asimismo, la nueva Ley regula con más detalle el funcionamiento del consejo de administración. La finalidad es clara: reforzar el carácter del consejo de administración como supervisor de la actuación de los ejecutivos. En este sentido se establece la obligación de que el consejo se reúna trimestralmente, se incrementa el número de las facultades indelegables (artículo 249 bis) y se establece la necesidad de que la relación del consejero delegado o un consejero con funciones ejecutivas quede reflejada en un contrato aprobado por el consejo de administración (art. 249).

Otra de las novedades que se introducen es la relativa al régimen de retribución del consejero delegado o consejero con funciones ejecutivas. Todos los conceptos retributivos que se reciban por el desempeño de funciones ejecutivas deben especificarse en el contrato firmado entre éstos y la sociedad. Y no es posible percibir retribuciones por conceptos no previstos en el contrato. En todo caso, lo acordado debe ser conforme a la política de retribuciones aprobada por la junta general. A nuestro juicio supone un gran avance, con respecto a la regulación anterior, la exigencia legal de la suscripción de un contrato entre la sociedad y el consejero delegado o con funciones ejecutivas en virtud de otro título. Parece acertada, igualmente, la exigencia de que en el mismo conste la retribución a percibir por el desempeño de dichas funciones. No obstante, hubiera sido una ocasión adecuada para clarificar algunos aspectos de la relación entre los administradores y la sociedad que plantean algunos problemas en la práctica. Podemos plantearnos, por ejemplo, si estos contratos deben referirse única y exclusivamente a la retribución por el desarrollo de funciones ejecutivas, o si, por el contrario, es posible ampliar su contenido con referencia a otros aspectos de la relación entre la sociedad y sus administradores.

En cuanto al régimen de las facultades indelegables, regulado en el artículo 249 *bis*, se mantienen las facultades previstas con anterioridad a la reforma y

se incorporan otras que venían sugiriendo la doctrina y la jurisprudencia. Esta posición acogida por el legislador merece una valoración ciertamente positiva. La seguridad jurídica se ve reforzada al establecerse expresamente cuáles son las facultades no susceptibles de delegación. Sobre este extremo la reforma afecta también a las sociedades cotizadas y, en particular, a su órgano de administración. Se establecen con carácter imperativo normas que hasta el momento eran simples recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno y, además, se amplía el catálogo de facultades indelegables para estas sociedades en atención a su singularidad.

En el cuerpo de este trabajo hemos realizado algunos juicios de valor sobre estos particulares y hemos insinuado las habituales incertidumbres que cualquier reforma conlleva. Al mismo nos remitimos ahora. Pero el juicio de valor que actualmente corresponde es altamente positivo, porque la experiencia reciente nos ha permitido constatar la insuficiencia del marco normativo hasta ahora existente y la necesidad de su reforma en aras de la buena gestión societaria.

*(Trabajo recibido el 09/05/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)*

EL NUEVO VOTO PRIVILEGIADO EN ITALIA. BREVE COMENTARIO AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACCIONES DE VOTO PLURAL Y DE LAS LOYALTY SHARES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO-LEGGE NÚM. 91, DE 24 DE JUNIO*

ENRIQUE GANDÍA PÉREZ

*Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN

En agosto de 2014, el Gobierno italiano aprobaba el conocido como «*Decreto competitività*», con el objetivo principal de fomentar la salida a bolsa de las pequeñas y medianas empresas y facilitarles, en general, el acceso a los mercados de capital riesgo. Entre las muchas novedades que incorpora esta reforma, la más destacada es, sin duda, la introducción del voto privilegiado en las sociedades anónimas. En esta materia, el Decreto ha operado a un doble nivel: en relación con las sociedades no cotizadas ha derogado la prohibición de emitir acciones de voto plural vigente desde 1942, permitiendo crear acciones dotadas de hasta un máximo de tres votos; la prohibición se mantiene, sin embargo, para las sociedades cotizadas, a las cuales se les ofrece, a cambio, la posibilidad de emitir «acciones de fidelidad» o «*loyalty shares*», esto es, acciones que incrementan, hasta un máximo de dos, el número de votos que puede emitir su titular, a condición de que éste las mantenga por un período de tiempo no inferior a veinticuatro meses. En el presente trabajo se analiza el régimen jurídico de ambas novedades legislativas, que han contribuido a avivar el debate acerca de la vigencia actual del principio de proporcionalidad en Italia.

Palabras clave: voto privilegiado, acciones de voto plural, acciones de fidelidad, principio de proporcionalidad, una acción un voto.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Organización y reestructuración de grandes empresas. Consideración especial de las reformas del sistema financiero» (DER2014-52014-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

**NEW ENHANCED VOTING RIGHTS IN ITALY.
MULTIPLE VOTING SHARES AND LOYALTY SHARES.
A BRIEF OVERVIEW OF THE LAW DECREE
NO. 91 OF 24 JUNE 2014**

ENRIQUE GANDÍA PÉREZ

*Professor of Commercial Law
Universidad Autónoma de Madrid*

ABSTRACT

In August 2014 the Italian Government adopted the so-called ‘*Development Decree*’, in order to facilitate the listing of closely-held corporations and promote their access to risk capital markets. Outstanding among the novelties introduced by this reform is, without a doubt, the possibility of giving shareholders preferred voting rights. On this matter, the Decree has operated on two different levels: as regards non-listed companies, it has repealed the prohibition of issuing multiple voting shares set forth in the Civil Code since 1942, allowing the issuance of shares carrying up to three votes; however, the prohibition remains for public companies, which in exchange are now allowed to issue ‘loyalty shares’, that is, shares with increased voting rights —up to a maximum of two— as long as they are owned by the same shareholder uninterruptedly for at least twenty four months. This paper examines the legal framework of both legislative developments that have contributed to revive the discussion on the current validity of the proportionality principle in Italy.

Keywords: preferred voting rights, multiple voting shares, dual class structures, loyalty shares, ownership-control proportionality, one share one vote principle.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACCIONES DE VOTO PLURAL. 1. Naturaleza jurídica y contenido. 2. La emisión de acciones de voto plural. El derecho de separación del accionista ausente o disidente. 3. El impacto de las acciones de voto plural en el funcionamiento de la sociedad.—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS *LOYALTY SHARES*. 1. Naturaleza jurídica y contenido. 2. La previsión estatutaria de las *loyalty shares*. 3. La atribución, conservación y pérdida del voto aumentado. 4. El impacto de las *loyalty shares* en el funcionamiento de la sociedad.—IV. PROBLEMAS COMUNES A AMBOS TIPOS DE ACCIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA. 1. Obras citadas. 2. Documentos citados.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 24 de junio de 2014, el Gobierno italiano aprobaba el *Decreto-legge* número 91, más conocido como «*Decreto competitività*», con el objetivo principal de fomentar la salida a bolsa de las pequeñas y medianas empresas y facilitarles, en general, el acceso a los mercados de capital riesgo¹. A tal efecto, la norma (art. 20) incluía, entre otras medidas, la rebaja del capital mínimo para la constitución de una *società per azioni* de 120.000 a 50.000 euros (art. 2327 del *Codice civile*, en adelante, *C. c.*), la posibilidad de que las «*piccole e medie imprese*» cotizadas puedan reducir por vía estatutaria el umbral de participación relevante a efectos de opa, dentro de unos límites preestablecidos (art. 106.1 ter del *Testo Unico della Finanza*, en adelante, *TUF*), y la exoneración del deber de comunicar la adquisición, pérdida o superación de participaciones por debajo del cinco por ciento en este tipo de sociedades (art. 120.2.º *TUF*). Pero, sin duda, la principal novedad de la reforma es la introducción del voto privilegiado.

En esta materia, el Decreto ha operado en un doble nivel. En relación con las *societades no cotizadas*, la norma ha derogado la prohibición de emitir acciones de voto plural que se encontraba vigente desde la aprobación del *Codice civile* en 1942 (cfr. antiguo art. 2351.4.º *C. c.*), permitiendo crear acciones dotadas de un número de votos superior a la unidad —y hasta un máximo de tres—, bien con carácter general, para cualquier asunto de competencia de la asamblea, o bien con carácter limitado «a determinados asuntos» o subordinado al cumplimiento de «particulares condiciones no meramente potestativas»².

¹ El Decreto está publicado en la *Gazzetta Ufficiale*, núm. 144, de 24 de junio, y fue convertido en Ley, con diversas modificaciones, por la Ley núm. 116, de 11 de agosto de 2014 (*GU* número 192, de 20 de agosto, *Suppl. Ordinario* núm. 72).

² Cabe destacar que la creación de acciones de voto plural no estaba prevista originalmente en el Decreto de 24 de junio, sino que fue introducida posteriormente en la fase de conversión en Ley (art. 20.8 bis).

Artículo 2351.4.º C. c.: «*Salvo quanto previsto dalle leggi speciali, lo statuto può prevedere la creazione di azioni con diritto di voto plurimo anche per particolari argomenti o subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative. Ciascuna azione a voto plurimo può avere fino a un massimo di tre voti*».

Por el contrario, para las *societades cotizadas* se mantiene la prohibición de emitir acciones de voto plural (art. 127 sexies.1 TUF), pero, a cambio, se les ofrece la facultad de prever estatutariamente «acciones de fidelidad» o *loyalty shares*, esto es, acciones que incrementan —hasta un máximo de dos— el número de votos que puede emitir su titular, a condición de que éste las haya poseído por un período de tiempo no inferior a veinticuatro meses, a contar desde la inscripción en un registro especial, cuya llevanza corresponde a la propia sociedad emitente³.

Artículo 127 quinquies TUF: «*Gli statuti possono disporre che sia attribuito voto maggiorato, fino a un massimo di due voti, per ciascuna azione appartenuta al medesimo soggetto per un periodo continuativo non inferiore a ventiquattro mesi a decorrere dalla data di iscrizione nell'elenco previsto dal comma 2*».

Ambos instrumentos cumplen funciones distintas. Con las acciones de voto plural, lo que se pretende es, fundamentalmente, incentivar la cotización de las sociedades cerradas, permitiendo al socio o socios fundadores retener el control con una participación minoritaria. Otra de las ventajas que presenta este tipo de acciones es que, a través de ellas, el socio dominante puede liberar recursos y emplearlos en nuevos proyectos, reduciendo, así, su exposición al riesgo específico de la empresa y aumentando la liquidez de los títulos. Además, la concentración de poder en manos de un único accionista o de un grupo minoritario dota a la estructura accionarial de mayor estabilidad, haciendo que los administradores puedan concentrarse en maximizar el valor de la empresa a largo plazo. Precisamente esto último, la estabilidad en la gestión y la creación de valor sostenida en el tiempo, es lo que persiguen las *loyalty shares*. Estas últimas actúan como un

³ Las «*actions de loyauté*» son bien conocidas en el Derecho francés. Ya en 1933, la *Loi du 13 novembre, réglementant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires des sociétés par actions* (JORF, núm. 266, de 15 de noviembre) permitió que los estatutos de las sociedades anónimas pudieran atribuir un derecho de voto doble a aquellas acciones nominativas, enteramente liberadas, que hubieran estado inscritas a nombre del mismo accionista durante un período mínimo de dos años (art. 1.1.º). Este sistema de *opt-in* se mantuvo, posteriormente, en la Ley de sociedades mercantiles de 1966 (art. 175) y, a través de ésta, en el *Code de commerce* de 2000 (cfr. ant. art. L225-123). No obstante, la conocida como «*Loi Florange*», aprobada en marzo de 2014 (JORF, núm. 77, de 1 de abril) lo ha cambiado por un sistema de *opt-out*, de modo que el voto privilegiado se aplica ahora automáticamente, salvo disposición contraria en los estatutos (cfr. act. art. L225-123 C. *Commerc.*) (v., al respecto, CONAC, P. H.: «Obligation pour les sociétés cotées d'instaurer des droits de vote double sauf vote contraire», *Rev. des. soc.*, núm. 4, abril de 2014, págs. 256 y 270 y TORCK, S.: «L'attribution automatique du droit de vote double», *Droit des soc.*, núm. 7, julio de 2014, *dossier* 7).

mecanismo de fidelización del accionariado, gracias al cual es posible concentrar el poder de decisión en torno a aquellos socios que hayan demostrado un mayor compromiso con el proyecto empresarial, reduciendo el peso de aquellos otros que actúen guiados por intereses meramente especulativos.

El legislador italiano ha seguido, por tanto, las recomendaciones de aquella parte de la doctrina jurídica y económica que, en los últimos tiempos, viene poniendo de relieve las virtudes de una desviación moderada del principio de proporcionalidad⁴. De hecho, el Decreto tiene un antecedente inmediato en un informe elaborado a solicitud de la *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa* (en adelante, *Consob*)⁵, que, en línea con el encargado por la Comisión Europea en 2007⁶, llegaba a la conclusión de que no existe evidencia empírica suficiente que demuestre que este tipo de desviaciones resultan lesivas para los socios externos o para el mercado en general.

No obstante, el «Decreto competitività» ha suscitado opiniones encontradas: para algunos, las acciones de voto plural constituyen un «formidable instrumento de dominio económico» que no estaría justificado por razones de interés general o utilidad pública⁷; para otros, estas acciones podrían fortalecer la posición de control de las fundaciones bancarias y de los clanes familiares al frente de las grandes sociedades cotizadas, con el consiguiente riesgo de fuga del capital extranjero⁸; y tan sólo unos pocos consideran que la nueva institución reduce positivamente la desventaja competitiva del ordenamiento italiano respecto de otros ordenamientos europeos y dota al derecho societario de una siempre bien-

⁴ Una revisión de la literatura en esta materia puede verse en BUKKART, M. y LEE, S.: «One Share — One Vote: The Theory», *ECGI — Finance Working Paper No. 176/2007* (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987486>) y, más recientemente, en ALVARO, S., CIAVARELLA, A., D'ERAMO, D. y LINCiano, N.: «La deviazione dal principio un'azione un voto e le azioni a voto multiplo», *Quaderni giuridici Consob*, núm. 5, enero de 2014 (disponible en <http://www.consob.it> y publicado también en *Riv. Soc.*, 2014, págs. 479 a 551, por donde se cita).

⁵ ALVARO, S. et al.: ob. cit.

⁶ Nos estamos refiriendo al *Report on the Proportionality Principle in the European Union*, elaborado por el *Institutional Shareholder Services (ISS)*, el *European Corporate Governance Institute* y el estudio legal *Sherman & Sterling, LLP*. Para una visión de conjunto de la evolución que ha experimentado el debate europeo en materia de proporcionalidad entre control y riesgo nos permitimos remitirnos a GANDÍA, E.: «Acciones de voto plural y *loyalty shares*. Reflexiones en torno al principio de proporcionalidad a propósito de la reciente introducción del voto privilegiado en Italia», *RDM*, núm. 300, 2016, § I.2.

⁷ CARIELLO, V.: *Un formidabile strumento di dominio economico*, Giuffrè, Milano, 2015 (una versión anterior está publicada en *Quaderni Fiorentini*, núm. 44, 2015, págs. 486 a 587) e ID. «Azioni a voto potenziato “voti plurimi senza azioni” e tutela dei soci estranei al controllo», *Riv. soc.*, 2015, pág. 166, empleando la expresión de FRÈ, G.: «Le azioni a voto plurimo» (3.ª parte), *Riv. dir. comm.*, 1926, I, pág. 489.

⁸ ENRIQUES, L.: «Milleproroghe, l'ultimo tentativo di salvare il potere dei *salotti buoni*», *Il Fatto Quotidiano*, viernes 26 de diciembre de 2014. En sentido igualmente crítico, cfr. ZINGALES, L.: «Quel voto plurimo così opaco», *Il Sole 24 ore*, sábado 1 de agosto de 2014.

venida flexibilidad⁹. Con todo, existe un cierto consenso a la hora de asignarle a la reforma una relevancia sistemática de primer orden. Y es que esta nueva facultad de privilegiar el derecho de voto parece haber acabado definitivamente con el dogma de la necesaria proporcionalidad entre derecho de voto y participación en el capital social¹⁰.

No puede decirse, sin embargo, que estemos ante una auténtica revolución, porque lo cierto es que, ya antes de la entrada en vigor del Decreto de 2014, el principio «una acción, un voto» había experimentado una notable erosión en Italia. En efecto, si este principio puede descomponerse en las tres reglas (i) ninguna acción sin voto, (ii) ningún voto sin acción, y (iii) no más de un voto por acción, sólo esta última había permanecido inalterada hasta ahora. La primera —que ya admitía excepciones en la versión original del *Codice*¹¹— se vio superada en 1974 con la previsión de la posibilidad de emitir acciones sin voto por un importe no superior a la mitad del capital social, posibilidad que, en un primer momento, estaba reservada a las sociedades cotizadas (art. 145 *TUF*), pero que, tras la reforma de 2003, se extendió igualmente a las no cotizadas (art. 2351.2.º *C. c.*). Esta importante reforma matizó también la tradicional reserva del derecho de voto a los accionistas, con la introducción de los denominados «*strumenti finanziari partecipativi*», que no atribuyen la condición de socio a su titular, pero pueden llevar aparejado un derecho de voto limitado (art. 2346.6.º *C. c.*).

En este contexto normativo, permitir la creación de acciones dotadas de un privilegio de voto limitado no supone un cambio tan radical, habida cuenta de que la emisión de acciones de voto doble o triple comporta una alteración del principio de proporcionalidad idéntica a la que se produce limitando el derecho de voto a la mitad del capital social. En este sentido, es fácil apreciar cómo en una sociedad en la que rige el principio «una acción, un voto» el control de derecho se alcanza con la titularidad de, al menos, el cincuenta por ciento del capital, en tanto que en una sociedad que haya emitido acciones con voto limitado por valor igual a la mitad del capital, el control exige únicamente la titularidad de la mitad de las acciones ordinarias, o sea, el veinticinco por ciento del capital social. Y lo

⁹ Así, por ejemplo, MONTALENTI, P.: en AA.VV. «Voto maggiorato, voto plurimo e modifiche dell'OPA», *Giur. comm.*, 2015, I, págs. 221 a 224.

¹⁰ BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: «Le azioni non si contano, ma si “pesano”: superato il principio *one share one vote* con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato», *Società*, núm. 10, 2014, pág. 1048; SAGLIOCCA, M.: «Il definitivo tramonto del principio “una azione, un voto”: tra azioni a voto múltiplo e maggioranza del voto», *Riv. not.*, 2015, I, pág. 921; y POLLASTRO, I.: «Voto plurimo e voto maggiorato: prime considerazioni su ricadute e prospettive», *Nuovo dir. soc.*, 2015, pág. 46, quien afirma que «*alla luce dell'ultima riforma e con l'introduzione della facoltà di emettere azioni a voto plurimo, anche l'ultimo divieto in materia di attribuzione non proporzionale del voto all'azione è ormai caduto*».

¹¹ En concreto, se permitía la creación de acciones privilegiadas con derecho de voto limitado a los asuntos de competencia de la asamblea extraordinaria, por un importe no superior a la mitad del capital social (ant. art. 2351.2.º *C. c.*).

mismo sucede si se emiten acciones de voto triple, ya que, en este otro caso, el control de derecho requiere también una inversión equivalente a la cuarta parte del capital¹².

En consecuencia, es posible afirmar que el «*Decreto competitività*» no ha tenido el alcance revolucionario que le atribuye buena parte de la doctrina. Lo que ha hecho ha sido, más bien, remover una prohibición que resultaba incoherente con un sistema en el que el principio de proporcionalidad, aun no estando vigente en su versión más extrema («una acción, un voto»), sigue constituyendo un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, en la medida en que impide que el control de la sociedad cristalice en manos de una minoría que ostente una participación inferior al veinticinco por ciento del capital social¹³.

Sin duda, es pronto aún para determinar el impacto que tendrá el voto privilegiado en el gobierno de las sociedades italianas. En estas páginas nos limitaremos a ofrecer una visión de conjunto del régimen jurídico de las acciones de voto plural (*infra* II) y de las «acciones de fidelidad» (*infra* III), poniendo de manifiesto algunos problemas comunes a ambos tipos de acciones (*infra* IV).

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACCIONES DE VOTO PLURAL

Como decimos, el «*Decreto competitività*» ha circunscrito la facultad de emitir *acciones de voto plural* a las sociedades no cotizadas (cfr. art. 2351.4.º C. c. y art. 127 sexies.1 TUF). Ya antes de la reforma se afirmó que esta decisión podría estar justificada en la necesidad de evitar una concentración excesiva de poder en manos de los accionistas minoritarios y una eventual esterilización del mercado de control societario¹⁴. Ello explicaría por qué el legislador italiano habría reservado a las sociedades cotizadas un instrumento mucho más inofensivo, como son las *loyalty share*, que incorporan un privilegio de voto destinado a desaparecer con la cesión de la acción (*infra* III.3). Pero es evidente que, de haber sido éste el motivo, carecería de sentido permitir a las sociedades de nueva cotización conservar las acciones de voto plural emitidas con anterioridad a la salida a bolsa (cfr. art. 127 sexies.2 TUF)¹⁵. Es más, las acciones de voto plural producen una concentración de poder en manos de la minoría, análoga a la que se genera con las acciones sin voto, que, sin embargo, pueden ser emitidas por las sociedades cotizadas (art. 145 TUF).

¹² Cfr., al respecto, GANDÍA, E.: ob. cit., § II.5.

¹³ Sobre todas estas cuestiones y, en particular, sobre la *ratio* de este límite, v. nuevamente GANDÍA, E.: ob. cit., § III.

¹⁴ BIONE, M.: «Il voto multiplo: digressioni sul tema», *Giur. comm.*, 2011, I, pág. 674 y ABRIANI, N.: «Le azioni e gli altri strumenti finanziari», en ABRIANI (et al.), *La società per azioni*, en Cottino (Dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padua, 2010, pág. 305.

¹⁵ ASSONIME: «Le azioni a voto plurimo e a voto maggiorato», *Circolare n. 10/2015*, pág. 481.

Por eso, la razón última de esta opción legislativa parece que ha de buscarse, más bien, en el hecho de que, para este tipo de sociedades, la creación de acciones de voto plural no presenta, en teoría, ninguna ventaja, y sí algunos inconvenientes, a la hora de allegar nuevos recursos financieros. La función principal de este tipo de acciones es incentivar la salida a bolsa, permitiendo al socio o socios fundadores llevar a cabo una ampliación de capital dirigida al mercado, sin perder el control de la sociedad. Para ello, les basta con mantener en cartera las acciones de voto privilegiado y destinar a la cotización acciones ordinarias de nueva emisión. En estas circunstancias, la estructura accionarial creada —«*dual class ownership*»— sería conocida por el mercado, por lo que el precio de las acciones ordinarias ofrecidas al público descontaría ya los mayores costes de agencia asociados al blindaje del control derivado de dicha estructura. De este modo, los fundadores internalizarían los costes ligados a la presencia de acciones de voto plural, dado que los recursos que obtendrían en el mercado serían inferiores a los que podrían haber obtenido de no haberse desviado del principio de proporcionalidad, al tiempo que disminuiría el valor de las acciones ordinarias que eventualmente conservasen en cartera¹⁶. La decisión de emitir acciones de voto plural respondería, por tanto, a la adecuada ponderación, por parte de los socios fundadores, de su interés en mantener el control de la sociedad con la necesidad de obtener nuevos recursos.

No obstante, la cuestión cambia cuando se trata de una sociedad cuyos títulos ya cotizan en el mercado. En este otro caso, si se opta por ampliar capital emitiendo acciones de voto plural, éstas deben ofrecerse a los antiguos accionistas en proporción a su participación y, si todos ellos decidiesen ejercer el derecho de suscripción preferente, el porcentaje de votos correspondiente a cada accionista permanecería inalterado, por lo que no existirían incentivos para emitir este tipo de acciones en lugar de acciones ordinarias. Además, de admitirse la recapitalización de una sociedad cotizada mediante el empleo de este tipo de acciones, se estaría permitiendo a los socios de control externalizar parte de los costes asociados a la nueva estructura de voto dual, a costa de los socios externos. En efecto, la valoración del derecho de adquisición preferente por parte de los accionistas que no quisieran ejercitarlo sería extremadamente compleja, dado que al no estar todavía admitidas a cotización no existiría un precio de mercado, y ello podría llevarles a venderlo a un precio inferior a su valor teórico, circunstancia que podría ser aprovechada por el socio de control para afianzar su posición de dominio. A su vez, el mercado descontaría los mayores costes de agencia y la disminución de las probabilidades de una opa hostil, derivados de este «atrincheramiento», provocando una reducción en el precio de las acciones ordinarias en manos de los socios externos, que no obtendrían a cambio compensación alguna¹⁷.

¹⁶ GILSON, R. J.: «Evaluating Dual Class Common Stock: The Relevance of Substitutes», *Va. L. Rev.*, 73(5), 1897, págs. 808 y 809.

¹⁷ ALVARO, S. (*et al.*): ob. cit., pág. 535.

En cualquier caso, las sociedades que hubieran emitido acciones de voto plural antes de su salida a bolsa pueden conservarlas una vez admitidas a cotización (art. 127 sexies.2 TUF)¹⁸. En ese supuesto, y a fin de mantener inalterada la proporción entre las distintas categorías de acciones, también se permite que la sociedad emita nuevas acciones con voto plural con ocasión de un aumento de capital gratuito, de un aumento de capital con cargo a nuevas aportaciones sin exclusión o limitación del derecho de suscripción preferente, de una fusión o una escisión [art. 127 sexies.2 TUF, *sub a)* y *b)*].

1. Naturaleza jurídica y contenido

Cuando la sociedad —cotizada o no— hubiera emitido acciones ordinarias, las de voto plural integrarán una *nueva clase*. Ello comporta la aplicación de un sistema de tutela colectivo —similar al previsto en el artículo 103 LSC—, que consiste en someter la eficacia de cualquier acuerdo posterior que perjudique los derechos de esta clase (*v. gr.*, supresión o alteración *in peius* del voto privilegiado) a la aprobación de una asamblea especial, integrada por los titulares de las acciones de voto plural, con las mayorías reforzadas previstas para la asamblea extraordinaria (art. 2376 C. c.)¹⁹.

Por lo que se refiere a la configuración del privilegio de voto, se ha entendido de forma prácticamente unánime que las acciones de voto plural pueden atribuir un voto doble o triple, pero también fracciones de voto adicionales (*v. gr.*, 1,5 o 2,5 votos por acción)²⁰. Además, el Código civil permite que el voto reforzado se reconozca con carácter general o se limite a «determinados asuntos» (art. 2351.4.º C. c.). Esto último puede entenderse referido a todos los asuntos que sean competencia de un tipo de asamblea (*v. gr.*, limitar el voto plural a las competencias de la asamblea extraordinaria) o a asuntos concretos, con independencia de cuál sea

¹⁸ Lo que no podrán hacer, entonces, es emitir *loyalty shares*, porque la Ley establece una incompatibilidad absoluta entre ambos tipos de acciones (art. 127 sexies.3 TUF).

¹⁹ Así, por ejemplo, en una sociedad «cerrada» (cuyas acciones no estén admitidas a cotización y no tengan un alto grado de difusión entre el público), esta asamblea especial deliberaría, en primera convocatoria, con el voto favorable de, al menos, la mitad del capital social con voto plural (art. 2368.2.º C. c.). En segunda convocatoria, la asamblea quedaría válidamente constituida cuando los accionistas asistentes representasen más de un tercio del capital social con voto plural y adoptaría los acuerdos con el voto favorable de, al menos, dos tercios del capital con derecho de voto privilegiado representado en la asamblea (art. 2369.3.º C. c.).

²⁰ ABRIANI, N.: «Azioni a voto plurimo e maggioranza del diritto di voto degli azionisti fedeli: nuovi scenari e inediti problemi interpretativi», *Giustiziacivile.com*, 24 de septiembre de 2014, pág. 9; VENTORUZZO, M.: «The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat», *ECGI — Law Working Paper No. 288/2015*, pág. 16 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2574236>); MASSELLA DUCCI TERI, B.: «Il decreto competitività: prime riflessioni sul voto plurimo e *loyalty shares* all'italiana», *Riv. dir. comm.*, 2014, II, pág. 469, n. 9; y ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 486. En contra, tan sólo, BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 1053, n. 16.

la asamblea competente para aprobarlos (v. gr., atribuir un voto privilegiado solamente para el nombramiento de administradores, la aprobación de las cuentas, el aumento o la reducción del capital social, etc.)²¹. Asimismo, es posible subordinar el ejercicio del voto plural al cumplimiento de «determinadas condiciones no meramente potestativas» (art. 2351.4.º C. c.), entendiéndose por tales aquéllas que dependan de un hecho futuro e incierto y no de la exclusiva voluntad del accionista o de la sociedad. La norma parece estar pensando en *condiciones suspensivas* («*sunrise clauses*»), de modo que el nacimiento del voto aumentado se haga depender de un acontecimiento previsto en los estatutos (v. gr., atribución de un voto doble o triple a los accionistas sin voto para el caso de que no se satisfaga el dividendo preferente acordado); pero cabría establecer igualmente *condiciones resolutorias* («*sunset clauses*»), cuya concurrencia determine la pérdida del voto plural atribuido *ab origine* y la conversión automática de las acciones privilegiadas en acciones ordinarias (v. gr., pérdida del privilegio por la transmisión de la participación de control).

Como puede imaginarse, las posibilidades son prácticamente ilimitadas. Combinando ambos tipos de condiciones con la limitación del voto múltiple a «determinados asuntos», pueden crearse acciones ordinarias destinadas a adquirir un voto privilegiado para un asunto concreto cuando concurra una determinada condición suspensiva (v. gr., acciones que atribuyan un derecho de voto doble para el nombramiento de administradores si la facturación de la sociedad no alcanza un objetivo preestablecido) y, viceversa, configurar una categoría de acciones con un voto plural circunscrito a uno o varios asuntos y destinadas a transformarse en acciones ordinarias en el momento en que se verifique la condición resolutoria prevista en los estatutos (v. gr., acciones que concedan dos o tres votos en los acuerdos de aumento de capital social, hasta que éste alcance una cifra concreta). El nacimiento o pérdida del voto privilegiado puede someterse igualmente a condiciones de carácter subjetivo, dotando a la sociedad de un marcado carácter personalista (v. gr., acciones que concedan un voto plural, subordinado a la subsistencia de una relación laboral con la sociedad). Cabe prever también que las acciones ordinarias se conviertan en acciones de voto plural a condición de que el titular las haya poseído durante un período mínimo de tiempo, creándose, así, una suerte de *loyalty shares* (*infra* 2). Y es posible, finalmente, que el voto plural se haga depender no ya de una condición suspensiva o resolutoria, sino de un término inicial o final.

²¹ Como señala la *Circular* de ASSONIME: cit., pág. 487, los márgenes a la autonomía de la voluntad son extraordinariamente amplios, por lo que cabe pensar en la creación de acciones con voto plural diferente según el asunto (v. gr., acciones de voto doble para la elección de los administradores y de voto triple para la aprobación de modificaciones estructurales), o incluso en la creación de varias clases de acciones que atribuyan un voto privilegiado sobre distintas materias (v. gr., la clase A, con derecho de voto doble para la elección de los administradores y la categoría B, con un voto doble para la elección de los síndicos).

2. La emisión de acciones de voto plural. El derecho de separación del accionista ausente o disidente

En el procedimiento por el que se llega a la emisión de acciones de voto plural es posible diferenciar dos fases distintas, que deben analizarse por separado: la primera (i) es la introducción de la cláusula estatutaria en la que se establezca la posibilidad de emitir este tipo de acciones y se definan sus características esenciales, mientras que la segunda (ii) consiste en la emisión de las acciones propiamente dicha.

i) La regulación estatutaria de las acciones de voto plural *en el momento de constitución* de la sociedad no plantea especiales problemas: en la medida en que todos los accionistas consienten *ab origine* el establecimiento de una estructura de voto dual, no hará falta adoptar medidas de protección especiales, ni siquiera cuando las acciones privilegiadas estuvieran reservadas sólo a alguno o algunos de ellos²². Más compleja resulta, sin embargo, la introducción de las acciones de voto plural *a lo largo de la vida de la sociedad*. En este otro supuesto será necesaria una modificación de los estatutos, que deberá ser aprobada con las mayorías reforzadas de la asamblea extraordinaria²³. Además, los socios ausentes y aquéllos que hubiera votado en contra de la adopción del acuerdo tendrán, en principio, derecho de separación [ex art. 2437.1.º, letra g), C. c.].

Decimos en principio porque, en realidad, la reforma no ha aclarado de manera expresa si existe derecho de separación en estos casos, como sí lo ha hecho —negándolo rotundamente— en relación con las *loyalty shares* (cfr. art. 127 quinquies.6, TUF) (*infra* III.2). El Código civil italiano reconoce el derecho a separarse a aquellos accionistas que no hayan concurrido a la aprobación de «*modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto*» [art. 2437.1.º, letra g), C. c.], por lo que el problema radica en determinar si el acuerdo de creación

²² ASSONIME: *Circolare*, cit., págs. 490 y 491. En idéntico sentido, cfr. BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 1053.

²³ El Decreto preveía un régimen transitorio con la intención de reforzar la tutela de los accionistas de sociedades creadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. En las sociedades inscritas en el Registro Mercantil con anterioridad al 31 de agosto de 2014, el acuerdo de modificación de los estatutos para introducir las acciones de voto plural debía adoptarse incluso en primera convocatoria, con el voto favorable de, al menos, dos tercios del *capital presente o representado* (art. 212 *disp. att. C. c.*). Con todo, este sistema podía crear disfunciones, habida cuenta de que, conforme a la regla general, la asamblea extraordinaria adopta los acuerdos, en primera convocatoria, con el voto favorable de más de la mitad del *capital social*. De esta forma, la medida sólo proporcionaría un mayor nivel de protección en el caso de que el capital presente o representado en primera convocatoria fuese igual o superior al setenta y cinco por ciento del capital social, mientras que, en cualquier otro caso, el efecto sería justamente el contrario (cfr. ABBADESSA, P.: «Le azioni a voto plurimo. Profili di disciplina», en Di Cataldo [et al.] [a cura di], *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, pág. 6).

de acciones de voto plural entra dentro del ámbito de aplicación de esta noma²⁴. Para la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema, no cabe duda de que este tipo de acuerdos afectan al derecho de voto y, por tanto, debe reconocerse el derecho de separación a los accionistas ausentes o disidentes²⁵. Lo único que se discute es en qué momento preciso surge este derecho: para algunos nacería en el mismo instante en el que se introduce en los estatutos la facultad de emitir acciones de voto plural²⁶; mientras que, para otros, el derecho de separación maduraría sólo con el posterior acuerdo de emisión de las acciones²⁷. Ahora bien, frente a esta tesis mayoritaria, hay quienes entienden que los socios ausentes o disidentes encuentran una protección adecuada en el derecho de suscripción preferente y, en consecuencia, consideran que ni la previsión estatutaria de las acciones de voto plural, ni el posterior acuerdo de emisión legitimarían la atribución de un derecho de separación²⁸.

ii) Una vez reconocida en los estatutos la posibilidad de emitir acciones de voto plural, la posterior emisión puede llevarse a cabo por dos cauces diferentes: (a) a través de una ampliación de capital, o (b) mediante la conversión de acciones ordinarias en acciones con voto privilegiado. Como es lógico, cada una de estas alternativas incide de manera diferente sobre el derecho de igualdad de los accionistas —derecho que se encuentra expresamente tipificado para las sociedades cotizadas en el artículo 92 *TUF*—, por lo que la solución a la que ha llegado la doctrina no es la misma en ambos casos.

a) Si la emisión de acciones de voto plural tiene lugar mediante *una ampliación de capital*, las consecuencias serán también distintas en función

²⁴ Cfr. un análisis de la cuestión en ASSONIME: *Circolare*, cit., págs. 494 y ss.

²⁵ V. los autores citados *infra* en las dos notas siguientes.

²⁶ BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 1055; SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 938; LIBERTINI, M.: brevemente en AA.VV.: «Voto maggiorato», ob. cit., pág. 246, y, con mayor profundidad, en LIBERTINI-ANGELICI: «Un dialogo sul voto plurimo e diritto di recesso», *Riv. dir. comm.*, 2015, *passim* (v. espec. pág. 2); GUIZZI, G.: «La maggioranza del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica», *Corr. giur.*, 2015, núm. 2, pág. 159; POLLASTRO, I.: ob. cit., pág. 48.

²⁷ ABBADESSA, P.: ob. cit., pág. 8, aunque en términos dubitativos.

²⁸ Esta tesis minoritaria ha sido sostenida por MONTALENTI, P.: ob. cit., pág. 225; GIAMPAOLINO, C. F.: «Azioni a voto maggiorato e a voto plurimo», *Giur. comm.*, 2015, I, pág. 806; y ANGELICI, C.: en Libertini-Angelici, «Un dialogo», ob. cit., *passim* (v. espec. págs. 5 y 6), y se basa en una interpretación estricta del artículo 2437, según la cual el derecho de separación solamente tendría lugar frente a modificaciones estatutarias que afecten a la *regulación* del derecho de voto (v. gr., introducción o eliminación del «voto de lista» [equivalente a nuestro sistema de representación proporcional] o alteración de las condiciones para el ejercicio del voto [art. 2370 C. c.]) y no a su concreta *distribución* entre los accionistas (que quedaría amparada por el derecho de suscripción preferente). Lo contrario, se dice con razón, llevaría al absurdo de consentir la separación en todo aumento de capital en el que se excluya el derecho de suscripción preferente (cfr. ANGELICI, C.: *últ. ob. cit.*, pág. 6). Por su parte, ABRIANI, N.: «Azioni a voto plurimo», ob. cit., págs. 15 y 16, considera que la mera introducción de las acciones de voto plural en los estatutos no daría lugar al derecho de separación, que tampoco tendría cabida si en el posterior aumento de capital se respeta el derecho de suscripción preferente.

de que el aumento se realice de forma gratuita o con cargo a nuevas aportaciones. En el primer supuesto será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2442 del *Codice civile*, en virtud del cual, en los aumentos con cargo a reservas, las acciones emitidas deberán tener las mismas características que las que ya estén en circulación y deberán asignarse gratuitamente a los accionistas en proporción a las acciones poseídas. Por consiguiente, la emisión de acciones de voto plural sólo será posible si ya existían acciones de esta clase en circulación y la asignación de las nuevas acciones tendrá que ser proporcional a la participación de los accionistas en el capital social²⁹.

Por su parte, la emisión de acciones privilegiadas con cargo a nuevas aportaciones deberá llevarse a cabo, en principio, respetando el derecho de suscripción preferente y ofreciendo a todos los socios la posibilidad de mantener inalterado su poder de decisión (art. 2441.1.º *C. c.*). Sin embargo, el derecho de preferencia no tendrá lugar cuando las nuevas acciones se liberen mediante aportaciones *in natura*, y podrá limitarse o suprimirse en los demás supuestos, si así lo exige el interés social, con un acuerdo de la asamblea adoptado por una mayoría superior a la mitad del capital (art. 2441 *C. c.*, correspondiente a nuestro art. 308 LSC)³⁰. En este último caso, el precio de emisión de las nuevas acciones deberá tener en cuenta el valor del voto plural³¹.

- b) En cuanto a la *conversión* de acciones ordinarias en acciones de voto plural, nada impide que se conviertan todas las acciones existentes a través de una modificación estatutaria o que se conviertan sólo algunas de ellas con el consentimiento de todos los socios. Lo que se rechaza de forma unánime, por considerar que atenta contra el principio de paridad de trato, es la conversión de una parte de las acciones ordinarias por simple acuerdo mayoritario³².

3. El impacto de las acciones de voto plural en el funcionamiento de la sociedad

El régimen jurídico de las acciones de voto plural debe completarse con el análisis de su impacto sobre las normas que regulan el funcionamiento de la

²⁹ ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 493.

³⁰ BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 1055; SAGLIOCCA, M.: ob. cit., págs. 938 y 939; ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 493.

³¹ ABBADESSA, P.: ob. cit., pág. 7.

³² Cfr., por todos, BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 1056; ABRIANI, N.: «Azioni a voto plurimo», ob. cit., pág. 15; GIAMPAOLINO, C. F.: ob. cit., pág. 804, n. 60; ASSONIME: *Circolare*, ob. cit., págs. 492 y 493; y ABBADESSA, P.: ob. cit., pág. 8.

sociedad. A este respecto, surgen fundamentalmente dos cuestiones: (i) ¿cómo afecta el voto plural al cálculo del quórum y de las mayorías? y (ii) ¿en qué medida repercute este privilegio sobre el ejercicio de otros derechos administrativos configurados como «derechos de minoría»?

i) A diferencia de lo que sucede con las «acciones de fidelidad» (*infra* III.4), la primera de estas cuestiones no encuentra una solución expresa para las de voto plural, pero parece evidente que, de existir este tipo de acciones, el *cómputo de las mayorías* deberá realizarse tomando como referencia el número total de votos y no el capital social, porque, de lo contrario, el privilegio resultaría totalmente estéril³³.

Imagínese una sociedad con un capital social dividido en 100 acciones de un euro de valor nominal cada una, de las cuales, 20 tienen atribuido un derecho de voto doble (lo que hace un total de 120 votos). En este caso, la mayoría simple ya no se alcanzaría con 51 acciones (esto es, con el 51% del capital social, como sucedería si todas fuesen acciones ordinarias), sino con las 20 acciones de voto doble más 21 acciones ordinarias (es decir, con el 51% de los votos, aunque representen sólo el 41% del capital social)³⁴. Pero éste es, precisamente, el efecto «apalancamiento» que persiguen las acciones de voto plural: que accionistas con una menor participación en el capital tengan un mayor peso en la adopción de los acuerdos sociales.

Mayores dudas se plantean a la hora de decidir si el *quórum constitutivo* debe calcularse también sobre el total de votos, aunque existen algunos argumentos a favor de una respuesta afirmativa: ante todo, el hecho de que el quórum haya de computarse excluyendo las acciones sin voto (art. 2368.1.º C. c.) parece indicar que ha de tenerse en cuenta el número de votos y no el capital social; pero es que, además, se ha señalado que la opción contraria llevaría aparejadas consecuencias absurdas, como que el quórum previsto en segunda convocatoria fuese superior al fijado en primera convocatoria, o que resultase más sencillo adoptar acuerdos en la asamblea extraordinaria que en la ordinaria³⁵.

³³ Así lo ha interpretado la doctrina de forma unánime, a pesar de que, a la hora de establecer las mayorías, el Código civil italiano hace referencia al «capital social» y no al número de votos (arts. 2368 y 2369 C. c.) (cfr. BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 1056; SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 940; MASSELLA DUCCI TERI, B.: ob. cit., pág. 470, n. 13; ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 496).

³⁴ Hemos tomado el ejemplo de BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 1056.

³⁵ MASSELLA DUCCI TERI, B.: págs. 471 y 472. En efecto, para adoptar un acuerdo en primera convocatoria en una asamblea extraordinaria sería suficiente con que votasen a favor los accionistas que representen, al menos, la mitad de los votos (art. 2368.2.º C. c.), pero esa mayoría podría no bastar, en segunda convocatoria, si no fuese acompañada de la titularidad de, al menos, un tercio del capital social (art. 2369.3.º C. c.). Del mismo modo, la adopción de un acuerdo de la asamblea extraordinaria en primera convocatoria, que, como decimos, exige que más de la mitad del total de votos sean favorables, podría ser menos gravosa que la aprobación de un acuerdo por la asamblea ordinaria, que, en primera convocatoria, requiere la concurrencia de, al menos, la mitad del capital

En contra de esta interpretación cabe aducir que al calcularse el quórum constitutivo tomando como referencia el número de votos y no el capital social se estarían reduciendo los quórum establecidos en la Ley en defensa de las minorías³⁶. Siguiendo con la sociedad del ejemplo anterior, supongamos que se celebra una asamblea extraordinaria en segunda convocatoria para aprobar un aumento de capital. Para estos casos, el Código civil italiano exige la presencia de socios que representen, al menos, un tercio del capital (art. 2369.3.º C. c.). Pues bien, si se tuviera en cuenta el número de votos, en lugar del capital social, para que la asamblea quedase válidamente constituida tendrían que concurrir socios que fueran titulares de, al menos, 40 votos (la tercera parte de 120), con lo que bastaría la sola presencia del titular de las 20 acciones de voto plural (a pesar de que su participación represente únicamente el 20 % del capital social). Eso sí, nada impediría a los socios pactar en los estatutos la regla contraria y exigir, en consecuencia, un quórum reforzado³⁷.

ii) La segunda cuestión tiene que ver con el ejercicio de aquellos otros derechos administrativos distintos del voto que el Código civil italiano configura como «*derechos de minoría*» (v. gr., derecho a solicitar la convocatoria de la asamblea [art. 2367, C. c.] o a impugnar los acuerdos inválidos [art. 2377, C. c.], derecho a ejercitar la acción social de responsabilidad o a oponerse a la renuncia o transacción [arts. 2393 bis y 2393, últ. párrafo, C. c.], etc.). De nuevo, la cuestión halla una solución explícita para el caso de las *loyalty shares* (*infra* III.4), pero no así para las acciones de voto plural. A pesar de ello, la doctrina no duda en afirmar que el voto privilegiado no tendrá ningún efecto sobre el ejercicio de estos derechos, toda vez que éste se subordina a la titularidad de un determinado porcentaje del *capital social* y no a la disponibilidad de un concreto porcentaje de votos³⁸.

Así, en nuestro ejemplo, el socio titular de cinco acciones de voto plural, aunque dispone del 10 por 100 de los votos, no podría solicitar la convocatoria de la asamblea, porque para ello se requiere la titularidad del 10 por 100 del capital social (cfr. art. 2367.1.º C. c.), y solamente alcanza el 5 por 100.

social (art. 2368.1.º C. c.).

³⁶ En este sentido, y en relación con la adopción de acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada en España, RECALDE, A.: *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 202.

³⁷ MASSELLA DUCCI TERI, B.: ob. cit., pág. 473.

³⁸ ALVARO, S. (*et al.*): ob. cit., pág. 540; SAGLIOCCA, M.: ob. cit., pág. 940 y ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 497. No puede dejar de observarse cierta contradicción entre esta posición de la doctrina, que dice buscar la mayor protección de la minoría y la mantenida por esta misma doctrina en relación con el quórum constitutivo (v. *supra* la nota 35 y el texto correspondiente). El problema de fondo es el mismo en un caso y en otro: tomar como referencia el número total de votos en lugar del capital social se traduce en una menor protección de los socios minoritarios, pero esta desprotección, que aquí no se acepta, se admite sin problemas en materia de quórum (v. el ejemplo que proponíamos *supra* en el texto).

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS *LOYALTY SHARES*

Centrándonos ahora en la otra modalidad de voto privilegiado introducida por la reforma, las *loyalty shares*, hay que recordar que el «Decreto competitività» ha reservado este instrumento a las sociedades cotizadas (cfr. art. 127 quinquies *TUF*, en relación con el art. 119 del mismo texto³⁹). Pero se trata, en el fondo, de una reserva puramente formal, ya que la posibilidad de someter el voto plural a determinadas condiciones no meramente potestativas (art. 2351.4.º *C. c.*) permite a las sociedades no cotizadas configurar un privilegio de voto idéntico al que incorporan las *loyalty shares* (*supra* II.1). Éstas se caracterizan por atribuir un mayor voto al socio que hubiera mantenido sus acciones ordinarias por un periodo de tiempo no inferior a veinticuatro meses, perdiéndose este privilegio en caso de cesión de la acción. Bastaría, por tanto, con someter el nacimiento del voto plural a una condición suspensiva consistente en conservar la acción durante ese plazo y prever, al mismo tiempo, la transmisión de la acción como condición resolutoria⁴⁰.

1. Naturaleza jurídica y contenido

En todo caso, las *loyalty shares*, a diferencia de las acciones de voto plural, *no se configuran como una clase especial de acciones*, por expresa disposición legal (art. 127 quinquies.5 *TUF*⁴¹). Desde un punto de vista dogmático, esta diferencia se explica atendiendo al distinto carácter —objetivo o subjetivo— del privilegio en materia de voto que va asociado a cada tipo de acción. En las de voto plural es la propia acción la que incorpora un mayor número de votos; es una característica propia de la estructura objetiva de los títulos, y ello justifica que se agrupen formando una clase especial. Por el contrario, en las *loyalty shares* el privilegio no es inherente a la acción, sino que se atribuye directamente al accionista por el

³⁹ Según este último: «*Le disposizioni del presente capo [entre ellas, las *loyalty shares*] si applicano, salvo che sia diversamente specificato, alle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea (società con azioni quotate)*». Por «sociedades italianas» deben entenderse las constituidas en Italia; las constituidas en el extranjero, que tengan su centro de administración o el objeto principal de su actividad en Italia; y las sociedades que hayan trasladado su sede a Italia desde el extranjero (cfr. art. 25 *legge 31 maggio 1995 n. 218*). Por su parte, el requisito de la cotización en «mercados regulados» excluye a las sociedades con títulos ampliamente difundidos en el mercado y a las sociedades admitidas en sistemas multilaterales de negociación (cfr. ASSONIME: *Circolare*, cit., págs. 500 y 501).

⁴⁰ MASSELLA DUCCI TERI, B.: ob. cit., págs. 481 a 483. A favor de que las sociedades no cotizadas puedan emitir *loyalty shares*, cfr. también MONTALENTI, P., LIBERTINI, M. y ABRIANI, N. en AA.VV.: «Voto maggiorato», ob. cit., págs. 224, 246 y 247, respectivamente. Contra MARCHISIO, E.: «La “maggiorazione del voto” (art. 127 quinquies *TUF*): *récompense* al socio “stabile” o *trucage* del socio di controllo?», *Banca e borsa*, 2015, págs. 82 y ss.; y MARCHETTI, P.: «Osservazioni e materiali sul voto maggiorato», *Riv. soc.*, 2015, pág. 454.

⁴¹ «*Le azioni cui si applica il beneficio [del voto maggiorato] non costituiscono una categoria speciale di azioni ai sensi dell'articolo 2348 del codice civile*».

hecho de haber mantenido su participación en el capital social durante un concreto período de tiempo. Se trata de un beneficio ligado a la persona del socio y no a la acción en sí, lo cual explica que la cesión onerosa o gratuita del título comporte la pérdida del privilegio [*infra* 3, *sub iii*)] y, en definitiva, que las *loyalty shares* no se consideren una clase especial de acciones. Estamos ante acciones ordinarias a cuyos titulares se les permite ejercitar un mayor número de votos, en recompensa a su fidelidad.

En términos prácticos, esta configuración legal implica que los acuerdos que perjudiquen a los titulares de estas acciones —alterando o suprimiendo el voto privilegiado— estarán sujetas a las reglas generales en materia de formación de la voluntad social y no será necesaria la aprobación por parte de una asamblea especial (art. 2376, *C. c.*).

En cuanto al *contenido* de las «acciones de fidelidad», la Ley prevé que éstas puedan atribuir hasta un máximo de dos votos (art. 127 quinquies.1 *TUF*), pero, al igual que sucede con las acciones de voto plural, es posible establecer un incremento por fracciones de voto. Y, aunque no se diga nada al respecto, parece igualmente posible limitar el voto aumentado a determinados asuntos o acuerdos o someter su eficacia a la concurrencia de condiciones suspensivas o resolutorias no meramente potestativas, previamente establecidas en los estatutos (*supra* II.1).

2. La previsión estatutaria de las *loyalty shares*

La previsión estatutaria de las *loyalty shares* requiere la aprobación del correspondiente acuerdo con las mayorías previstas para la asamblea extraordinaria (arts. 2368 y 2369, *C. c.*)⁴², pero, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de voto plural [*supra* II.2, *sub i*)], los accionistas ausentes o disidentes *carecen de derecho de separación*, por decisión del legislador (art. 127 quinquies.6 *TUF*)⁴³. Esta derogación del régimen general del *Codice* —que, según hemos visto, reconoce el derecho de separación frente aquellas modificaciones estatutarias que

⁴² Sin embargo, durante la fase de conversión en Ley, se modificó el Decreto para permitir que, antes del 31 de enero de 2015, las sociedades ya cotizadas pudieran introducir en sus estatutos la posibilidad de emitir *loyalty shares* mediante un acuerdo adoptado por mayoría simple (cfr. art. 20.1 bis). En esta decisión hubo quien creyó ver una estrategia del Gobierno italiano para reducir su participación en sociedades como *Eni*, *Enel* o *Finmeccanica*, sin perder su posición de control y sin contar con el consentimiento de los socios externos (cfr. TAMBURINI, F.: «Stato & Mercato. Riforma [a sorpresa] per le privatizzazioni», *Corriere della Sera*, lunes, 15 de septiembre de 2014, pág. 2; MARCHISIO, E.: ob. cit., págs. 84 y 85; y ZINGALES, L.: ob. cit.). Pero lo cierto es que, hasta la fecha, ninguna de estas sociedades, ni otras con participación estatal igualmente señaladas por la opinión pública como posibles beneficiarias de este régimen transitorio, han previsto «acciones de fidelidad» en sus estatutos.

⁴³ «La deliberazione di modifica dello statuto con cui viene prevista la maggiorazione del voto non attribuisce il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 2437 del Codice civile».

afecten al derecho de voto [art. 2437, letra g), C. c.]— ha sido muy criticada por un sector de la doctrina, que ha llegado incluso a cuestionar su constitucionalidad⁴⁴. Sin embargo, estos reproches se antojan algo excesivos: no cabe duda de que la introducción de las «acciones de fidelidad» afecta a la regulación del derecho de voto, pero su incidencia sobre la concreta distribución del poder de decisión en la sociedad es mínima, por cuanto todos los socios pueden acceder al privilegio de voto en igualdad de condiciones⁴⁵. Cuestión distinta es que se acuerde la supresión del privilegio habiendo socios que ya lo hayan alcanzado o que se agraven las condiciones para alcanzarlo (v. gr., aumentando el plazo de posesión de las acciones). En estos otros supuestos, en los que la modificación estatutaria altera derechos ya adquiridos por los socios, no parece que pueda negarse el derecho de separación a los accionistas perjudicados⁴⁶.

3. La atribución, conservación y pérdida del voto aumentado

La transformación de las acciones ordinarias en *loyalty shares* y la correspondiente atribución de un voto privilegiado dependen de que el accionista inscriba sus acciones en un registro especial, cuya llevanza corresponde a la sociedad emitente (art. 127 quinquies.2 TUF), y de que las conserve durante un plazo ininterrumpido de, al menos, veinticuatro meses a partir de la inscripción (art. 127 quinquies.1 TUF) [*infra sub i*)]⁴⁷. Una vez adquirido, el privilegio se mantiene —y puede llegar a extenderse a otras acciones— en una serie de supuestos previstos en la Ley [*infra ii*)], pero se pierde por la cesión onerosa o gratuita de las acciones o por renuncia del titular [*infra sub iii*)].

i) El registro especial de *loyalty shares* cumple una función doble⁴⁸: por un lado, la inscripción en el mismo actúa como presupuesto para computar el perio-

⁴⁴ GUIZZI, G.: ob. cit., págs. 159 a 161. En sentido igualmente crítico, v. los autores citados *infra* en la nota 46.

⁴⁵ LIBERTINI, M.: en Libertini-Angelici, «Un dialogo», ob. cit., pág. 3.

⁴⁶ GIAMPAOLINO, C. F.: ob. cit., págs. 788 a 791 y MARCHISIO, E.: ob. cit., págs. 110 y 111, quien alude también a la hipótesis en que el privilegio de voto se acuerde sólo para una clase de acciones, si bien nos parece que, en este otro caso, la clase perjudicada encontraría una mejor tutela en la necesaria aprobación de la modificación estatutaria por la asamblea especial de los integrantes de esa clase (art. 2376 C. c.). Por su parte, LIBERTINI, M.: *loc. ult cit.*, entiende que el derecho de separación existiría asimismo en el caso de que el privilegio de voto premie la posesión de las acciones anterior a la inscripción en el registro, lo que se admite para el supuesto de que las *loyalty shares* se introduzcan con ocasión de la salida a bolsa de la sociedad (v. *infra* la nota siguiente). En contra, ANGELICI, C.: en Libertini-Angelici, «Un dialogo», ob. cit., págs. 6 y 7.

⁴⁷ Como excepción a esta norma, la Ley prevé que, cuando las *loyalty shares* se introduzcan en los estatutos durante el procedimiento de salida a bolsa de la sociedad, pueda establecerse que, a los efectos de la posesión ininterrumpida de las acciones, se compute también la posesión de las acciones anterior a la inscripción en el registro (art. 127 quinquies.7 TUF).

⁴⁸ Cfr. el Documento di consultazione sobre *Proposte di modifica al Regolamento emittenti in materia di voto plurimo*, emitido por la Consob el 5 de noviembre de 2014, pág. 3.

do de posesión ininterrumpida de las acciones a fin de obtener el aumento en los derechos de voto; pero, por otro lado, permite al emisor controlar la composición del accionariado, en virtud del carácter nominativo de la inscripción. Según el *Regolamento Emittenti* (en adelante, *RE*), este registro debe estar dividido en dos secciones, una dedicada a la identificación de los accionistas que hayan solicitado la inscripción y otra en la que se hagan constar los datos relativos a los accionistas que ya hayan obtenido el voto privilegiado⁴⁹. La sociedad está obligada a actualizar esta información con la periodicidad establecida en los estatutos y debe comunicar a la *Consob* el número total de votos que atribuya el conjunto de acciones, en el plazo de cinco días de mercado abierto, al final de cada mes en el que ese número haya experimentado un aumento o reducción y, en todo caso, al día siguiente de la fecha de registro («*record date*») de la asamblea (cfr. art. 143 quáter, párrafo tercero, *RE* en relación con el art. 85 bis, párrafo cuarto bis, *RE*). Dentro del mismo plazo, la sociedad deberá publicar en su página *web* la identidad de los accionistas que hayan solicitado la inscripción, así como su participación en el capital social, siempre que ésta supere el umbral de «participación relevante» a efectos de comunicación ex artículo 120 del *Testo Unico della Finanza* (art. 143 quáter, párrafo quinto, *RE*).

Por lo demás, se deja a la autonomía estatutaria el establecimiento de reglas relativas a la periodicidad con la cual los accionistas pueden solicitar la inscripción en el registro y la atribución del voto privilegiado, el plazo en el que puede realizarse la solicitud y la fecha a partir de la cual el privilegio surte plenos efectos.

Ojeando los estatutos —y los reglamentos de desarrollo— de las pocas sociedades cotizadas que han introducido *loyalty shares*, se observa cómo una de ellas (*Campari*) ha previsto que la solicitud de inscripción deba realizarse en los primeros tres meses del año natural (art. 6.7 Est.). Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, la sociedad procederá a inscribir a los solicitantes hasta el quinto día de mercado abierto correspondiente al mes de abril (art. 5.2 Regl.). Otra (*Astaldi*) ha optado por permitir que los accionistas soliciten la inscripción en cualquier momento (art. 12 Est.), si bien la inscripción, y en su caso el privilegio madurado, sólo producirán efectos a partir de la actualización del registro, que se llevará a cabo con una periodicidad trimestral (art. 12 Est. y 3 Regl.). Una tercera (*Amplifon*) llevará a cabo la inscripción el día 15 del mes natural sucesivo al que se haya recibido la solicitud [art. 13.2, letra c), Est.]; transcurridos veinti-

⁴⁹ La primera sección debe contener, al menos, la siguiente información: a) los datos identificativos de los accionistas que hayan solicitado la inscripción; b) el número de acciones para las que se ha solicitado la inscripción, indicando las transmisiones y vinculaciones relativas a las mismas; y c) la fecha de inscripción. En la segunda deben indicarse, además: a) los datos identificativos de los accionistas que hayan obtenido el voto privilegiado; b) el número de acciones con voto privilegiado, con indicación de las transmisiones y vinculaciones que les afecten, así como de los actos de renuncia al privilegio [v. *infra* iii)]; y c) la fecha en la que se haya obtenido el privilegio de voto (cfr. art. 143 quáter, párrafos segundo y tercero, *RE*).

cuatro meses desde la inscripción, las acciones registradas atribuirán dos votos en todas las asambleas ordinarias o extraordinarias, cuya *record date* tenga lugar a partir del día siguiente al de la finalización del plazo [art. 13.2, letra c), Est.]. Por último, los estatutos de *Maire Tecnimont, S.p.a.* [art. 6 bis.2, letra a)], establecen que la sociedad procederá a inscribir al accionista de inmediato; verificado el transcurso de veinticuatro meses, las acciones inscritas atribuirán un derecho de voto doble, con efectos a partir del quinto día de mercado abierto correspondiente al mes siguiente [art. 6 bis.2, letra c), Est.].

ii) La Ley prevé que el privilegio de voto adquirido como consecuencia de la posesión ininterrumpida de las acciones *se mantenga* «en caso de *sucesión por causa de muerte* del titular de las acciones», salvo que los estatutos establezcan lo contrario [art. 127 quinquies.3, letra a), TUF]. El motivo es, obviamente, la continuación jurídica del heredero en los derechos y prerrogativas del causante, por lo que no se alcanza a comprender la salvedad estatutaria que admite la norma. La misma lógica es la que lleva a excluir la pérdida del voto aumentado en los supuestos *de fusión y escisión del titular de las acciones*, aunque, de nuevo, se permite establecer la regla contraria en los estatutos [art. 127 quinquies.3, letra a), TUF]. También aquí se produce una sucesión universal de la entidad o entidades resultantes de la fusión o de la escisión en los derechos y obligaciones de las sociedades que se fusionan o escinden (cfr. art. 2504 bis C. c.), de modo que el carácter dispositivo de la norma resulta igualmente inexplicable⁵⁰.

Esto por cuanto se refiere a la fusión o escisión de la entidad titular de las acciones privilegiadas, pero ¿qué sucede en caso de *fusión o escisión de la sociedad que emite* las «acciones de fidelidad»? La Ley establece que el proyecto de fusión o escisión *podrá* prever la extensión del privilegio de voto a las acciones recibidas en canje de las *loyalty shares* (art. 127 quinquies.4 TUF⁵¹). Por consiguiente, si en el proyecto no se contempla expresamente lo contrario, los accionistas que gozasen de un voto privilegiado en las sociedades participantes en la fusión o escisión lo perderán en la sociedad o sociedades resultantes. La solución es criticable en la medida en que equipara el intercambio de acciones en una relación de canje a una «cesión», a los efectos de entender interrumpida la posesión de la

⁵⁰ Según MARCHISIO, E.: ob. cit., pág. 103, la norma podría estar pensando en la fusión entre una o varias sociedades que prevean «acciones de fidelidad» y otra u otras que no las prevean. En esta hipótesis, dada la imposibilidad de imponer este instrumento a las sociedades que no deseen adoptarlo, tendría sentido que el proyecto de fusión excluya la conservación del privilegio. Pero, entonces, afirma este autor, la norma se estaría limitando a prever un eventual acuerdo de supresión de las *loyalty shares* adoptado, ocasionalmente, en el marco de una modificación extraordinaria, lo que, evidentemente, no hubiera requerido ninguna previsión expresa.

⁵¹ «Il progetto di fusione o di scissione di una società il cui statuto prevede la maggiorazione del voto può prevedere che il diritto di voto maggiorato spetti anche alle azioni spettanti in cambio di quelle a cui è attribuito voto maggiorato.»

participación y negar, en consecuencia, la conservación del privilegio; cuando lo cierto es que, tanto en la fusión como en la escisión, se produce una «continuidad en la participación» de los socios de las sociedades extinguidas en las sociedades creadas (como señala, expresamente, el art. 24 de nuestra LME). De ahí que lo más correcto hubiese sido prever la extensión automática del voto privilegiado a las acciones recibidas en canje de las *loyalty shares* y permitir el pacto en contrario⁵².

Esta última ha sido, de hecho, la solución adoptada en relación con los *aumentos de capital con cargo a reservas* [art. 127 quinquies.3, letra b), *TUF*], aunque, en este otro caso, la posibilidad de pacto en contrario no está del todo justificada. El privilegio de voto debería extenderse siempre a las acciones emitidas, por dos razones: la primera es que el aumento podría llevarse a cabo sin emitir nuevas acciones, simplemente aumentando el valor nominal de las ya existentes, y, de ser así, no cabe duda de que éstas conservarían el voto aumentado; la segunda tiene que ver con la propia naturaleza y estructura de la operación: en los aumentos de capital «gratuitos», lo que se produce es una simple reorganización de masas patrimoniales, al imputarse a capital unos recursos que pertenecen a los socios y que han sido reinvertidos de forma estable y duradera en la sociedad, siendo así que la participación de cada uno de ellos en el capital social se mantiene inalterada⁵³. Por eso, no atribuir un voto privilegiado a las nuevas acciones supondría privar a los antiguos accionistas de un poder de voto ya adquirido⁵⁴.

Por el contrario, en los *aumentos de capital con cargo a nuevas aportaciones*, el mantenimiento de la participación exige a los socios realizar una ulterior inversión, por lo que la solución no puede ser otra que la no extensión del privilegio de voto a las acciones emitidas con carácter automático⁵⁵. Éstas deberán inscribirse de nuevo en el registro especial y mantenerse durante el plazo mínimo de veinticuatro meses para obtenerlo. Así se ha previsto en la Ley, que, no obstante, admite que los estatutos puedan derogar esta regla, con el objetivo de incentivar la suscripción del aumento (art. 127 quinquies.4 *TUF*, *in fine*). Ahora bien, si finalmente se opta por ampliar el voto privilegiado a las nuevas acciones —como han hecho, hasta la fecha, todas las sociedades emisoras de *loyalty shares*⁵⁶— se ha

⁵² Como señala GUIZZI, G.: ob. cit., pág. 159, en una fusión por absorción en la que el objetivo de los socios de la absorbente es hacerse con el control de la absorbida, es lógico que se pacte la no extensión del voto privilegiado a los socios de esta última a cambio de una mayor contraprestación, porque, de lo contrario, podría no alcanzarse dicho objetivo, frustrándose el éxito de la operación.

⁵³ *Ibidem*, pág. 158.

⁵⁴ MARCHISIO, E.: ob. cit., págs. 100 y 101. En este sentido resulta significativo que todas las sociedades que han introducido *loyalty shares* reconozcan en sus estatutos la extensión del voto privilegiado a las acciones emitidas con ocasión de un aumento de capital con cargo a reservas. Así, *Campari* (art. 6.13 Est.), *Astaldi* (art. 12.10 Est.), *Amplifon* [art. 13.4(ii) Est.] y *Maire Tecnimont* [art. 6 bis.4(i) Est.].

⁵⁵ MARCHISIO, E.: *loc. ult. cit.*

⁵⁶ *Campari* (art. 6.13 Est.), *Astaldi* (art. 12.10 Est.), *Amplifon* [art. 13.4(iv) Est.] y *Maire Tecnimont* [art. 6 bis.4(iii) Est.].

entendido que el privilegio debería extenderse tan sólo a las acciones adquiridas en ejercicio del propio derecho de suscripción preferente, de forma que el socio «leal» pueda conservar su poder de decisión, pero no aumentarlo⁵⁷.

iii) El voto privilegiado asociado a las «acciones de fidelidad» *se pierde*, en fin, por la *cesión* de las mismas a título oneroso o gratuito, o por *renuncia* del titular. Este último supuesto no suscita ninguna cuestión particular: siempre que así se prevea en los estatutos, el accionista podrá renunciar total o parcialmente al aumento del número de votos, lo que comportará la cancelación de su inscripción en el registro. La Ley precisa que la renuncia tendrá carácter «ir revocable» (art. 127 quinquies.1 TUF), de forma que, si desea beneficiarse nuevamente del voto privilegiado, el accionista renunciante deberá volver a solicitar la inscripción de sus acciones en el registro especial y el plazo de veinticuatro meses comenzará a computarse *ex novo*⁵⁸.

Como veremos enseguida (*infra* 3), en las sociedades cotizadas en las que se hayan emitido *loyalty shares* o acciones de voto múltiple, la participación relevante a efectos de opa obligatoria o de comunicación a la *Consob* no se computa sobre el capital social, sino sobre el número total de votos disponibles. Por tanto, es previsible que la renuncia al voto privilegiado se dirija, la mayor parte de las veces, a evitar estas obligaciones⁵⁹.

Más difícil resulta precisar cuándo se pierde el privilegio de voto como consecuencia de una «cesión» onerosa o gratuita de las acciones (art. 127 quinquies.3 TUF⁶⁰). Este concepto comprende, desde luego, todos aquellos negocios que comporten una transmisión de la titularidad de la participación, por lo que, junto a la compraventa y la donación, deben entenderse incluidos la permuta y la aportación de los títulos a otra sociedad⁶¹. Además, la propia Ley equipara la transmisión de las acciones beneficiadas por el voto múltiple a la transmisión, directa o indirecta, de una participación de control en la sociedad titular de esas acciones⁶².

⁵⁷ Cfr., nuevamente, MARCHISIO, E.: ob. cit., pág. 102.

⁵⁸ Por tanto, los efectos de la renuncia no podrían circunscribirse a una única asamblea (cfr. ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 511). *Contra* LA MARCA, E.: «Azioni(sti) con voto maggiorato: primi spunti», *I Battelli del Reno*, 26 de noviembre de 2014, pág. 7 (disponible en: <http://www.ibattelli-delreno.it>).

⁵⁹ MARCHISIO, E.: ob. cit., págs. 107 y 108 y ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 511.

⁶⁰ «La cessione dell'azione a titolo oneroso o gratuito [...] comporta la perdita della maggioranza del voto».

⁶¹ ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 506.

⁶² Dice, en concreto, la norma: «la cessione diretta o indiretta di partecipazioni di controllo in società o enti che detengono azioni a voto maggiorato in misura superiore alla soglia prevista dall'articolo 120, comma 2, comporta la perdita della maggioranza del voto» (art. 127 quinquies.3 TUF). A su vez, el artículo 120 TUF regula las obligaciones de comunicación de participaciones relevantes, entendiendo por tales las que superen el 2 por 100 del capital social, o el 5 por 100 si se trata de una pequeña o mediana empresa. Por tanto, el privilegio de voto solamente se

De esta manera, el requisito del mantenimiento ininterrumpido de los títulos, a los efectos de obtener y conservar el voto privilegiado, se halla referido, en última instancia, al sujeto que se encuentra en el vértice de la cadena de control y no sólo al titular formal de la participación⁶³.

Con ello trata de impedirse una cesión indirecta del privilegio asociado a las *loyalty shares*. Imagínese que A tiene intención de vender el 2 por 100 de las acciones de la sociedad cotizada C, una vez que éstas hayan obtenido un derecho de voto doble y sin perder ese privilegio. Para ello, le bastaría con adquirir las acciones a través de una sociedad B, íntegramente participada, y ceder después el control sobre B. Para evitarlo, la Ley hace que el voto privilegiado desaparezca también con la transmisión de las acciones de la sociedad interpuesta (B).

Ahora bien, cabe preguntarse si el privilegio de voto se pierde asimismo en otros supuestos que, sin constituir «cesiones» en sentido estricto, pueden implicar igualmente un cambio en el titular del derecho de voto. Así sucede, por ejemplo, con la *constitución de un usufructo o de un derecho de prenda* sobre las acciones, que puede dar lugar a un desplazamiento en la titularidad del voto, sin que se produzca un cambio en la propiedad de los títulos (cfr. art. 2352 C. c.⁶⁴). Si se atiende a la *ratio* de la norma, que no es otra que incentivar el ejercicio del voto por parte de los accionistas estables, habrá que concluir, con la doctrina mayoritaria, que la mera transmisión del derecho de voto, aunque no lleve aparejada un cambio en la titularidad de la acción, determina la desaparición del privilegio⁶⁵. Por tanto, si el derecho de voto se atribuye al usufructuario o al acreedor pignoraticio, las *loyalty shares* —que, en manos del nudo propietario o del accionista pignorante conservarían el voto privilegiado— pasarán a funcionar como simples acciones ordinarias⁶⁶.

pierde si se transmite el control de una sociedad que posea *loyalty shares* en una medida superior a estos porcentajes, porque, al no existir una obligación de comunicación por debajo de los mismos, no sería posible identificar cesiones indirectas de participaciones inferiores (cfr. ASSONIME: *Circolare*, cit., pág. 509).

⁶³ MARCHISIO, E.: ob. cit., pág. 104.

⁶⁴ En Derecho italiano, al contrario de lo que sucede en Derecho español (cfr. arts. 127.1 y 132 LSC), la regla es que el derecho de voto corresponde al usufructuario y al acreedor pignoraticio, salvo disposición contraria en los estatutos.

⁶⁵ MARCHISIO, E.: ob. cit., pág. 107; ASSONIME: *Circolare*, cit., págs. 506 y 507; ABRIANI, N. y BARCELLONA, E.: *Osservazioni al documento di consultazione della Consob recante «Proposte di modifica al regolamento emittenti in materia di voto plurimo»*, Turín-Florencia, 26 de noviembre de 2014, pág. 8 (disponible en: <http://www.consob.it>); POLLASTRO, I.: ob. cit., pág. 65; ANNUNZIATA, F. y GIOMBINI, A.: «La disciplina del voto plurimo introdotta dal Decreto Competitività. Pegno, usufrutto e sequestro di azioni (a voto plurimo)», *Diritto bancario. Approfondimenti*, noviembre 2014, pág. 5 (disponible en: <http://www.diritto bancario.it>).

⁶⁶ Y, si aún no habían madurado el privilegio, el plazo se entenderá interrumpido, por lo que será necesaria una nueva inscripción en el registro especial —por parte, incluso, del usufructuario o acreedor pignoraticio— y el transcurso de otros veinticuatro meses para conseguirlo. Ésta ha sido la solución adoptada por casi todas las sociedades: *Campari* [arg. ex art. 6.3, letra a), Est., que no

4. El impacto de las *loyalty shares* en el funcionamiento de la sociedad

En contraste con su silencio en materia de acciones de voto plural (*supra* II.3), el «Decreto competitività» ha tipificado los efectos de las «acciones de fidelidad» sobre los quórum constitutivos y deliberativos de la asamblea, señalando, en ambos casos, que el cálculo deberá realizarse teniendo en cuenta *el número total de votos y no el capital social*, a no ser que los estatutos establezcan otra cosa (art. 127 quinquies.8 *TUF*). Todo lo contrario sucede con los «derechos de minoría», cuyo ejercicio se atribuye a los titulares de determinadas cuotas de *capital social*, con independencia del porcentaje de votos que represente su participación, con la finalidad de proporcionar una mejor tutela a los accionistas minoritarios⁶⁷.

IV. PROBLEMAS COMUNES A AMBOS TIPOS DE ACCIONES

La emisión de *loyalty shares* incide, por último, en el funcionamiento del mercado de valores, planteando algunos problemas interpretativos adicionales, que son comunes a las acciones de voto plural⁶⁸. En concreto, la atribución a los accionistas de un derecho de voto desproporcionado en relación con su participación en el capital social puede afectar (i) a las obligaciones de información sobre participaciones significativas en una sociedad cotizada y (ii) a la regulación de las ofertas públicas de adquisición.

i) El artículo 120 del *Testo Unico della Finanza* establece la obligación de todo partícipe en una sociedad cotizada italiana de comunicar a la *Consob* y a la propia entidad participada la adquisición o transmisión de acciones por un valor superior al dos por ciento del capital social (o el cinco por ciento, si se trata de una pequeña o mediana empresa), así como el alcance, superación o reducción de determinadas cuotas de participación (cfr., en un sentido análogo, el art. 125 de nuestro TRLMV)⁶⁹. La reforma de 2014 ha modificado esta norma para aclarar que, «en las sociedades cuyos estatutos consientan la ampliación del derecho de voto o hayan previsto la emisión de acciones de voto plural, por capital se entenderá el número total de derechos de voto» (art. 120.1, segundo inciso, *TUF*), de

atribuye el privilegio al accionista que cumpla con los requisitos estatutarios, sino al «titular del derecho de voto» que lo haga], *Amplifon* (art. 13.3 Est.) y *Maire Tecnimont* (art. 6 bis.7 Est.). La única excepción es *Astaldi*, que no ha introducido ninguna norma al respecto en sus estatutos.

⁶⁷ V. *supra*, en la nota 38, un apunte sobre la contradicción valorativa que implica esta decisión de no tener en cuenta el número de votos para el ejercicio de los derechos de minoría, pero sí para el cálculo del quórum constitutivo.

⁶⁸ Como sabemos, las sociedades cotizadas, salvo casos excepcionales, no pueden emitir acciones de voto plural, pero sí pueden conservar las que hubieran emitido con anterioridad a su salida a bolsa (*supra* II).

⁶⁹ Estas cuotas se especifican en el *Regolamento emittenti* (art. 117.1): 5%, 10%, 20%, 25%, 30%, 50%, 66,6%, 90% y 95% (cfr. el art. 23.1 del RD 1362/2007, de 19 de octubre).

manera que la participación relevante a efectos de notificación deberá computarse como porcentaje de votos y no como porcentaje de capital.

En la medida en que la finalidad de la norma es dar a conocer el poder de decisión real de los accionistas mayoritarios, la solución es correcta. Pero presenta un inconveniente, y es que, al calcularse de este modo, la participación de cada socio estará sometida a constantes oscilaciones, dado que el número total de votos variará cada vez que se produzca una transmisión de acciones privilegiadas, un accionista renuncie al voto aumentado u otro obtenga este privilegio. Ello hace necesario fijar un marco de referencia temporal para establecer el número de votos existente en cada momento y determinar hasta qué punto cabe exigirle a un accionista el cumplimiento de la obligación de notificar las alteraciones en su participación, cuando éstas no sean consecuencia de un comportamiento propio, sino de decisiones ajenas.

Por ilustrar esto último: imagínese una sociedad cuyo capital social está dividido en 100 acciones, de las cuales 25 tienen la consideración de *loyalty shares* y confieren dos votos cada una, de forma que el número total de votos asciende a 125 (75 correspondientes a las acciones ordinarias y 50 a las *loyalty shares*). El accionista A es titular de dos acciones ordinarias (que representan el 1,6 por 100 de los votos), mientras que el accionista B es titular de las 25 acciones privilegiadas (que representan el 40 por 100 de los votos). Si, en estas circunstancias, el accionista B decidiese vender todas sus acciones, el número total de votos descendería a 100 (puesto que las acciones vendidas perderían el voto privilegiado), por lo que el accionista A pasaría a ser titular del 2 por 100 de los votos y estaría obligado a comunicar la variación en su participación, a pesar de que esa variación habría sido provocada por la decisión de B.

Como ya hemos dicho, las sociedades cotizadas que emitan *loyalty shares* —y aquéllas que conserven o emitan acciones de voto plural— están obligadas a notificar a la *Consob* y a publicar en su página *web* el número total de derechos de voto que atribuya el conjunto de acciones en que se divida el capital social, en el plazo de cinco días de mercado abierto, al final de cada mes en el que ese número haya experimentado un aumento o reducción y, en todo caso, al día siguiente al de la *record date* de la asamblea [*supra* III.3, *sub i*]. Pues bien, sobre la base de esta información, los accionistas deberán notificar cualquier alteración relevante que se haya producido en su participación como consecuencia de la variación del número total de votos —y no de una decisión propia—, dentro de los cinco días de negociación siguientes a la comunicación realizada por la sociedad (art. 121.1 bis *RE*). Pero, para no gravar en exceso a aquellos accionistas que operan continuamente en el mercado —sobre todo inversores institucionales—, *se exceptúa la obligación de notificar los aumentos o reducciones en la participación que no superen el umbral del dos por ciento de los derechos de voto* (o el cinco por ciento, en el caso de una pequeña o mediana empresa) (art. 117.2 *RE*).

Por el contrario, todas aquellas variaciones que deriven de una adquisición o venta de acciones o de una renuncia al privilegio de voto por parte del titular deberán comunicarse sin excepción, en el mismo momento en el que se produzcan y, en todo caso, dentro de los cinco días siguientes, tomando como referencia el número total de votos que se desprenda de la última comunicación realizada por la sociedad (art. 121.1 *RE*).

ii) La reforma ha operado también sobre la disciplina de las ofertas públicas de adquisición para adaptarla a la presencia de acciones con voto privilegiado. En este sentido, se han redefinido los presupuestos que desencadenan la obligación de lanzar una opa, obligación que se impone ahora a quien «como consecuencia de adquisiciones o aumentos en los derechos de voto, alcance una participación superior al treinta por ciento o disponga de derechos de voto en medida superior al treinta por ciento de los mismos» (art. 106.1 *TUF*, equivalente a los artículos 128 y 131 *TRLMV*). En una primera lectura podría parecer que la norma subordina la obligación de opa a la concurrencia de dos presupuestos distintos y alternativos: alcanzar una participación del treinta por ciento del capital social o disponer de más del treinta por ciento de los votos. Sin embargo, la propia *Consob* ha aclarado que la participación significativa a estos efectos debe calcularse teniendo en cuenta el número total de votos comunicado por la sociedad y no el capital social (art. 44 bis.1 *RE*⁷⁰). Por tanto, el único criterio relevante es la disponibilidad de más del treinta por ciento de los derechos de voto, con independencia de que ésta derive de una participación superior o inferior al treinta por ciento del capital social⁷¹.

Así, en una sociedad como la del ejemplo anterior, con un capital social dividido en 100 acciones, de las que 25 tienen la consideración de *loyalty shares* y atribuyen un derecho de voto doble, un accionista que adquiriese 31 acciones ordinarias no estaría obligado a lanzar una opa, a pesar de haber alcanzado una participación superior al 30 por 100 del capital social, ya que únicamente dispondría del 24,8 por 100 de los votos. No obstante, otro accionista que pasara a ser titular de 20 «acciones de fidelidad» sí tendría la obligación de lanzar una opa, aunque su participación sólo alcanzase el 20 por 100 del capital social, puesto que tendría a su disposición el 32 por 100 de los votos.

Esta opción es coherente con la adoptada en materia de comunicación de participaciones significativas [*supra sub i*)], pero presenta los mismos problemas.

⁷⁰ «Nelle società i cui statuti consentono la maggioranza del diritto di voto o hanno previsto l'emissione di azioni a voto plurimo, la partecipazione rilevante [a efectos de opa] è calcolata tenendo conto del numero dei diritti di voto, esercitabili nelle deliberazioni assembleari riguardanti la nomina o la revoca degli amministratori o del consiglio di sorveglianza, in rapporto al numero complessivo dei diritti di voto comunicati dall'emittente.»

⁷¹ A idéntica solución habría de llegarse en España, a la vista de que el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, define la participación relevante a efectos de opa con referencia al «porcentaje de votos» (cfr. art. 4).

En particular, el hecho de que la participación se calcule sobre el número total de votos puede hacer que un accionista se vea obligado a lanzar una opa como consecuencia de una variación en los derechos de voto experimentada por otro accionista⁷². Por eso, y a fin de conciliar la necesidad de no gravar en exceso conductas totalmente involuntarias con la protección de la minoría ante una consolidación del control, el legislador italiano ha previsto una excepción a la obligación de presentar una opa «cuando la superación del porcentaje venga determinada por una reducción del número total de votos» [art. 49.1, letra *d*) bis, *RE*]. Con todo, la excepción no se aplica en aquellos supuestos en los que la participación del sujeto afectado supere, de todos modos, el treinta por ciento del capital social [art. 49.1, letra *d*) bis, *RE*, *in fine*].

Como consecuencia de esta última salvedad, la excepción a la obligación de lanzar una opa sólo puede tener lugar cuando se hubieran emitido acciones sin voto. Imagínese una sociedad con un capital dividido en 100 acciones, de las cuales, la mitad carece de derecho de voto, 25 son *loyalty shares* y las otras 25 son acciones ordinarias, con lo que el número total de votos asciende a 75. El accionista A es titular de 21 acciones ordinarias, que representan un 28 por 100 de los votos. Si las «acciones de fidelidad» perdiesen el privilegio —por cesión o por renuncia del titular—, A pasaría a disponer del 42 por 100 de los votos (21 sobre 50), pero no estaría obligado a lanzar una opa, porque su participación no excede del 30 por 100 del capital social.

Ahora considérese otra sociedad con un capital dividido en 100 acciones, 40 de carácter ordinario y 60 de carácter privilegiado, de modo que, entre todas, suman 160 votos. El accionista A es titular de las 40 acciones ordinarias, que representan el 25 por 100 del número total de votos. En el supuesto de que las *loyalty shares* perdiesen el privilegio, A se convertiría en titular del 40 por 100 de los derechos de votos y sí tendría obligación de presentar una opa, dado que, este caso, su participación sobrepasa el 30 por 100 del capital social.

Finalmente, el «*Decreto competitività*» ha modificado la regla de neutralización («*breakthrough rule*») regulada en el artículo 104 del *Testo Unico della Finanza*, ampliando su ámbito de aplicación a las acciones de voto plural y a las «acciones de fidelidad». Así pues, en el caso de que, tras una oferta pública de adquisición, el adquirente alcanzase al menos el setenta y cinco por ciento del capital con derecho de voto en los acuerdos de nombramiento y destitución de los administradores o de los miembros del Consejo de vigilancia, las *loyalty shares* y las acciones de voto plural atribuirán un único derecho de voto en la primera asamblea convocada con posterioridad al cierre de la oferta que tenga por objeto revocar o nombrar a los administradores o a los miembros del Consejo de vigilancia (art. 104 bis.3 *TUF*).

⁷² V. *mutatis mutandis* el ejemplo de la pág. 25.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. Obras citadas

- AA.VV.: «Voto maggiorato, voto plurimo e modifiche dell'OPA», *Giur. comm.*, 2015, I, págs. 211 a 253.
- ABBADESSA, P.: «Le azioni a voto plurimo. Profili di disciplina», en Di Cataldo (*et al.*) (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015.
- ABRIANI, N.: «Le azioni e gli altri strumenti finanziari», en Abriani (*et al.*), *La società per azioni*, en Cottino (Dir.), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Padua, 2010.
- ABRIANI, N.: «Azioni a voto plurimo e maggiorazione del diritto di voto degli azionisti fedeli: nuovi scenari e inediti problemi interpretativi», *Giustiziacivile.com*, 24 de septiembre de 2014.
- ABRIANI, N. y BARCELLONA, E.: *Osservazioni al documento di consultazione della Consob recante «Proposte di modifica al regolamento emittenti in materia di voto plurimo»*, Turín-Florencia, 26 de noviembre de 2014 (disponible en: <http://www.consob.it>).
- ALVARO, S., CIAVARELLA, A., D'ERAMO, D. y LINCiano, N.: «La deviazione dal principio un'azione un voto e le azioni a voto múltiplo», *Quaderni giuridici Consob*, núm. 5, enero de 2014 (disponible en <http://www.consob.it> y publicado también en *Riv. Soc.*, 2014, págs. 479 a 551, por donde se cita).
- ANGELICI, C.: en LIBERTINI-ANGELICI: «Un dialogo su voto plurimo e diritto di recesso», *Riv. dir. comm.*, 2015, págs. 1 a 37.
- ANNUNZIATA, F. y GIOMBINI, A.: «La disciplina del voto plurimo introdotta dal Decreto Competitività. Pegno, usufrutto e sequestro di azioni (a voto plurimo)», *Diritto bancario. Approfondimenti*, noviembre 2014 (disponible en: <http://www.dirittobancario.it>).
- BIONE, M.: «Il voto multiplo: digressioni sul tema», *Giur. comm.*, 2011, I, págs. 663 a 684.
- BUKKART, M. y LEE, S.: «One Share – One Vote: The Theory», *ECGI-Finance Working Paper No. 176/2007* (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=987486>).

- BUSANI, A. y SAGLIOCCA, M.: «Le azioni non si contano, ma si “pesano”: superato il principio *one share one vote* con l'introduzione delle azioni a voto plurimo e a voto maggiorato», *Società*, núm. 10, 2014, págs. 1048 a 1060.
- CARIELLO, V.: *Un formidabile strumento di dominio economico*, Giuffrè, Milano, 2015 (una versión anterior está publicada en *Quaderni Fiorentini*, núm. 44, 2015, págs. 486 a 587).
- «Azioni a voto potenziato «voti plurimi senza azioni» e tutela dei soci estranei al controllo», *Riv. soc.*, 2015, págs. 164 a 203.
- CONAC, P. H.: «Obligation pour les sociétés cotées d'instaurer des droits de vote double sauf vote contraire», *Rev. des. soc.*, núm. 4, abril de 2014, págs. 269 a 270.
- ENRIQUES, L.: «Milleproroghe, l'ultimo tentativo di salvare il potere dei “salotti buoni”», *Il Fatto Quotidiano*, viernes 26 de diciembre de 2014.
- FRÈ, G.: «Le azioni a voto plurimo» (3.^a parte), *Riv. dir. comm.*, 1926, I, págs. 489 a 513.
- GANDÍA, E.: «Acciones de voto plural y *loyalty shares*. Reflexiones en torno al principio de proporcionalidad a propósito de la reciente introducción del voto privilegiado en Italia», *RDM*, núm. 300, 2016 (en prensa).
- GIAMPAOLINO, C. F.: «Azioni a voto maggiorato e a voto plurimo», *Giur. comm.*, 2015, I, págs. 779 a 807.
- GILSON, R. J.: «Evaluating Dual Class Common Stock: The Relevance of Substitutes», *Va. L. Rev.*, 73(5), 1897, págs. 807 a 844.
- GUIZZI, G.: «La maggiorazione del diritto di voto nelle società quotate: qualche riflessione sistematica», *Corr. giur.*, 2015, núm. 2, págs. 153 a 167.
- LA MARCA, E.: «Azioni(sti) con voto maggiorato: primi spunti», *I Battelli del Reno*, 26 de noviembre de 2014 (disponible en: <http://www.ibattellidelreno.it>).
- LIBERTINI, M.: en Libertini-Angelici, «Un dialogo su voto plurimo e diritto di recesso», *Riv. dir. comm.*, 2015, págs. 1 a 37.
- MARCHETTI, P.: «Osservazioni e materiali sul voto maggiorato», *Riv. soc.*, 2015, 448 a 475.

MARCHISIO, E.: «La “maggiorazione del voto” (art. 127 *quinquies* TUF): *récompense* al socio “stabile” o *trucage* del socio di controllo?», *Banca e borsa*, 2015, págs. 78 a 117.

MASSELLA DUCCI TERI, B.: «Il decreto competitività: prime riflessioni sul voto plurimo e *loyalty shares* all’italiana», *Riv. dir. comm.*, 2014, II, págs. 465 a 491.

POLLASTRO, I.: «Voto plurimo e voto maggiorato: prime considerazioni su ricadute e prospettive», *Nuovo dir. soc.*, 2015, págs. 43 a 67.

RECALDE, A.: *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Civitas, Madrid, 1996.

SAGLIOCCA, M.: «Il definitivo tramonto del principio “una azione, un voto”: tra azioni a voto múltiplo e maggiorazione del voto», *Riv. not.*, 2015, I, págs. 921 a 950.

TAMBURINI, F.: «Stato & Mercato. Riforma [a sorpresa] per le privatizzazioni», *Corriere della Sera*, lunes, 15 de septiembre de 2014.

TORCK, S.: «L’attribution automatique du droit de vote double», *Droit des soc.*, núm. 7, julio de 2014, dossier 7.

VENTORUZZO, M.: «The Disappearing Taboo of Multiple Voting Shares: Regulatory Responses to the Migration of Chrysler-Fiat», *ECGI — Law Working Paper No. 288/2015* (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2574236>).

ZINGALES, L.: «Quel voto plurimo così opaco», *Il Sole 24 ore*, sábado 1 de agosto de 2014.

2. Documentos citados

AMPLIFON S. P. A.: *Statuto*, texto actualizado a octubre de 2015 (disponible en: <http://www.amplifon.com>).

ASSOCIAZIONE FRA LE SOCIETÀ ITALIANE PER AZIONI (ASSONIME): «Le azioni a voto plurimo e a voto maggiorato», *Circolare n. 10/2015* (publicada en *Riv. soc.*, 2015, págs. 476 a 533).

ASTALDI S. P. A.: *Statuto*, texto actualizado a enero de 2015 (disponible en: <http://www.astaldi.com>).

ASTALDI S. P. A.: *Regolamento per il voto maggiorato*, texto actualizado a enero de 2015 (disponible en: <http://www.astaldi.com>).

CONSOB: *Documento di consultazione. Proposte di modifica al Regolamento emittenti in materia di voto plurimo*, 5 de noviembre de 2014 (disponible en: www.consob.it).

DAVIDE CAMPARI-MILANO S. P. A.: *Statuto*, texto actualizado a enero de 2015 (disponible en: <http://www.camparigroup.com>).

— *Regolamento dell'elenco speciale per la legittimazione al beneficio del voto doppio*, texto actualizado a enero de 2015 (disponible en: <http://www.camparigroup.com/>).

INSTITUTIONAL SHAREHOLDER SERVICES (ISS), EUROPEAN CORPORATE GOVERNANCE INSTITUTE y SHERMAN & STERLING, LLP: *Report on the Proportionality Principle in the European Union*, 2007 (disponible en: <http://ec.europa.eu>).

MAIRE TECNIMONT, S. P. A.: *Statuto*, texto actualizado a febrero de 2015 (disponible en: <http://www.mairetecnimont.com>).

— *Modalità operative per l'iscrizione nell'elenco degli azionisti che intendono usufruire della maggiorazione del voto* (disponible en: <http://www.mairetecnimont.com>).

(Trabajo recibido el 05/05/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)

PRÁCTICA JURÍDICA

DOCTRINA RECIENTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN MATERIA SOCIETARIA Y CONCURSAL

RICARDO CABANAS TREJO

Doctor en Derecho

Notario

RESUMEN

Breve examen de algunas de las resoluciones más relevantes en materia societaria y de concurso de acreedores durante el año 2015. En especial a propósito de los actos esenciales, órgano de administración, derechos de los socios y modificaciones estructurales. Incluye también una reflexión más general sobre el alcance del control que corresponde al Registro Mercantil.

Palabras clave: *Registro Mercantil, concurso de acreedores.*

RECENT PHILOSOPHY OF THE DIRECTORATE- GENERAL FOR PUBLIC REGISTRIES AND NOTARIES PUBLIC WITH RESPECT TO CORPORATE LAW AND BANKRUPTCY MATTERS

RICARDO CABANAS TREJO

Doctor of Laws

Notary public

ABSTRACT

Short exam of the most recent decisions about Company Law and Bankruptcy issued during the year 2015. Devoted especial attention to the problems related to essential assets, directors, shareholders rights and mergers, including a reflection about the scope of the control by the Commercial Register.

Keywords: Commercial Register, bankruptcy.

RICARDO CABANAS TREJO

SUMARIO: I. DOCTRINA RECIENTE EN MATERIA SOCIETARIA.—II. DOCTRINA RECIENTE EN MATERIA CONCURSAL.

I. DOCTRINA RECIENTE EN MATERIA SOCIETARIA

Procede el acotamiento previo material y temporal del estudio, pues se cuentan por decenas las Resoluciones que cada año dicta la DGRN en materia societaria. El primer criterio delimitador ha de ser el tiempo, sólo las Resoluciones del último año 2015, y las pocas que llevamos del 2016, que además coinciden con un cambio en la persona del director general, relevo que siempre ofrece el reto —morboso— de rastrear posibles cambios de criterio, como claramente se produjeron en su momento con el anterior director general.

Respecto del contenido se distribuyen las seleccionadas en varios grupos. Sólo se abordan cuestiones relacionadas con la competencia de la junta general —JG— y los activos esenciales, diversos temas sobre el órgano de administración, otros a propósito del estatuto del socio, el régimen del capital social, los procesos de fusión/escisión y un colofón final para tratar asuntos «varios». Terminaré la parte societaria con una reflexión más general sobre el alcance de la calificación del registrador mercantil. En la selección y tratamiento de los temas se ha dado prioridad a la reforma de la ley 31/2014, de 3 de diciembre. Para concluir aludiré muy brevemente a algunas Resoluciones recientes en el ámbito del concurso.

Empezando por el tema de los activos esenciales, una de las novedades más destacadas de la reforma del gobierno corporativo fue el reconocimiento de la competencia de la JG de cualquier sociedad de capital para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, con una presunción en el caso de superar el 25 por 100 del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado. Advertí entonces que íbamos a topar con problemas en los Registros, sobre todo de la Propiedad, al menos hasta que se generalizara —y aceptara— algún tipo de declaración ritual sobre la ausencia de ese carácter. Sin excluir que el problema ya surgiera antes en la Notaría, a la vista de alguna opi-

nión partidaria de recabar información contable para verificar, en el momento de la firma de la escritura, si era aplicable la presunción.

Hasta ahora una docena larga de Resoluciones jalonan la confirmación de esa sospecha. Normalmente porque ninguna declaración se hizo al respecto en la escritura, otras por no aceptar el registrador la declaración de un simple apoderado, y en ocasiones porque aparece una posible evidencia en sentido contrario a la manifestación, algunos registradores han querido aplicar la norma en las circunstancias más variadas, no sólo una compraventa por precio elevado. Unas veces ha sido una dación en pago, otras la constitución de una hipoteca, una venta por precio irrisorio, incluso la constitución de una sociedad con un capital ínfimo, con el argumento de que el dinero también constituye un activo esencial.

Vaya por delante que no le corresponde a la DGRN resolver sobre la eficacia última en la esfera externa de esta atribución de competencia a la JG, tarea encomendada a los tribunales, pero sí determinar cómo deben comportarse los funcionarios públicos subordinados a ella. La regla que sienta el Centro Directivo es que el carácter esencial del activo escapa a la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios, y no debe recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto y el carácter del activo. Cuestión distinta es que la DGRN considere muy conveniente la manifestación en la escritura, pero la misma no es exigible para inscribir el negocio.

Pero la DGRN desliza una afirmación muy relevante, pues tampoco considera exigible esa intervención de la JG en casos en que sea aplicable la presunción legal derivada del importe de dicha operación. Entiéndase, sólo por razón de la presunción, es decir, cuando no sea notorio el carácter esencial del activo, pero sí la aplicación de aquélla, y sólo por razón del comportamiento exigible a estos funcionarios, sin entrar en los efectos de la presunción en el ámbito interno, incluso en el externo si el tercero fuera conocedor de ella, pero esto corresponde al juez.

Sin embargo, como es habitual en la doctrina de la DGRN, salva finalmente la ilusión de la competencia plena del registrador al admitir hipotéticamente que en ocasiones quizá disponga de información suficiente para apreciar ese carácter. El problema está en el alcance de esta reserva, pues la primera Resolución de la serie (11 de junio de 2015) no coincide exactamente con las posteriores. A todas éstas se ha añadido un párrafo final, a modo de resumen de doctrina, que admite el control cuando la contravención resulte *«por aplicación de la presunción legal»*, y esto a pesar de haber declarado pocos párrafos antes —igual que en la primera Resolución— que esta presunción no exige necesariamente la intervención de la JG, es decir, después de haber declarado justo lo contrario.

Ya veremos en el futuro qué juego ofrece el estrambote, aunque debo admitir que, en uno de los supuestos más delicados hasta ahora planteados, la DGRN ha

resuelto en el sentido más conforme con la primera declaración y no con el pretendido resumen. Se trata de una de las últimas Resoluciones (14 de diciembre de 2015) donde uno de los administradores solidarios vende la finca y declara que no es activo esencial ni se aplica la presunción. Vigente el asiento de presentación, el otro administrador presenta en el Registro de la Propiedad dos actas notariales declarando todo lo contrario. Para la DGRN no hay elementos que permitan calificar el activo como esencial y revoca la nota del registrador de la Propiedad.

El otro problema es el de la relevancia externa de las competencias estatutarias de la JG en asuntos de gestión. En la Resolución de 17 de septiembre de 2015 se plantea el tema a propósito de la inscripción de una cláusula de los estatutos que exigía la autorización de la JG para constituir garantías reales a favor de otras personas. La DGRN insiste en su doctrina tradicional de admitir la inscripción sólo cuando se precise en los estatutos el carácter interno de la exigencia. Personalmente no veo la necesidad de hacerlo, pues se trata de un efecto natural, inalterable por razón del asiento, pero resulta obligado desde el momento en que la DGRN también sostiene como doctrina que son posibles excepciones, es decir, supuestos en los que se podría configurar como una limitación con relevancia externa, y en tal sentido se ha de inscribir sin la restricción estatutaria, se supone con el consiguiente efecto de cognoscibilidad legal de los asientos (es la famosa Resolución del caso «Solán de Cabras», Resolución de 25 de abril de 1997).

El cruce de ambas doctrinas puede llevar a que algún día nos encontremos con unos estatutos que no recojan esa limitación expresa de eficacia, pero se hayan redactado de forma algo más sibilina, como definición o concreción de los activos esenciales sujetos a la competencia de la JG, quizá rebajando el umbral de la presunción, ¿será entonces una intervención de la JG en asuntos de gestión?, ¿o una competencia propia de la JG por mandato estatutario inscrito y como tal oponible en ausencia de salvedad expresa? Si el caso llega a darse será interesante ver cómo resuelve la DGRN, pues si admite la inscripción sin autoconstricción alguna le propinaría —según sus propios postulados— un auténtico mazazo a las facultades representativas de los administradores, pero si la impone entonces es la tesis que sostuvo en el caso «Solán de Cabras» la que podría quedar en entredicho.

Por lo demás, la DGRN ha insistido en la inalterabilidad del régimen legal de representación de los administradores mancomunados, al rechazar la inscripción de unos estatutos que habilitaban la actuación individual para operaciones de cierta cuantía (Resolución de 23 de julio de 2015; este resultado se ha de conseguir por la vía de la representación voluntaria mediante un poder recíproco solidario). También ha reiterado que una sociedad mercantil puede realizar un acto de disposición a título gratuito, aunque las cautelas que formula por razón del objeto social y la protección del capital social (insisto en las segundas, pues afectan a la JG) dejan claro que es una situación que —como regla— el registrador también puede controlar (Resolución de 20 de enero de 2015).

Si pasamos a las cuestiones relacionadas con el órgano de administración, en algunos puntos la DGRN desarrolla, matiza y hasta rectifica su doctrina anterior. Así, a propósito de la inscripción de la renuncia, la Resolución de 6 de marzo de 2015 reitera en un supuesto ciertamente curioso el criterio que aplica desde mediados de los años noventa de conformarse con la convocatoria formal de una JG. En el caso se trataba de una JG convocada con otro objeto, a la que asiste el 100 por 100 del capital social. El administrador renuncia, pero los socios rechazan nombrar un nuevo administrador por no estar en el orden del día y también evitan constituirse en JG universal para hacerlo. Para la DGRN, el administrador ha cumplido con presentar la renuncia en la misma asamblea y es responsabilidad de los socios superar la situación de acefalia. En esta misma línea facilitadora la Resolución de 30 de julio de 2015 rectifica expresamente el criterio que venía aplicando respecto del apoderado y decide no exigir la notificación a la sociedad para inscribir su renuncia.

En el extremo temporal opuesto del inicio del cargo, la Resolución de 14 de septiembre de 2015 hace una aplicación muy precisa de la regla general de que el nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción en el Registro Mercantil —RM— aparece configurada como obligatoria, pero no tiene carácter constitutivo. Siendo así en el terreno de los principios, la práctica revela grandes dificultades para inscribir —sobre todo en el Registro de la Propiedad— algún acto o negocio suscrito por la sociedad cuando actúa por medio de un representante aún no asentado en el RM. Sin embargo, cuando se trata del RM, la exigencia de la previa inscripción tiene mayor sentido por razón de tracto sucesivo (art. 11.3 RRM), pero estrictamente por razón de tracto, y esto no ocurre cuando la falta de inscripción no incide sobre la validez de alguno de los actos generadores del acuerdo final cuya inscripción se pretende. En el caso de esta Resolución el problema estaba en que la JG había sido convocada por un administrador único que fue nombrado en una JG anterior, acuerdo que no accedió al RM, mientras que en éste figuraban todavía inscritos los dos administradores mancomunados que fueron cesados en aquella JG y sustituidos por el administrador único. Por razón de esa falta de inscripción no puede pretenderse que la segunda JG estuviera mal convocada, y mucho menos que la convocatoria correspondiera a los administradores inscritos, pero cesados. Aunque la argumentación que emplea la DGRN me resulta algo excesiva, pues ningún problema se plantea respecto de terceros o por razón de oponibilidad, lo importante es que revoca la nota y reconduce el posible conflicto a las cautelas del artículo 111 RRM.

En relación con la estructura del órgano de administración, la DGRN mantiene su habitual línea de rigidez, con pocas desviaciones del paradigma. En concreto, respecto de la convocatoria de JG por los administradores mancomunados, insiste en la disociación entre la titularidad del poder de representación, que admite la actuación sólo por dos de ellos, y el poder de gestión, que corresponde al

conjunto de los administradores y exige, por eso, la convocatoria conjunta por todos (Resoluciones de 23 de marzo de 2015, de 27 de julio de 2015). Para la misma modalidad orgánica otras Resoluciones confirman la negativa a inscribir una revocación de poder hecha sólo por uno de los administradores mancomunados, pues la posibilidad que en otras ocasiones admite de revocación sólo por uno de ellos está limitada al supuesto muy acotado de apoderamiento conferido individualmente a los mismos administradores (Resoluciones de 16 de septiembre de 2015, de 15 de abril de 2015). Creo que es una interpretación bastante peligrosa para el administrador mancomunado en conflicto con el otro y con el apoderado, pues la gestión de la sociedad queda de hecho en manos de este último, pero la responsabilidad sigue siendo de los administradores, hasta el punto de no tener otra vía de defensa que la renuncia al cargo.

En cambio, la DGRN sí que se ha mostrado más flexible en asuntos que presenta una impronta casi ontológica, pero que despacha con criterio liberal como simples cuestiones formales. En concreto acepta la inscripción de un poder general que incluye la facultad de elevar a público acuerdos de los órganos colegiados, pero, también, las decisiones de los no colegiados, aunque fueran unipersonales (Resolución de 27 de julio de 2015). Pero hay que ser rigurosos en la utilización del poder. Aunque en ocasiones se solapen (el ejemplo del socio único constituido en JG, Resolución de 12 de marzo de 2015), no debemos confundir la mera elevación a público de un acuerdo con el hecho de que la ejecución de un acuerdo se materialice en un determinado acto o negocio, pues en este segundo caso el representante ha de estar en condiciones de celebrarlo por sí mismo. Por ejemplo, si el apoderado de esta Resolución debe firmar una escritura de compraventa, como tal apoderado ha de tener la facultad de vender, pues, en su ausencia, no vale la vía indirecta de hacerlo como elevación a público de la decisión del administrador único de vender. De todos modos, en la práctica puede ser un expediente útil cuando interese dejar constancia fehaciente de esas decisiones, al no haber libro de actas (pensemos en la «sensible» dispensa del deber de lealtad en caso de administradores solidarios o mancomunados).

Pero los temas más interesantes son los relacionados con la Ley 31/2014, en particular la retribución de los administradores. Aparte de las Resoluciones que reiteran la doctrina tradicional de la DGRN sobre la determinación estatutaria del sistema de retribución (Resoluciones de 15 de julio de 2015 y de 21 de enero de 2016) o admiten la fijación de una suma concreta en los estatutos (Resolución de 19 de febrero de 2015), el tema que ha suscitado mayor interés —y polémica— en la práctica es el de la remuneración del consejero ejecutivo. Con criterio que personalmente comparto, entiende la DGRN que es en el contrato entre el consejero delegado y la sociedad donde se detallarán todos los conceptos por los que puede obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, de acuerdo con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la JG, pero esa política de retribuciones detallada no necesariamente debe constar en los estatutos. Tanto es

así que la retribución por el desempeño de estas funciones resultaría compatible con el carácter gratuito del cargo (Resoluciones de 30 de julio de 2015, de 5 de noviembre de 2015). Sin embargo, la sentencia del Juzgado Mercantil de Barcelona número 9, de 27 de noviembre de 2015 (proc. 746/2015), en un supuesto de impugnación judicial directa de una calificación negativa del RM, y para unos estatutos algo distintos, pues expresamente excluían el acuerdo de la JG, parece aplicar en estos casos el principio estricto de la reserva estatutaria, lo que colisiona abiertamente con el criterio de la DGRN. Esperemos a ver cómo evoluciona en el futuro.

En otro orden de cosas, todavía no contamos con una Resolución sobre la práctica seguida en algunos RM de exigir una manifestación —o acreditación— sobre el cumplimiento del requisito de haber celebrado un contrato con el consejero delegado para inscribir su nombramiento. En mi opinión es un asunto intemo, que no afecta a las relaciones con terceros, y cuyo incumplimiento sólo puede perjudicar a la propia sociedad y al consejero afectado (especialmente por razones fiscales), pero no impide la efectividad del nombramiento.

Para terminar con este bloque resulta de gran interés la Resolución de 28 de abril de 2015 sobre inscripción de un poder general con previsión —también— genérica del autocontrato. El notario invoca en su recurso que el artículo 230.2.3.º Ley de Sociedades de Capital se refiere al autocontrato del administrador, no del apoderado, y si el administrador puede contratar directamente con la persona del apoderado también puede salvar el autocontrato del mismo apoderado, pues aquella norma no le afecta. La DGRN insiste en su doctrina tradicional de que el órgano de administración no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio de la JG. Pero resulta algo confusa cuando alude a la confirmación de esta doctrina por la Ley 31/2014, pues después de haber declarado que en la nueva regulación la dispensa deber ser singular para casos concretos, termina admitiendo la posibilidad de una dispensa general para autocontratar concedida al apoderado sólo con la autorización de la JG. Quizá se trate de un simple descuido de la DGRN que no debemos tomar muy en serio, o que la DGRN no traslada al apoderado las exigencias propias de los deberes de los administradores, sino sólo las del autocontrato. De ser así, resultaría muy chocante que el apoderado pudiera disfrutar de una autorización abierta que tiene vedada el mismo administrador que le apodera, y por eso la salvedad no procedería directamente de la competencia orgánica de éste (no puedes dar lo que no tienes), sino de la autorización de la JG que el administrador simplemente canaliza, en la que sería una discutible conexión JG/apoderado, extraña al riguroso reparto competencial que la DGRN siempre ha defendido (Resolución de 4 de febrero de 2011, pero Resolución de 19 de julio de 2011).

Al hilo de esto, también respecto del administrador hay que distinguir las cuestiones relacionadas con el fenómeno representativo del autocontrato, suscep-

tibles de control notarial/registral, de aquellas otras mucho más genéricas relacionadas con el deber de evitar situaciones de conflicto de interés y su posible dispensa. Si el administrador realiza una transacción con la sociedad representada por otro administrador, habrá conflicto, pero no autocontrato, y que el primero haya sido o no objeto de dispensa es una circunstancia que no corresponde controlar al notario o el registrador, aunque pueda afectar a la eficacia del negocio, como evidencia la nueva regulación de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad (art. 232 LSC), pero su control corresponde al juez. De lanzarnos por esta pendiente, notarios y registradores tendríamos que acabar verificando los vínculos personales entre los administradores (si podemos, ¿cómo saber que son pareja «afectuosa»?), y hasta la observancia del deber de abstención del socio afectado en la JG, como escrutadores preventivos de las decisiones de la mesa de la JG. No creo que sean asuntos de nuestra incumbencia, y la solución clásica de incorporar al documento la pertinente declaración de salvaguarda sinceramente ya me parece un poco ridícula.

En relación con el estatuto del socio, la Resolución de 30 de julio de 2015 vuelve a insistir en su tesis conocida de que la expresión «*derechos individuales*» del socio del artículo 292 LSC no se refiere a derechos especiales o privilegiados, pues, al no distinguir la norma, han de incluirse en aquel concepto todos los derechos esenciales que configuran la posición jurídica de socio y que no pueden ser suprimidos o modificados por acuerdo mayoritario de la JG. En el caso se trataba de incorporar a los estatutos sociales una cláusula que permitía el reparto de dividendos o la devolución del capital en la reducción mediante adjudicaciones en especie. Para la DGRN, la regla del pago en dinero es renunciable en el acto fundacional, pero no derogable después por mayoría, y se hace necesario el consentimiento de los socios afectados, que en este caso debían ser todos.

No estoy muy de acuerdo con esta doctrina, pues si un derecho es inderogable, lo será por su propia naturaleza, no porque lo diga esa norma. El *plus* que añade la norma ha de estar vinculado a la diversidad, ya sea preexistente o generada por virtud del acuerdo, y tiene su contrapunto en el régimen de las clases en la SA, régimen que ya no presupone, tras la Ley 31/2014, una previa división formal en clases, pues basta con el trato discriminatorio dentro de la clase única. Mientras en la SA el artículo 293 LSC aplica en estos casos un régimen de tutela colectiva mediante un acuerdo separado, pero mayoritario, en la SRL la tutela es individual por requerir el consentimiento del afectado.

En cambio, la Resolución de 30 de julio de 2015, aunque invoca la misma doctrina de los derechos individuales, rechaza su aplicación en un supuesto de indudable interés práctico. Se trataba de una cláusula estatutaria que exigía una mayoría reforzada para cesar al administrador. Pues bien, ¿qué mayoría es necesaria para modificar los estatutos y rebajar la anterior mayoría? Excuso decir que la misma JG, a continuación de la reforma estatutaria, acordó al cambio de admi-

nistrador con la nueva —y menguada— mayoría. Para el RM la misma mayoría reforzada exigida por la cláusula es necesaria para su modificación, a modo de una cláusula implícita de autoprotección. Con buen criterio no lo entiende así la DGRN, pues tendría que haberse previsto expresamente en los estatutos, y por eso se aplican las mayorías generales.

Por seguir con las cuestiones relacionadas con la Ley 31/2014, de la Resolución de 13 de octubre de 2015, resulta la necesidad de que conste en la certificación que ha tenido lugar la votación separada por asuntos en la JG.

Para terminar con estos temas, un par de Resoluciones abordan cuestiones relacionadas con prestaciones accesorias. La Resolución de 22 de octubre de 2015 sólo para recordar que es necesario el consentimiento individual del obligado para suprimirlas, por mucho que detrás de la supresión haya un despido del socio obligado a prestar el servicio. Más discutible la Resolución de 5 de junio de 2015, al considerar que la prohibición impuesta a los socios de ejercer por cuenta propia o ajena actividades que coincidan con el objeto social constituye una prestación accesorio, y por eso se debe especificar si hay retribución o tiene carácter gratuito. No veo la necesidad de destacar lo obvio en los estatutos, pues si no se ha pactado expresamente una retribución, por pura lógica ha de ser gratuita. De todos modos, les aseguro que he visto muchas prohibiciones de competencia en estatutos inscritos, donde no se habla de prestación accesorio.

Pasando ya a los temas de capital, abundan las cuestiones de orden contable y con supuestos de hechos muy acotados. En la de 29 de enero de 2015 se marcan las diferencias entre las salvedades del informe del auditor cuando se trata del depósito de cuentas —donde resultan admisibles— y el caso del aumento del capital con cargo a reservas, donde las salvedades pueden afectar a la consistencia de las reservas aplicadas en el aumento. Este inconveniente sí que resulta obstativo. Mucho más compleja y técnica es la Resolución de 7 de enero de 2015 a propósito de una reducción para compensar pérdidas, cuando del balance resultaba una partida de pasivo de signo positivo por subvenciones. Tras un largo y cuidado razonamiento, la DGRN llega a la conclusión de que esta partida no se debe equiparar con una reserva a efectos de impedir esa reducción.

Pero los problemas que encuentro más interesantes son los de catalogación y consiguiente subsunción en un determinado régimen jurídico, algunas veces en abierto contraste con lo pretendido por los interesados. En ocasiones es un encuadramiento de último recurso, por la necesidad de dar cobertura a un supuesto realmente insólito. Así, en la Resolución de 23 de noviembre de 2015 se pretende la subsanación a la baja de un previo aumento del capital, por error en la valoración de lo aportado. La DGRN reconoce que errar es humano, y ese error provoca una situación irregular en la que el capital social no está totalmente desembolsado, pero esa rectificación, al tratarse de una cifra de capital inscrita, ha de

hacerse con plenas garantías para tercero, y eso obliga a cumplir las propias de una reducción del capital, aunque formalmente no se presente así. La DGRN se muestra liberal con la modalidad que puede escogerse, y no excluye la paradoja de una restitución de aportaciones, obviamente inexistente, sólo para hacer que el socio aportante responda de la diferencia como si se tratara de una devolución.

Otras veces la disputa viene por el encasillamiento en una u otra modalidad típica, pues cada una arrastra un régimen jurídico diferente. En la Resolución de 7 de mayo de 2015 el recurrente sostiene que una reducción de capital donde se amortizan unas acciones previamente adquiridas por una SA constituye una reducción con cargo a beneficios o reservas libres, y no por amortización de acciones propias (en la norma, a título gratuito), y por eso no han de aplicarse las normas generales de protección de acreedores. Por el contrario, destaca la DGRN que la escritura daba cuenta del traspaso a una reserva indisponible, pero no acredita que la reducción hubiera sido con cargo a reservas o beneficios libres, y por eso los acreedores tienen derecho de oposición. Por otro lado, la DGRN afirma que los requisitos de publicidad de la reducción en la SA son imperativos, con independencia de que en el caso concreto los acreedores no puedan oponerse.

También en la SRL es interesante la Resolución de 16 de noviembre de 2015 para una reducción mixta por compensación de pérdidas y dotación de reservas, sin carácter indisponible, que la DGRN habría aceptado si se hubieran establecido voluntariamente medidas tuitivas alternativas y atípicas, como la asunción voluntaria de responsabilidad por los socios, sin amparo estatutario.

Pero si alguna Resolución es de lectura apasionante y altamente recomendable por la singularidad y complejidad del supuesto de hecho, que obligan a la DGRN a proceder con una precisión casi quirúrgica, es la de 8 de mayo de 2015. Se trata de una reducción mixta en una SA por condonación de dividendos pasivos y por restitución de aportaciones. El problema es que la misma JG acuerda a continuación transformarse en SRL.

En principio, la respuesta parece sencilla a la vista del artículo 17.2 Ley de Modificaciones Estructurales —LME—, que aplica en estos casos a la modificación del capital el régimen de la sociedad de destino. Pero, claro, sin condonación de dividendos pasivos no podemos hablar de SRL. La DGRN tiene que romper la unidad de la reducción y someter cada tramo a un régimen jurídico distinto, el primero al de la SA, el segundo al de la SRL. Respecto del primero, admite la condonación con cargo a reservas sin derecho de oposición, siempre que se dote al mismo tiempo la oportuna reserva especial que pasaría sin solución de continuidad a la SRL sometida al mismo vínculo de indisponibilidad, o mejor de indisponibilidad condicionada a los requisitos propios de la reducción del capital, que en el futuro serán los de la SRL.

Para la otra reducción se aplica el régimen de la SRL, pero en este caso no se había dotado la reserva indisponible por cinco años propia de esta forma social, sino que se hizo en los mismos términos de disponibilidad condicionada previstos para la condonación previa. Es decir, los propios de la SA, no los de la SRL. Para la DGRN, una SRL no puede escoger el régimen de indisponibilidad de su reserva, pero en atención a que la transformación era necesaria por haber quedado como SA por debajo del capital mínimo legal, admite en este caso la inscripción. A pesar de esta excepcionalidad en la que insiste la DGRN, no deja de constituir un interesante precedente de aplicación flexible que puede dar juego en el futuro.

En relación con el tema de modificaciones estructurales, ha seguido la DGRN la línea ya iniciada en el año 2014 de precisar el alcance de la nueva regulación del derecho de oposición de los acreedores. En la Resolución de 4 de noviembre de 2015 el obstáculo a la inscripción de la escisión surge porque en la misma escritura los administradores declaran que un acreedor se ha opuesto a la escisión, pero se trata de un acreedor hipotecario. Para el RM no le corresponde a la propia sociedad decidir sobre la suficiencia de la garantía del acreedor que se ha opuesto. Obviamente es así, pero eso no significa que la eventual discrepancia obstaculice la inscripción de la operación. Como señala la DGRN, la escisión se inscribe y el acreedor deberá hacer uso de su derecho en vía judicial, con la posibilidad de instar la oportuna nota marginal. Pero la Resolución también es interesante porque niega la sustantividad de la reducción de capital en la sociedad escindida, tanto en sus requisitos propios de publicidad como en el régimen del derecho de oposición de los acreedores, pues la aplicación en bloque del régimen propio de la reducción habría conducido al resultado contrario de impedir la inscripción. Con acierto destaca la DGRN que esta reducción se inserta como un medio o instrumento natural de la escisión —no esencial, es posible escindir con cargo a reservas— cuyo régimen queda embebido en el de la escisión.

Sobre los requisitos de la operación, la Resolución de 21 de octubre de 2015 exige el informe de auditoría cuando existe una solicitud de designación de auditor para las cuentas anuales por parte de una minoría de socios, anterior a la formulación y depósito del proyecto de fusión, y por consiguiente a la convocatoria y celebración de la correspondiente JG, cuyo nombramiento efectivo fue posterior. Para la DGRN es la propia operación de fusión la que se debe retrasar hasta el cumplimiento de este requisito, pues, aunque referida a las cuentas anuales, la auditoría se convierte en requisito de la propia fusión por el hecho de haber adoptado el balance de ejercicio como balance de fusión. La duda que nos queda es si la sociedad podría haberlo evitado con un balance de fusión específico, cerrado poco tiempo antes del balance de ejercicio, respecto del cual no existe la obligación de auditar. Por otro lado, y superando ciertos desajustes entre la Ley de Modificaciones Estructurales y el RRM, también exige la DGRN la incorporación a la escritura de los balances de todas las sociedades involucradas y del

correspondiente informe de auditor, salvo que estén ya integrados en la cuentas anuales depositadas con anterioridad.

En el ámbito de las fusiones especiales y simplificadas resulta de enorme interés la Resolución de 19 de enero de 2015, que aplica un precepto de la Ley de Modificaciones Estructurales —art. 51.1— cuya redacción no constituye precisamente un modelo de claridad. Se trataba de una fusión por absorción de sociedad íntegramente participada sin acuerdo de la JG de la sociedad absorbente. La duda es si basta la publicación en un diario o es necesario, además, la del BORME. Para el RM el régimen especial del artículo 51 no empuja la aplicación del más general artículo 43 LME, para el notario recurrente justo lo contrario. La DGRN se inclina por esta segunda postura al reconocer la especialidad del supuesto, y por eso el anuncio —único— debe hacer referencia al derecho de oposición de los acreedores de todas las sociedades involucradas, así la absorbente como la absorbida.

Me van a permitir que traiga a colación dos Resoluciones de las que tengo conocimiento bastante directo, pues en ambas fui el recurrente, y en las dos —todo hay que decirlo— con muy poco éxito. La primera Resolución de 9 de abril de 2015 sirve para poner de manifiesto el extremo formalismo que gobierna la práctica registral de estas operaciones, pues mi recurso no negaba el control del RM sobre los términos de la comunicación a los acreedores, sino la pretendida autonomía en la escritura de la declaración sobre la puesta a disposición. Es decir, si el texto del anuncio publicado o de la comunicación remitida ya dice —como no puede ser de otro modo— que los acreedores tienen a su disposición el texto íntegro del acuerdo y el balance de fusión, ¿es necesario declarar en la escritura que se han puesto a su disposición?, ¿no resulta ya del mismo anuncio?, ¿no es un formalismo inútil declarar que has cumplido con aquello que precisamente cumples comunicando? Ciertamente que la sociedad después puede no facilitar el acceso efectivo a la información requerida, pero con toda seguridad encontrará alguno un pretexto para decir que fue por culpa del solicitante, y por eso su administrador declarará sin recato en la escritura que ha cumplido con la puesta a disposición. Que sea verdad o no es algo que corresponde decidir a un juez, y el RM no podrá intervenir, aunque el acreedor quejoso se deje ver por el RM. A estos efectos sólo interesa, una vez más, la fórmula sacramental. En mi recurso puse de manifiesto que el entonces proyecto de RRM no exigía esa declaración independiente, porque realmente no resulta de la Ley de Modificaciones Estructurales, y por eso debía entenderse superado en este punto el RRM que, como sabemos, sigue sin estar adaptado a la Ley de Modificaciones Estructurales. La DGRN no lo entendió así.

La otra Resolución se refiere a la fecha de efectos contables de la fusión, en particular por la posible existencia de un grupo y la necesidad de aplicar entonces la NRV 21 del PGC. Con carácter general, la posibilidad de que el RM valore si concurre una «combinación de negocios» o se trata, en cambio, de una «operación

entre empresas del grupo», ha recibido una respuesta poco clara por parte de la DGRN. En una primera Resolución de 8 de mayo de 2014, en un caso de escisión parcial de una sociedad unipersonal mediante traspaso de parte de su patrimonio a la sociedad de nueva creación, cuyo socio único sería el mismo que el de la escindida, para la DGRN resultó evidente que el RM no podía considerarla una fusión intragrupo. Sin embargo, en la Resolución posterior de 21 de octubre de 2014, en un supuesto de escisión total de anónima en favor de dos anónimas beneficiarias de nueva creación y atribución de las acciones de las beneficiarias a los socios de la escindida en la misma proporción, la DGRN se enmienda a sí misma y considera que sí concurre aquella situación, en términos que el RM puede valorar.

En la Resolución que me ocupa, de 24 de abril de 2015, la DGRN insiste en esta segunda línea revisionista de su criterio inicial. En el caso una misma persona física ostentaba la participación mayoritaria en la dos sociedades absorbida y absorbente, de las que también era administrador único, siendo la sociedad absorbente el otro socio de la absorbida, pero en la sociedad absorbente hay otro socio distinto con una participación nada irrelevante. El error de haber detallado en el proyecto de fusión la identidad de los socios de ambas sociedades les obligó a tener que cambiar la fecha de efectos contables —afortunadamente eran JG universales—, y hablo de error porque no es un dato necesario respecto de la absorbente, y de haberse omitido el RM no habría puesto el inconveniente, por puro desconocimiento. Adviértase que es una ignorancia querida por el legislador, porque si se tratara realmente de un extremo que debe controlar el RM, esa información debería suministrarse en todo caso, y no es así.

Quede claro que ahora no se trata de valorar efectivamente si la situación es o no de grupo, sino de concretar si el RM está en condiciones de imponer esa calificación en contra de la manifestación de los propios interesados, y de hacerlo sobre la base de una información que tampoco resulta del contenido del RM, y a la que no ha de acceder como regla. Puestos a deducir de las dos Resoluciones últimas un criterio general válido para el futuro, resultaría que la DGRN nos dice por un lado que el RM puede verificar esa circunstancia, pero al mismo tiempo, y de forma un tanto paradójica, nos dice por otro lado que será muy difícil que pueda apreciarla. No queda claro si esa dificultad deriva de la ausencia —como regla— de la información necesaria para determinar el supuesto de hecho, o porque disponiendo de alguna información han de ser muchas y muy contundentes las evidencias que permitan afirmar la existencia de un grupo. Cuántos indicios y de qué tipo no lo podemos saber con exactitud. Como consejo práctico, por si acaso, eviten dar en el proyecto de fusión información innecesaria.

Para terminar este bloque con los asuntos «varios», muy brevemente hay que referirse a la Resolución de 23 de diciembre de 2015, de gran calado dogmático, aunque referida a un depósito de cuentas. En la memoria de todos está el revuelo que hace años provocó la DGRN con el tema de la personalidad jurídica de la

sociedad civil (Resolución de 31 de marzo de 1997 y su revisión en la Resolución de 14 de febrero de 2001), y por eso reconforta tanto leer ahora en una Resolución del mismo Centro Directivo que la sociedad mercantil en formación e irregular goza de personalidad jurídica, de donde resulta que debe depositar las cuentas de los ejercicios anteriores cuando pretenda el depósito de las cuentas correspondientes al primer ejercicio como sociedad inscrita.

También son interesantes algunas Resoluciones en materia de reactivación societaria, en especial la Resolución de 7 de enero de 2016, que deja clara la necesidad de esperar a las resultas de la separación del socio para inscribir la reactivación misma. La situación, sin embargo, resulta incómoda para la sociedad, sobre todo si el procedimiento de separación se prolonga en el tiempo, pues, como reconoce implícitamente la DGRN, esa inscripción no es constitutiva, y por eso la sociedad abandona el estado de liquidación desde el acuerdo, del mismo modo que el liquidador es sustituido en ese momento por el administrador, aunque el RM proclame lo contrario, circunstancia que no deja de ser un inconveniente, aunque no muy distinto al que sufre cualquier administrador no inscrito. Desde una perspectiva distinta un par de Resoluciones a propósito de las sociedades profesionales disueltas y canceladas de oficio (Resoluciones de 20 de julio de 2015 y de 11 de enero de 2016) nos recuerdan que esas sociedades canceladas y, por eso, expulsadas del RM siguen existiendo como personas jurídicas plenas, sólo que en estado de liquidación, y aún así con la posibilidad de reactivarse, aunque por acuerdo unánime. Conviene tenerlo presente para la problemática societaria del llamado «cierre en falso del concurso» (en este tema conviene destacar por su enorme interés el Auto aclaratorio del Juzgado Mercantil número 1 de Oviedo de 31 de febrero de 2015 en el procedimiento 92/2014).

Entre las más recientes, la Resolución de 3 de febrero de 2016 libera a las sociedades de la prisión que podría representar la cláusula estatutaria de traslado del domicilio social por el órgano de administración, redactada con arreglo a la posibilidad entonces vigente restringida al término municipal, al entender que se trata de una remisión dinámica al siempre cambiante régimen legal, también cuando los estatutos hayan empleado otros términos (en el caso, hablar de «población»).

Entro ya en el tema específicamente registral del alcance de la calificación, sobre todo en relación con los requisitos de validez de los acuerdos y de los actos inscribibles. Se trata de plantear hasta dónde ha de llegar el control de la validez de los actos societarios, dando por supuesto que en otras ocasiones el RM también debe controlar requisitos que no inciden propiamente sobre esa validez. La pregunta es más pertinente después de la reforma por la Ley 31/2014, pues el nuevo artículo 204 LSC establece una serie de motivos por los que no procederá la impugnación de los acuerdos.

Está claro que el relieve impugnatorio de estos defectos «menores» no depende de la previa calificación del RM cuando se trate de acuerdos inscribibles. Por tanto, un acuerdo no queda convalidado por su mera inscripción cuando el defecto sea relevante, y así lo valore el juez en una impugnación futura (dejo de lado supuestos especiales, como el artículo 47.1 LME), ni la calificación negativa del RM ha de constituir para el juez un indicio de la superior relevancia del defecto. Tanto es así, que la calificación habría de ser revisada por el propio RM, si habiéndose interpuesto la demanda de impugnación el juez considera en la cuestión incidental que el defecto no es invalidante.

El problema podrá darse cuando el discrepante no impugne el acuerdo, pero el RM tampoco inscriba sobre la base de ese mismo defecto, lo que obligará a tener que recurrir la calificación negativa, ya sea mediante un recuso gubernativo, ya sea directamente en el Juzgado. Pero el ámbito de esta contienda, aunque desenvuelta finalmente en un Tribunal, no es propiamente la validez del acuerdo en toda su extensión y entre las partes interesadas (pensemos que puede recurrir el notario, sin intervención de socios o de la sociedad), sino exclusivamente la calificación del RM, cuya limitación de medios no permite una valoración exhaustiva de todas las circunstancias del caso.

Súmese a esto la incerteza que la falta de inscripción puede tener sobre la eventual convalidación del acuerdo por caducidad de la acción de impugnación. En el pasado se puso de manifiesto el peligro de resucitar la tesis de la imprescriptibilidad, al dejar que la acción permaneciera viva indefinidamente por falta de inscripción del acuerdo, sobre todo cuando el defecto se hubiera calificado como insubsanable por el RM, pues, por muy insubsanable que sea, sin contradicción con el orden público, el acuerdo también era susceptible de convalidación. El acuerdo podía quedar instalado en un extraño limbo, pues si al contradictor ya le conviene el extrañamiento registral y evita impugnar, la sociedad habrá de dar un paso al frente en un juicio declarativo contra no se sabe muy bien quién, para conseguir que un juez declare que el acuerdo es válido, y por ello inscribible, aunque ninguno de los legitimados lo haya puesto en cuestión. Para evitar que la falta de publicidad registral convierta la refutación en imperecedera ha sido frecuente en la práctica distinguir entre socios y terceros, con el argumento de que el cómputo legal desde la inscripción sólo está destinado a proteger a estos últimos, cuya única fuente de conocimiento es la publicidad obtenida a través del RM.

Por eso vale la pena plantear si el decaimiento de las posibilidades de impugnación ha de traducirse en una mayor facilidad de acceso al RM, ante el riesgo de dejar fuera del mismo un acuerdo que no sería susceptible de anulación judicial, forzando muchas veces la repetición de un costoso procedimiento societario, sólo para salvar la negativa del RM a inscribir un acuerdo que nadie ha cuestionado. En otras palabras, si la premisa ha de ser el control exhaustivo, de máximos, que

permita excepcionalmente la inscripción por infracciones que el mismo RM valore como menores, o si la premisa ha de ser favorable a la inscripción con un control sólo de mínimos, aunque se constate una infracción, y sólo excepcionalmente el rechazo cuando falte con total claridad un requisito esencial. En ambos casos partimos de una regla con muchas excepciones, pero con la segunda muchas de las dudas se resolverán a favor de la inscripción, mientras con la primera serán en sentido contrario.

¿Qué ha hecho la DGRN?, ¿puede hablarse de un cambio de tendencia?, ¿incluso, de un nuevo paradigma por paso de una premisa a otra? En absoluto. La DGRN no desconoce la reforma legal, o expresado con más rigor, pues obviamente no es imaginable que la ignore; la DGRN admite que esta reforma en el ámbito de la impugnación judicial también tiene reflejo en el ámbito del RM. Sin embargo, no parece que la DGRN se muestre dispuesta a implantar —por ahora— grandes cambios, y mucho menos en sus postulados. No pretende hacerlo porque, para ella, en realidad la reforma no supone una innovación de orden sustantivo, sino meramente procesal. La diferencia no está en que ahora se deba ser más benévolo que antes con las infracciones menores, y menos aún cambiar el paradigma controlador del RM. La benevolencia habrá de ser la misma, lo que ocurre es que ahora se habilita un mecanismo procesal específico para evitar el abuso procesal inherente a su impugnación, o simplemente se impide esta última (como ocurre con la vulneración del derecho de información durante la JG de SA).

La DGRN ve la reforma legal como una confirmación de su propia doctrina que distingue entre infracciones que conllevan indefectiblemente la nulidad de los acuerdos adoptados, e infracciones en las que, al no existir perjuicio posible para socios o terceros, no procede la sanción de nulidad. Otra vez recordemos que declarar la nulidad compete a los Tribunales, y lo único que hace la DGRN es trasladar al ámbito registral un principio de conservación del negocio que aplican aquéllos. La cuestión no se plantea por el reconocimiento de ese principio, sino por la aplicación que hace del mismo la DGRN. Quizá la reforma legal incrementa el nivel de tolerancia «judicial» ante determinadas infracciones, y es probable que esa evolución se deje ver entonces en la doctrina futura de la DGRN, y por esta vía en la práctica de los Registros Mercantiles. Pero, de momento, el paradigma controlador sigue siendo el mismo y la DGRN no piensa abjurar de él. Sobre todo porque no considera relevante el aquietamiento de los socios, fiel a su idea de que la protección de los derechos del socio no recae exclusivamente en su iniciativa (Resolución de 2 de octubre de 2015).

Supuesto lo anterior, sólo nos queda formar grupos de casos para ver en cada uno qué flexibilidad aplica la DGRN en la valoración de las infracciones, y lo que no es menos importante, desentrañar la razón de haberse mostrado más flexible. No es lo mismo que la flexibilidad descansa en una autorestricción que el RM debe imponerse al calificar, que hacerlo por la simple acumulación de contingen-

tes circunstancias particulares, que el RM puede valorar en su calificación, siempre desde la premisa de controlarlo todo. Y la verdad que el examen de esos grupos tampoco resulta demasiado reconfortante, al menos para mí.

En uno de los ámbitos más expuestos a controversia, como es la convocatoria de la JG, contamos con algunas Resoluciones interesantes. Así, en la Resolución de 6 de febrero de 2015 constata que la convocatoria estuvo mal hecha por falta de la debida claridad, al no haber destacado en el anuncio que las participaciones se creaban con una prima de emisión que septuplicaba el importe del nominal, en el contexto de una operación acordeón con reducción a cero del capital, pero salva la inscripción porque constaba que la socia disidente había retirado una copia del informe de auditoría, del que resultaba la prima. Coincidió con el resultado final, pero no con el diagnóstico, pues, en mi opinión, el paradigma controlador debe ser otro. En el caso, la retirada del informe como cuestión de hecho resulta irrelevante a efectos registrales, pues en este ámbito la premisa ha de ser que no le corresponde al RM decidir sobre la debida claridad del anuncio.

En otra Resolución de 13 de enero de 2015 el problema se plantea con la forma de la convocatoria, por una duda en la interpretación de los estatutos y por la constancia de la recepción de la comunicación por parte del socio disidente. De nuevo la DGRN acepta la inscripción porque concurre una circunstancia de hecho muy concreta. En el caso, el socio disidente cometió el típico error de principiante de comunicar por burofax que la convocatoria estaba mal hecha, con lo cual claramente daba acuse de recibo de la misma, lo que permite a la DGRN concluir que se han cumplido las garantías de información de la convocatoria. De nuevo mi discrepancia es de principio, pues, aunque el socio —o su asesor— no hubieran cometido ese error táctico, el acuerdo era inscribible, pues son los Tribunales los que deben resolver sobre la interpretación de los estatutos.

En el caso de la Resolución de 29 de noviembre de 2015 la DGRN rechaza el defecto de convocatoria consistente en no haber destacado específicamente la posibilidad de solicitar el envío gratuito de los documentos sometidos a aprobación. La DGRN valora especialmente el hecho de que asistieron todos los socios y los acuerdos se tomaron por mayoría suficiente. En mi opinión, el resultado habría de ser el mismo, aunque no asistieran todos los socios, pues corresponde a los Tribunales valorar las consecuencias de aquella omisión.

Si discrepo de la DGRN en los casos en los que ésta revoca la nota de calificación, no por razón del resultado, sino del razonamiento que sigue, pueden imaginar que mi discrepancia es más profunda cuando la DGRN rechaza la inscripción y confirma la nota. Rechazo que se produce no malmente porque no concurren suficientes evidencias singulares que permitan resolver en sentido contrario. Como normalmente lo que pongo en duda es la capacidad del RM para valorar esas cuestiones, pues entiendo que debe limitarse a constatar el hecho de

la convocatoria, y poco más, realmente considero irrelevantes esas cuestiones de hecho en el procedimiento registral, aunque resulten decisivas en una hipotética impugnación judicial.

Por ejemplo, en la Resolución de 18 de febrero de 2015 se había omitido en la convocatoria de JG que debía aprobar las cuentas anuales cualquier alusión al derecho de información de los accionistas. Aunque el capital presente y que vota a favor representa el 99,60 por 100 del capital y el socio ausente no había impugnado, la DGRN confirma el defecto. En otra Resolución de 27 de noviembre de 2015 la JG es convocada por anuncio en el BORME y en la página *web*, pero no se trataba de la página inscrita y publicada. Recordemos que la sucesión de reformas en esta materia generó cierta confusión, y la sociedad fue víctima de ella. La DGRN confirma el defecto, aunque habían pasado más de cinco años y nadie impugnó. Recordemos que no se trata de un acuerdo inscribible, pues las cuentas se depositan, no se inscriben, con lo cual la caducidad parece inamovible.

En la Resolución de 21 de septiembre de 2015 el problema es con el plazo, al seguir figurando en los estatutos el de quince días, cuando ahora es de un mes en la SA. Algo parecido con la Resolución de 16 de junio de 2015, donde la convocatoria se hizo por anuncio en el diario que determinan los estatutos inscritos, cuando se ha producido un cambio normativo que ahora no lo permite. Estas dos Resoluciones plantean además el apasionante tema de la legitimación registral y su acoplamiento dinámico a las incesantes reformas legales, especialmente cuando éstas no imponen un deber expreso de adaptación.

En la Resolución de 9 de septiembre de 2015, la DGRN no considera suficientes los indicios presentados de que el socio no asistente había tenido conocimiento de la convocatoria. En la Resolución de 21 de octubre de 2015 la sociedad cambia el sistema estatutario de convocatoria por carta o burofax, por una publicación en BORME y un diario, al existir problemas hereditarios y litigios pendientes, que llevaban a desconocer la identidad de algunos socios. Para la DGRN se tendría que haber remitido la comunicación al domicilio del socio fallecido. Inevitablemente uno se pone en el lugar del administrador, al pensar que si envía la comunicación a ese domicilio, constándole el fallecimiento, se expone a una impugnación posterior por convocatoria maliciosa.

El supuesto de la Resolución de 15 de junio de 2015 queda en vuelto en la tupida tela de araña registral, pues la convocatoria se había hecho con arreglo al sistema previsto en una modificación estatutaria, que aún no estaba inscrita, precisamente por una calificación negativa relativa a un defecto de convocatoria en esa JG anterior. La inscripción de una reforma de los estatutos no es constitutiva, y por tanto se trata del sistema vigente en la sociedad, sin que la calificación negativa genere presunción alguna de invalidez. Resulta curioso que la única alternativa sea convocar con arreglo a los estatutos inscritos, pero que la sociedad

no considera vigentes. La legitimación registral no debe llevar a que la sociedad tenga que desconocer sus propios actos, y mucho menos cuando no han sido impugnados.

Por último, la resolución de 27 de enero de 2016 plantea el problema de la forma cuando la convocatoria es de origen judicial y no se ha respetado el sistema estatutario. Aunque la DGRN es propensa a valorar los detalles conocidos en el expediente para salvar de algún modo la convocatoria (Resoluciones de 24 de noviembre de 1999, de 28 de febrero de 2014), en este caso no localiza detalles bastantes, a pesar de que la administradora y socia había incumplido manifiestamente el mandato que le comunicó el Juzgado de convocar, obligando al juez a encomendar dicho señalamiento al socio instante, que optó por publicar en lugar de comunicar individualmente, quizá por desconocer la identidad y el domicilio de todos los socios. Parece que el único socio que no asistió a la JG fue el administrador. Es de suponer que estos problemas desaparecerán en el futuro, al menos cuando la convocatoria corra a cargo del RM, y no se puede negar que la DGRN es coherente con sus premisas. En la Resolución de 20 de noviembre de 2015, de consulta sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de la JG, después de un larga disquisición sobre la prueba de la condición de socio, que está muy bien cuando se trata de confeccionar en la reunión la lista de asistentes, pero resulta por completo inútil cuando hay que averiguar antes quiénes son los socios y dónde enviarles el llamamiento, llega a la conclusión de que si no es posible convocar en la forma prevista, no cabe el recurso al sistema legal supletorio. Se declarará concluso el expediente y que los interesados se apañen sin JG.

Otro grupo de casos atiende ya al desarrollo de la propia JG, y normalmente se refiere a decisiones del órgano de control de la reunión —mesa de la JG—, aparentes discrepancias con el contenido de los asientos, y en algún caso extremo a la valoración de supuestas intenciones fraudulentas de los socios mayoritarios. Aquí podemos hablar de un principio general algo distinto al del anterior grupo, pues el criterio de la DGRN es que no le corresponde al RM enjuiciar esas decisiones, y por tanto es más probable la revocación de la nota, pero —otra vez— tampoco excluye que en ocasiones pueda hacerlo, siempre que tenga acceso a determinada información, o se acumulen sospechas. Por encima de aquella regla que insinúa una mínima contención, haya otra super-regla que permite calificarlo «todo», aunque ese «todo» muchas veces dependa de circunstancias azarosas, pues la Ley no exige que el RM tenga siempre conocimiento de las mismas, y por eso si las conoce muchas veces será por casualidad, o por la habilidosa táctica del socio disidente que consigue revelárselas. A estas alturas de la exposición, y como vamos justos de tiempo, excuso decirles cuál es mi postura.

Por reseñar algunas, en la Resolución de 4 de marzo de 2015 reitera la soberanía —con reservas— de la mesa de la JG para decidir sobre la válida constitución de la JG y la suficiencia de un poder, ante la pretensión del RM de que se

justificara la representación de una comunidad hereditaria por una renuncia al derecho de asunción preferente. Tampoco procede que el RM califique la constitución de la JG por el hecho de que figure en el asiento como sociedad unipersonal —o no— y la identidad del socio único (Resoluciones de 5 de febrero de 2015 y de 23 de enero de 2015).

Como Resolución interesante por el supuesto de hecho hay que citar la de 2 de octubre de 2015 en un aumento del capital por compensación de créditos, donde uno de los créditos derivaba de un préstamo de un socio hecho pocos días antes de la JG. Para el RM no había tal préstamo, sino una aportación dineraria, con vulneración del derecho de asunción preferente. No debe sorprendernos la calificación del RM, pues la Resolución de 7 de junio de 2012 había legitimado al RM para apreciar estas situaciones de fraude, precisamente con un ejemplo similar al asunto ahora resuelto. Con buen criterio, la DGRN revoca la nota, pero sería precipitado hablar de un cambio de opinión, pues se reitera en la doctrina de aquella, y en realidad las circunstancias del caso concreto hacían impensable otra solución (JG universal y por unanimidad). Ya veremos qué dice la DGRN cuando esas circunstancias no sean tan favorables.

En el debe de la DGRN sí que se ha de anotar la Resolución de 16 de marzo de 2015, con independencia de que la DGRN tenga toda la razón en la cuestión de fondo, pero decidir cómo y a quién se aplica el deber de abstención es competencia de la mesa, sólo fiscalizable por el juez. En el caso el error de la mesa era manifiesto, pues se había descontado el voto del socio liquidador en la votación de su separación del cargo, error que quizá vino provocado por una confusión con los temas de prohibición de competencia y su dispensa.

Para terminar me van permitir una breve alusión a la doctrina de la calificación conjunta, que realmente constituye la prueba del nueve en estas cuestiones. La calificación conjunta en el RM no se refiere al mismo tipo de incompatibilidad entre documentos que acontece en el Registro de la Propiedad, sino a la irrupción de otros que ponen en duda el contenido de los títulos en virtud de los cuales se ha solicitado antes la inscripción, casi siempre presentados por socios disidentes. A finales de los años noventa y principios del actual milenio, la DGRN quiso ordenar y acotar esa doctrina, sistematizándola a la baja. Sin embargo, una Resolución del anterior director general de 5 junio de 2012, sobre la base de distinguir entre una doctrina tradicional en la que priman los principios de la legalidad y de legitimación, y otra doctrina moderna donde prevalece la simple mecánica registral por el principio de prioridad, optó por recuperar la primera y remitir a la aplicación por el RM «*de las reglas de la sana lógica y de los criterios hermenéuticos habituales*», para detectar esas situaciones de conflicto, donde lo más prudente es no hacer nada, aunque el primer título cumpla con todos los requisitos necesarios para ser inscrito.

No se incurra en la petición de principio de invocar la neutralidad del RM, pues el rechazo del primer título, cuando resulte inscribible por sí mismo y por el contenido de los asientos, ya supone una toma de partido a favor de la parte interesada en el mantenimiento del contenido registral, que no se ve afectado o con su eficacia disminuida, a pesar de haber llegado al RM un nuevo título modificador, perfectamente inscribible al amparo de la misma legitimación registral que tanto se quiere respetar.

Dicho esto, no parece que el actual director general tenga intención de revisar el cambio de orientación que impuso su predecesor, y buena prueba es la Resolución de 24 de julio de 2015, donde no se llega a plantear un problema de calificación conjunta, pero sí que da cuenta de esta doctrina. Para la DGRN esta doctrina viene definida exclusivamente por la Resolución citada de junio de 2012 y las posteriores basadas en ella. Las Resoluciones incómodas que daban más importancia al principio de prioridad, y con ello hacían más previsible la decisión del RM, al no depender de su «sana lógica», ni siquiera sirven de antecedente.

Para concluir con la parte dedicada al Derecho de Sociedades, una advertencia que tiene algo de disculpa. Quede claro que no estoy diciendo que en todos estos casos la convocatoria estuviera bien hecha, la mesa de la JG hubiera acertado con su decisión, o el título presentado en primer lugar fuera inatacable. En absoluto. Sólo digo que corresponde a los jueces decidir y sólo a instancia de quien tenga legitimación para impugnar, pero el control de mínimos que debe cumplir el RM había quedado satisfecho, y el mejor servicio a la seguridad del tráfico pasaba por inscribir, publicar y dejar que corrieran sin ninguna duda los plazos de caducidad.

II. DOCTRINA RECIENTE EN MATERIA CONCURSAL

Respecto de la doctrina concursal de la DGRN. El mayor número de Resoluciones se refiere a la cancelación de asientos (hipoteca, anotación de embargo), y el problema suele darse por las garantías que han de observarse respecto del acreedor perjudicado por esa cancelación, por la regla general propia del procedimiento registral que exige la intervención del titular del asiento para su eventual modificación o cancelación. Aunque esta regla debe adaptarse a las distintas fases del procedimiento concursal, no desaparece, y la DGRN exige una participación mínima del titular registral afectado, criterio que en ocasiones choca con el de los Juzgados Mercantiles. Por eso no son pocas las Resoluciones en la materia.

En la Resolución de 29 de septiembre de 2015 se trataba de inscribir una venta en ejecución del plan de liquidación, ordenando el juez la cancelación de los embargos e hipotecas sobre las fincas. En relación con los embargos, la DGRN insiste en su doctrina de que la competencia del juez de lo Mercantil para cance-

larlos queda sometida, entre otras condiciones, a la audiencia previa de los acreedores afectados, si bien en la fase de liquidación esa audiencia queda cumplida con la pertinente notificación, siendo suficiente con que el juez de lo Mercantil declare que se ha practicado. El Registro de la Propiedad ha de pasar por ello (la Resolución de 22 de septiembre de 2015 deja claro que esa notificación se hará en los términos que ordene el Juzgado Mercantil). En cuanto a las hipotecas, debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios, no sólo del plan de liquidación, sino también de las medidas tomadas en relación con la satisfacción del crédito con privilegio especial, pues no basta con estar personados en el procedimiento. Conocimiento potencial no equivale a conocimiento real.

De enorme interés son las Resoluciones de 6 julio de 2015 y 8 julio de 2015, donde el problema se plantea respecto de una cancelación de hipoteca ordenada por el Juzgado Mercantil, antes de la enajenación de los bienes hipotecados (en uno de los casos se daba, además, la circunstancia de que la hipoteca garantizaba un crédito público de otra sociedad). Para la DGRN no plantea problemas la cancelación anticipada de embargos, pero en absoluto es admisible la de una hipoteca, pues el concurso limita, pero no excluye la operatividad de este derecho. La DGRN no desconoce la muy mermada posición del crédito hipotecario tras las últimas reformas legales, pero aún así destaca que en el supuesto de pluralidad de garantías reales sobre el mismo bien, aunque los créditos que excedan del valor razonable del bien no sean calificados como créditos con privilegio especial, esa calificación no comporta la cancelación registral automática de tales garantías, pues de la lista de acreedores no derivan cancelaciones. Presta atención la DGRN a las dudas interpretativas que ha podido generar el actual artículo 149.5 Ley Concursal —LC—, en el sentido de permitir una especie de cancelación irrestricta de las hipotecas, salvo en el supuesto —obvio— de subrogación. Para la DGRN no es así, pues debe sobreentenderse que el juez mercantil sólo puede ordenar la cancelación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 155 LC, es decir, en la realización de la garantía sin subrogación. Por eso no es posible cancelar antes de la enajenación. Por otro lado, también exige para la cancelación que la resolución judicial por la que se hubiera aprobado el plan de liquidación haya alcanzado firmeza.

Por contraste con anterior doctrina, la Resolución de 19 de octubre de 2015 destaca que, abierta la fase de liquidación, con ocasión de autorizar la venta directa, el Juzgado Mercantil puede decretar la cancelación de los embargos administrativos anteriores al concurso, toda vez que no se trata de créditos con privilegio especial

En un ámbito distinto, la Resolución de 2 de junio de 2015 insiste en la necesidad de que conste el pronunciamiento por parte del Juzgado Mercantil sobre el carácter necesario de la finca embargada para la continuidad de la actividad

empresarial o profesional del deudor, aunque se trate de un embargo a favor de la HP y las diligencias sean anteriores a la declaración de concurso.

En relación estrictamente con el funcionamiento del Registro de la Propiedad, la Resolución de 25 de mayo de 2015 insiste en su doctrina de que el Registro de la Propiedad puede consultar por su cuenta el Registro Mercantil para verificar la situación del deudor, cuando del mismo Registro de la Propiedad no resulta la situación de concurso.

Un curioso problema con el título formal se plantea con las Resoluciones de 29 de septiembre de 2015 y de 6 de octubre de 2015. En la primera no admite la inscripción sólo sobre la base del auto autorizando la venta directa y exige la correspondiente escritura pública en la que conste el negocio traslativo, completada por el título formal que acredite la autorización judicial. En cambio, en la segunda admite la inscripción por medio del auto que formaliza la adjudicación.

A propósito del convenio, la Resolución de 8 de junio de 2015 destaca que una vez aprobado los acreedores pueden iniciar ejecuciones, sin ninguna duda los no afectados por el convenio o los créditos contra la masa, y consiguientemente obtener una anotación de embargo. Menos claro los que sí están vinculados por el convenio, pues no parece excluirlo como regla, pero advierte también que las quitas o esperas aprobadas dentro del convenio impiden el ejercicio de acciones separadas, pues la infracción del convenio sólo puede arbitrarse mediante la solicitud de incumplimiento del convenio dirigida al propio Juzgado Mercantil.

Por último, la Resolución de 23 de octubre de 2015 exige para anotar el concurso en una finca ganancial que conste haber notificado al cónyuge del concursado el auto de declaración de concurso.

*(Trabajo recibido el 08/03/2016
y aceptado para su publicación el 04/04/2016)*

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

LA TRIBUTACIÓN EN EL ITP Y AJD DE LAS DISOLUCIONES DE COMUNIDAD

JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ
Notario de Valencia

RESUMEN

El presente trabajo analiza de forma práctica la tributación de las disoluciones de comunidad, partiendo de un examen de lo que constituye una comunidad en el derecho civil y con especial referencia a las denominadas extinciones parciales de condominio, para pasar a analizar los divergentes criterios sostenidos hasta la fecha por la Dirección General de Tributos. Finalmente, el artículo analiza el régimen fiscal de las comunidades hereditarias y sus diferencias con la comunidad ordinaria derivada de la partición.

Palabras clave: tributación, comunidad de bienes, extinción parcial de condominio, comunidad hereditaria, comunidad ordinaria, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, Actos Jurídicos Documentados.

STAMP DUTY TAXATION FOR WINDING UP JOINT PARTNERSHIPS

JAVIER MÁXIMO JUÁREZ GONZÁLEZ
Notary public in Valencia

ABSTRACT

The present paper analyses the taxation on winding up joint partnerships from a practical perspective, starting from an analysis of what constitutes a joint partnership in civil law, with special reference to the so-called partial eliminations of joint ownership, before moving on to analyse the divergent criteria maintained to date by the Directorate-General for Taxation. Finally, the article analyses the tax regime for hereditary joint partnerships and their differences with ordinary partnerships derived from the distribution of estates.

Keywords: taxation, joint partnership, partial elimination of joint ownership, hereditary joint partnerships, ordinary joint partnerships, Tax on Capital Transfers and Documented Legal Acts (Stamp Duty).

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. 1. La controvertida tributación de las disoluciones de comunidad. 2. Reglas generales de tributación de las disoluciones de comunidad.—II. ¿QUÉ ES UNA COMUNIDAD O CONDOMINIO Y QUÉ ES SU DISOLUCIÓN A EFECTOS FISCALES? 1. Ausencia de concepto de comunidad y de extinción de condominio a efectos fiscales. 2. Concepto de comunidad en el derecho civil. 3. Concepto civil de disolución de comunidad y extinción de condominio. 4. Especial referencia a la extinción parcial de condominio: diferencias entre la «extinción parcial de condominio propia» y la «falsa extinción parcial de condominio».—III. LOS EXTRAVAGANTES Y CONTRADICTORIOS CRITERIOS DE LA DGT EN LAS EXTINCIONES DE CONDOMINIO. 1. Toda extinción parcial de condominio debe tributar por TPO como permuta de cuotas. 1.1. La «extinción parcial de condominio propia» subjetiva. 1.2. La «extinción parcial de condominio propia» objetiva. 2. ¿Cuándo estamos ante una única comunidad o varias comunidades? 2.1. El criterio civil. 2.2. El criterio de la DGT. 2.2.1. Extinciones de condominio respecto de bienes adquiridos en copropiedad por cónyuges casados en régimen de separación de bienes. 2.2.2. Extinciones de condominio respecto de bienes adquiridos en copropiedad ordinaria por herencia. 2.2.3. Extinciones de condominio respecto de bienes adquiridos «inter vivos» en copropiedad ordinaria.—IV. REFERENCIA A SUPUESTOS ESPECIALES. 1. La comunidad hereditaria como comunidad distinta de la comunidad ordinaria *versus* la comunidad ordinaria derivada de la partición. 1.1. Aspectos civiles. 1.2. Consecuencias fiscales. 2. El *totum revolutum* en las particiones de herencia de causantes cónyuges con identidad de herederos.

I. PLANTEAMIENTO

1. La controvertida tributación de las disoluciones de comunidad

La tributación en el ITP y AJD de las extinciones de condominio en el ITP y AJD, con inevitables secuelas en el ISD, es una de las cuestiones de mayor actualidad en el tributo. La doctrina reciente de la DGT y algunos pronunciamientos de órganos jurisdiccionales han sembrado la confusión y el caos en una cuestión que tradicionalmente no suscitaba gran controversia.

El propósito de estas notas es intentar dar un poco de luz a esta materia, apuntando los criterios en boga, expresando mi opinión sobre los mismos e indicar unas reglas prácticas para salir airoso desde la perspectiva tributaria de las operaciones que se nos plantean.

No se pretende en modo alguno un trabajo teórico y erudito a la vieja usanza. Por el contrario, sintético y pragmático, que los tiempos no están para lo primero y es cada vez con mayor el apremio de lo segundo.

Pero, inevitablemente, la extinción de condominio conlleva una referencia a la propia comunidad objeto de disolución, pues la anterior es el tramo final de la siguiente en la secuencia de las cosas.

2. Reglas generales de tributación de las disoluciones de comunidad

Las presentes notas se refieren a disoluciones de comunidad puras y simples, sin excesos de adjudicación. El tratamiento fiscal de los excesos de adjudicación será objeto de análisis en una segunda parte.

Todos los supuestos que se exponen lo son de comunidades no empresariales. De acuerdo al artículo 22 del TR del ITP y AJD y los artículos 55 y 61 del RITPAJD, quedan sujetas a Operaciones Societarias (OS) la constitución y disolución de comunidades empresariales. Pero lo que aquí se expone es igualmente aplicable a las comunidades empresariales, con la salvedad de la modalidad del ITP y AJD aplicable.

Recordemos que las disoluciones de comunidades no empresariales tienen el siguiente régimen fiscal:

- a) La extinción de comunidad ordinaria queda no sujeta a TPO e incide en AJD en cuanto que conste en escritura pública y se refiera a bienes o derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad, Bienes Muebles o de la Propiedad Industrial (art. 31.2 del TR del ITP y AJD).
- b) La liquidación de gananciales y de regímenes análogos forales queda exenta en cualquier modalidad de ITP y AJD, conforme al artículo 45.I.B.3 del TR del ITP y AJD. Exención que no es aplicable a actos de liquidación del régimen de separación de bienes según criterio de la DGT —consulta 27/1/2010— y del TS —sentencia de 30/4/2010.
- c) La partición de herencia no queda sujeta a ninguna modalidad de ITP y AJD. Es doctrina consolidada de que la tributación de las adquisiciones *mortis causa* por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD) excluye AJD de la partición.

En el caso de hechos imponible adicionales reales o presuntos a la propia disolución de comunidad, generalmente por excesos de adjudicación, transmisiones encubiertas o permutas, éstos quedan sujetos a IVA, TPO o ISD según la naturaleza onerosa o gratuita y la condición o no de sujeto pasivo de IVA del transmitente de acuerdo a las reglas generales de dichos tributos. A efectos de estas notas hacemos referencia al supuesto más habitual de incidencia en TPO.

II. ¿QUÉ ES UNA COMUNIDAD O CONDOMINIO Y QUÉ ES SU DISOLUCIÓN A EFECTOS FISCALES?

1. Ausencia de concepto de comunidad y de extinción de condominio a efectos fiscales

Pues bien, lo primero que hemos de remarcar es que en la normativa del ITP y AJD no hay un concepto fiscal propio o autónomo del civil, ni de la comunidad de bienes, ni de la disolución de comunidad o extinción de condominio.

Tampoco hay un tratamiento fiscal específico de la comunidad de bienes ni de las extinciones de condominio, sino mera referencias puntuales en la normativa del Impuesto que relacionamos sin ánimo exhaustivo:

- a) Las constituciones de comunidad sujetas a OS como actos equiparados a sociedades y su disolución, incluida la comunidad *post mortem* como consecuencia de continuación por los sucesores del causante-ejerciente de una actividad empresarial de la misma (art. 22 del TR del ITP y AJD y 55 y 61 del RITPAJD).
- b) La sujeción a la cuota gradual de AJD de las disoluciones de comunidad no empresariales relativas a inmuebles que se documenten en escritura pública, derivada de su no sujeción a TPO (art. 61 del RITPAJD).
- c) Amén del tratamiento de los excesos de adjudicación (7.2.B del TR, artículo 27 de la Ley del ISD y concordantes de sus respectivos Reglamentos).

Pues bien, secuelas de lo expuesto es:

- a) Que para considerar cuándo estamos ante una comunidad y cuándo ante una extinción de condominio debemos acudir al origen, es decir al Derecho Civil.
- b) Que delimitados los contornos de ambos conceptos conforme al Derecho Civil, procede aplicar la normativa fiscal en sus términos, salvo el juego de instituciones autóctonas del Derecho Tributario, como la simulación y el conflicto en la norma aplicable o fraude de ley.

2. Concepto de comunidad en el derecho civil

Entiendo que en este punto no procede extenderse en exceso, pero al menos apuntar que nuestro CC regula la comunidad de bienes en el Título III del Libro II, en los artículos 392 y siguientes, y precisamente dispone el artículo 392 CC en su párrafo primero que: «Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas».

Y al respecto, apuntar que:

- a) Se debe discriminar entre cotitularidad o confluencia de titularidades respecto de un único derecho subjetivo, copropiedad o confluencia de titularidades sobre una cosa y comunidad o confluencia de titularidades sobre un derecho real. Por tanto, la cotitularidad es la categoría más amplia que se proyecta sobre los derechos personales y reales; la comunidad se acota

a los derechos reales; y, todavía más restringida, la copropiedad incide sobre el dominio o derecho de propiedad.

- b) Además, como indica de forma prácticamente unánime la doctrina y la jurisprudencia, la comunidad de bienes no se predica solamente al fenómeno aislado de la titularidad de un único derecho real, sino que se aplican también a los casos en que la totalidad de un patrimonio pertenece en común a varias personas (lo que se denomina «patrimonio colectivo»), que puede ser objeto de formación instantánea (comunidad hereditaria y la derivada de una herencia adjudicada en pro indiviso), sucesiva (cónyuges en separación de bienes que adquieren a lo largo del tiempo varios bienes o comuneros que adquieren bienes en pro indiviso ordinario para disfrutarlos o explotarlos en común) y sucesiva y simultánea (yuxtaposición de las dos anteriores).
- c) Elemento nuclear de la comunidad de bienes es la falta de personalidad jurídica propia y separada de la de sus componentes lo que le distingue de las sociedades.

En consecuencia:

- (I) Sólo hay comunidad y copropiedad o condominio en el ámbito de los derechos reales; tratándose de derechos personales ha y mera cotitularidad sobre los mismos, cuyo ejercicio será solidario o mancomunado conforme a las reglas del CC.
- (II) La comunidad o copropiedad puede recaer sobre un único bien o una pluralidad de bienes, constituyendo un patrimonio colectivo carente de personalidad jurídica y que se rige por las reglas determinadas por los comuneros, por las reglas de la comunidad de bienes o por normas especiales (caso de la sociedad de gananciales).

Cuestión esencial es el de discriminar cuándo estamos en el caso de pluralidad de bienes ante una única comunidad recayente sobre todos ellos o tantas comunidades como bienes y, al respecto, considero decisivo los criterios de identidad cualitativa y cuantitativa. Es decir, habrá un patrimonio colectivo en una única comunidad cuando haya identidad de partícipes, dichos partícipes en todos los bienes mantengan una misma participación y las reglas aplicables a la comunidad sean iguales para todos los bienes que la integran. Por tanto:

- (I) Hay una única comunidad cuando surge de una sucesión simultánea en la titularidad y, respecto de todos ellos, los comuneros tienen igual participación: adquisición de bienes por varios compradores con participaciones en la misma proporción en cada adquisición y con aplicación de las mismas reglas.

- (II) También hay una única comunidad cuando sucesivamente se adquieren bienes por los mismos comuneros con participaciones en la misma proporción en cada adquisición y con aplicación de las mismas reglas (casos del patrimonio por mitad y pro indiviso formado por cónyuges en separación de bienes, de los casados en régimen de gananciales respecto de las adquisiciones onerosas o de los comuneros que adquieren bienes con cuotas en la misma proporción a lo largo del tiempo y sujetos a las mismas reglas).

3. Concepto civil de disolución de comunidad y extinción de condominio

Pues bien, efecto natural y secuencial a la comunidad es la posibilidad de cesar en la misma mediante el ejercicio de la acción de división a la que se refiere el artículo 400 del CC en su párrafo primero al decir: «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común» y todo ello sin perjuicio del pacto de indivisión que establece el párrafo segundo del mismo precepto.

Por tanto, cualquier comunero tiene derecho a separarse de la comunidad y ello implica en principio, sea uno o todos los que se separen la disolución de la comunidad existente, de tal forma que:

- Si se separa uno o más, pero subsiste la comunidad entre dos o más restantes, estaremos ante la llamada disolución parcial de comunidad o extinción parcial de condominio.
- Si se separan todos, desapareciendo absolutamente la cotitularidad, estaremos ante una disolución de comunidad ordinaria o extinción de condominio ordinaria.

Y, siendo así, es opinión prácticamente unánime en la doctrina, la jurisprudencia (sentencias TS 3/2/1982, 12/4/2007/ y 25/2/2011, entre muchas otras) y el criterio de la DGRN (entre las más recientes, resolución de 2/1/2004) que estamos ante un negocio jurídico declarativo, determinativo o especificativo, pero en modo alguno traslativo, siempre que se cumpla una equivalencia o proporcionalidad que se traduce en los siguientes requisitos:

- a) Que en la extinción parcial u ordinaria sean las adjudicaciones al comunero saliente proporcionales o equivalentes a su participación en la comunidad.
- b) Que los bienes que se le adjudiquen formen parte del patrimonio colectivo de la comunidad.

- c) Que respecto de la extinción parcial en cuanto a los bienes que quedan en la comunidad, la participación del saliente se reparta proporcionalmente a la cuota entre los comuneros que permanecen.

Y, así resulta también en sede del ITP y AJD y en el ISD en cuanto que:

- a) En la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), que grava las mismas a las que responde su denominación, únicamente quedan sujetos los excesos de adjudicación declarados con determinadas excepciones a las que luego haremos referencia (art. 7.2.B del TR del ITP y AJD).
- b) El ISD es concordante en este punto con el ITP y AJD, con la única especialidad de que determinados excesos de adjudicación no declarados y puestos de manifiesto por la comprobación de valores pueden incidir en TPO —art. 27.3 de la LISD—, aunque su efectividad práctica es muy limitada dados los requisitos que se exigen.

4. Especial referencia a la extinción parcial de condominio: diferencias entre la «extinción parcial de condominio propia» y la «falsa extinción parcial de condominio»

Especial referencia merece la extinción parcial de condominio, probablemente la causante del desaguisado presente. Pues bien, al respecto hay que diferenciar la «extinción parcial de condominio propia» de la «falsa extinción parcial de condominio»:

La «extinción parcial de condominio propia» puede ser subjetiva u objetiva.

- a) La subjetiva se refiere a la salida de la comunidad de un comunero y se asienta en las siguientes premisas:
 - Que un comunero abandona la comunidad y en pago de su cuota se le adjudican bienes de la comunidad equivalentes a su haber teórico en la misma.
 - Que los comuneros que permanecen en la comunidad siguen en la misma, manteniendo su cuota respecto de los bienes no adjudicados al comunero saliente acrecentada en proporción a la misma con la prorrata proporcional del comunero saliente.

Por tanto, estamos ante una auténtica disolución parcial de comunidad: un comunero abandona la comunidad, su haber se concreta en bienes de

la comunidad y en proporción a su extinta participación y los comuneros que perduran ven incrementada su participación en los restantes bienes en proporción a su cuota originaria.

- b) La objetiva se refiere a la salida de la comunidad de determinados bienes integrantes del condominio («patrimonio colectivo») y se asienta en las siguientes premisas:
 - Que determinados bienes abandonan la comunidad, siendo adjudicados a los respectivos comuneros en proporción a su cuota en la misma.
 - Que los bienes que permanecen en la comunidad siguen en la misma, manteniendo los comuneros su participación inicial respecto de los mismos.

Por tanto, estamos ante una auténtica disolución parcial de comunidad: ciertos bienes se excluyen de la comunidad, adjudicándose a los comuneros en proporción a su participación, y los bienes que perduran siguen correspondiendo a los partícipes, que ven incrementada su participación en los restantes bienes en proporción a su cuota originaria. A la misma se refiere la resolución de la DGRN de 4 de abril de 2016 en un caso más extremo, en cuanto que únicamente sale de la comunidad un bien que se adjudica a un comunero y respecto del bien que permanece se adjudica por cuotas desiguales a las originarias con el fin de mantener, en cuanto a valores, el equilibrio entre los comuneros; pues bien, la califica la DGRN como negocio de disolución de la comunidad.

Por el contrario, la «falsa extinción parcial de condominio» disfraza una transmisión de cuotas en cuanto no se respetan los requisitos antes expuestos, que además es satisfecha en especie en cuanto que no suele mediar precio, por lo que merece civil y fiscalmente la consideración de permuta. A la «falsa extinción parcial de condominio» se refiere de manera concordante la jurisprudencia reciente del TS y de la DGRN. Así:

- La sentencia del TS de 12/12/2012, partiendo de una situación de cotitularidad de cuatro hermanos sobre cuatro inmuebles por partes iguales, considera que hay un exceso de adjudicación, consecuencia de quedar uno de los cuatro titular de $\frac{3}{4}$ partes indivisas y otro en la $\frac{1}{4}$ parte restante de los cuatro inmuebles, entendiéndose que encubre una transmisión de cuotas entre los comuneros que debe tributar por TPO.
- b) La resolución de la DGRN de 11/11/2011 en un caso en que los titulares de tres quintas partes indivisas de una finca adquieren una quinta parte indivisa de otro cotitular por iguales partes, siendo la contraprestación

pactada cierta suma de dinero, considera que ello no puede constituir una extinción de comunidad, pues no recae sobre la totalidad de la cosa común, sino que es una transmisión de cuotas entre comuneros. Acierta la DGRN en el diagnóstico, pero no en la motivación del mismo: estamos ante una transmisión de cuotas por que de los cinco comuneros iniciales uno sale y de los cuatro restantes, tres adquieren la cuota del saliente y uno no, determinando la alteración de la proporcionalidad preexistente entre los comuneros que permanecen.

Recapitulando, entiendo que a efectos fiscales:

- a) La delimitación de la frontera entre la verdadera extinción parcial de condominio y la transmisión de cuotas debe ser lo más diamétrica posible.
- b) Ello conlleva que, en la «extinción parcial de condominio» subjetiva, el comunero saliente debe quedar absolutamente fuera de la comunidad; y en la objetiva, debe mantenerse la correspondiente proporcionalidad tanto en las adjudicaciones de los bienes que se excluyen de la comunidad como respecto de las cuotas que recaen sobre los bienes sobre los que subsiste la comunidad, que deben ser coincidentes con las originarias.

III. LOS EXTRAVAGANTES Y CONTRADICTORIOS CRITERIOS DE LA DGT EN LAS EXTINCIONES DE CONDOMINIO

1. Toda extinción parcial de condominio debe tributar por TPO como permuta de cuotas

Parte la DGT de considerar en ocasiones, no siempre, que la «extinción parcial de condominio propia» no es tal, sino siempre una permuta de cuotas sujeta a TPO. Tal punto de partida carece de todo fundamento en cuanto que el ejercicio de la acción de división por uno de los comuneros no conlleva que los restantes comuneros deban cesar en la indivisión, como hemos expuesto en los apartados 1.3. y 1.4.

Pues bien, debemos insistir en que dicho criterio, además de carecer de fundamento, es extravagante y contradictorio con la propia doctrina de la DGT.

1.1. La «extinción parcial de condominio propia» subjetiva

Considera en ocasiones, no siempre, la DGT que lo que he denominado extinción parcial de condominio propia subjetiva que implica salida de uno de los comuneros, adjudicándole determinados bienes de la comunidad proporcionales

a su haber conforme valores declarados y manteniendo los comuneros que continúan su condominio sobre los restantes bienes proporcionales a sus cuotas originarias, acrecentadas proporcionalmente con la cuota del saliente, supone una permuta de cuotas sujeta a TPO.

El ejemplo más evidente es el criterio mantenido por la consulta de la DGT de 28/1/2013, reiterada por otras de 7 de noviembre y 9 de diciembre de 2014, que se refieren al caso de dos matrimonios casados en régimen de gananciales, copropietarios por mitades indivisas para sus respectivas sociedades conyugales de varios inmuebles.

Considera la DGT que en la extinción de condominio, consistente en adjudicar a cada matrimonio para su sociedad conyugal inmuebles de valor equivalente a su participación en la comunidad, no hay extinción de comunidad, sino respectivas transmisiones sujetas a TPO de cuotas, porque la disolución de comunidad es «parcial», dado que unos inmuebles quedan perteneciendo a unos cónyuges con carácter ganancial y los restantes a los otros cónyuges con carácter ganancial.

Para el órgano directivo, la comunidad de bienes no se extingue, sino que persiste, lo que pasa es que se reduce el número de copropietarios de cuatro a dos. Sobran los comentarios de esta doctrina, que penalizaría fiscalmente cualquier disolución de comunidad referida a bienes de naturaleza ganancial.

Pero además es contradictoria con la propia doctrina de la DGT, porque son numerosas las consultas de la propia DGT, que consideran deben tributar por AJD las extinciones de condominio parciales en que se adjudican determinados bienes al comunero saliente correspondientes a su haber y se mantiene el pro indiviso sobre los restantes bienes de los comuneros que permanecen de manera proporcional o correspondiente a su participación en la inicial comunidad (consultas de la DGT de 21/2/2007, 4/5/2007, 22/1/2007, 22/2/2010, 15/9/2010 y 10/3/2016).

1.2. La «extinción parcial de condominio propia» objetiva

Pero también respecto de la «extinción parcial de condominio propia» objetiva es la DGT, terca e ignorante. Así, la consulta de 13/3/2015, en el caso de dos hermanos titulares por mitades indivisas de una pluralidad de bienes que pretenden extinguir el condominio y adjudicarse determinados bienes en proporción a sus haberes, manteniendo otros en pro indiviso por iguales partes, considera sin mucho argumento que se trata de una permuta de cuotas sujeta a TPO respecto de los bienes adjudicados a cada uno.

Obvia lo evidente la DGT y es que siempre que no haya excesos de adjudicación y se mantenga la cotitularidad preexistente sobre los bienes que quedan en

condominio, no hay ninguna transmisión de cuotas. Prueba de ello son las particiones de herencia parciales referidas a determinados bienes de la herencia, las liquidaciones de gananciales también limitadas a determinados bienes de la extinta sociedad conyugal y las propias extinciones de comunidades ordinarias que se ciñen a algunos bienes. Todas estas operaciones, extraordinariamente cotidianas, son civilmente, siempre que se observe la proporcionalidad o equivalencia, eso: particiones de herencia, liquidaciones de sociedad conyugal y extinciones de condominio parciales.

Y si civilmente son eso, fiscalmente también, porque —como ya hemos indicado— no hay apoyo normativo fiscal para desvirtuar el régimen civil.

2. ¿Cuándo estamos ante una única comunidad o varias comunidades?

2.1. El criterio civil

Como hemos indicado en el apartado 1, la comunidad puede recaer sobre un único bien o sobre varios, constituyendo un patrimonio colectivo carente de personalidad jurídica:

- a) Habrá un patrimonio colectivo en una única comunidad cuando haya identidad de partícipes, dichos partícipes en todos los bienes mantengan una misma participación y las reglas aplicables a la comunidad sean iguales para todos los bienes que la integran.
- b) Habrá múltiples comunidades cuando los bienes no correspondan a los mismos partícipes; siendo los mismos, las cuotas no sean las mismas; o siendo los mismos y con las mismas cuotas, las reglas aplicables no sean las mismas.

2.2. El criterio de la DGT

2.2.1. EXTINCIONES DE CONDOMINIO RESPECTO DE BIENES ADQUIRIDOS EN COPROPIEDAD POR CÓNYUGES CASADOS EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Entiende en este caso la DGT, por todas, la consulta de 21/1/2016, que se trata de una única comunidad que se ha ido generando de forma continuada sucesivas adquisiciones en que ambos cónyuges adquirían por mitades indivisas, por tanto, con identidad de sujetos, de participación en los bienes y de reglas aplicables al condominio.

En consecuencia, la disolución de comunidad queda sujeta exclusivamente a AJD siempre que sean proporcionales las adjudicaciones a los haberes respectivos, conforme a los valores declarados.

2.2.2. EXTINCIONES DE CONDOMINIO RESPECTO DE BIENES ADQUIRIDOS EN COPROPIEDAD ORDINARIA POR HERENCIA

Presupone este caso, también muy habitual, que ha cesado la comunidad hereditaria mediante una partición «no particional», es decir, que al menos determinados bienes de la herencia se han adjudicado en condominio ordinario a una pluralidad de sucesores y en que los adjudicatarios tienen la misma cuota de participación en todos los bienes, aunque sea desigual.

Tampoco este supuesto plantea problemas para la DGT —consulta de 27/1/2015—: se trata de una única comunidad ordinaria que se ha ido generando de forma simultánea por las adjudicaciones hereditarias en pro indiviso y, por tanto, con identidad de sujetos, de participación en los bienes y de reglas aplicables al condominio.

2.2.3. EXTINCIONES DE CONDOMINIO RESPECTO DE BIENES ADQUIRIDOS INTER VIVOS EN COPROPIEDAD ORDINARIA

Aquí los criterios de la DGT son erráticos:

- a) Si se trata de una comunidad sobre una pluralidad de bienes constituida de forma simultánea o sucesiva mediante una o varias adquisiciones a título oneroso, considera que se trata de una única comunidad con la consecuencia de que la extinción de condominio proporcional a sus haberes incidirá únicamente en AJD (consulta de la DGT de 13/3/2015).
- b) Si nos encontramos ante una serie de bienes respecto de los que todos los comuneros tienen la misma participación en todos y cada uno de ellos y se rigen por las mismas reglas, pero unos han sido adquiridos por herencia, otros por donación y otros por compra venta, son múltiples las consultas que consideran que las comunidades se delimitan por el origen de los bienes: los adquiridos por herencia forman una comunidad, los adquiridos por donación otra y los adquiridos a título oneroso otra (consultas de la DGT de 11/6/2012 y 1/10/2013, entre otras).

La posición sustentada por la DGT es de nuevo estrafalaria: lo que determina una única comunidad sobre una pluralidad de bienes no es el título de adquisición,

ni la simultaneidad en la misma; es la identidad de sujetos, de cuotas y de reglas aplicables a los bienes lo que conforma ese patrimonio colectivo carente de personalidad jurídica como una sola comunidad.

Las consecuencias tributarias del criterio de la DGT son nefastas:

- a) Cada comunidad debe ser objeto de disolución independiente con sus respectivas adjudicaciones proporcionales o, en su caso, con los excesos de adjudicación que resulten.
- b) Y, además, si los excesos y correlativos defectos de adjudicación son compensados no en dinero, sino en bienes de la otra u otras comunidades, estaremos ante una transmisión onerosa sujeta a TPO.
- c) Y, todavía más, si se considera una comunidad única por los interesados, habrá múltiples permutas sujetas a TPO en lo que supongan excesos de adjudicación declarados respecto de cada una de las comunidades independientes, que son compensados con bienes de otras comunidades.

IV. REFERENCIA A SUPUESTOS ESPECIALES

1. La comunidad hereditaria como comunidad distinta de la comunidad ordinaria *versus* la comunidad ordinaria derivada de la partición

1.1. Aspectos civiles

La comunidad hereditaria es una comunidad *sui generis* que surge cuando los llamados a título de heredero a una herencia aceptan la misma y que tiene una marcada vocación de interinidad en cuanto que pone fin a la misma la partición.

Su naturaleza jurídica es muy discutida, pero es evidente que no constituye una comunidad ordinaria de los artículos 392 y siguientes del CC en cuanto que:

- a) Se proyecta en un ámbito más amplio de la comunidad ordinaria, dado que tiene una vertiente personal, pues conlleva la subrogación de los herederos aceptantes en la personalidad jurídica del causante.
- b) En el plano patrimonial es cierto que estamos ante un patrimonio colectivo carente de personalidad jurídica, pero, a diferencia de la comunidad ordinaria:
 - Sólo hay cuotas sobre la globalidad de ese patrimonio colectivo, no sobre cada uno de los bienes que lo componen.

- Cada comunero puede disponer de su cuota sobre el patrimonio colectivo, pero en modo alguno de su cuota sobre cada uno de los bienes que la integran por la sencilla razón de que no existe.

Por tanto, mientras no se realice la partición, la comunidad hereditaria es una comunidad distinta de la comunidad ordinaria. Y ello porque, aunque exista identidad de sujetos y de participación, falta la identidad de régimen jurídico.

Por el contrario, la comunidad ordinaria que surge de la partición como consecuencia de la adjudicación en pro indiviso ordinario de todos o parte de los bienes es una comunidad ordinaria y, por tanto, tiene identidad de sujetos, de cuotas y de reglas aplicables respecto de cualquier situación de condominio equivalente y, además, es susceptible de acrecentarse por ulteriores incorporaciones de bienes por los comuneros que mantengan la triple identidad de sujetos, cuotas y régimen jurídico.

1.2. *Consecuencias fiscales*

Consecuencias fiscales de todo lo expuesto son:

- a) En caso de confluencia de comunidad hereditaria con comunidad de bienes, se deben considerar comunidades independientes a efectos de su respectiva disolución:
 - La comunidad hereditaria mediante la partición que sólo podrá referirse a bienes integrantes del caudal relicto.
 - La comunidad ordinaria cuya disolución sólo podrá referirse a bienes componentes de dicha comunidad.
- b) La consideración en tal caso de una comunidad única e integración en un único «bote» de los bienes de ambas es temerario, porque el cómputo unitario improcedente determinará excesos de adjudicación declarados que además son compensados con otros bienes. Por tanto, permutas y excesos de adjudicación sujetos.
- c) Hecha la partición y concretado un pro indiviso ordinario sobre todos o algunos bienes, debemos distinguir:
 - Puede ser el ger men de una comunidad de bienes ordinaria que se acreciente con el tiempo siempre que se mantenga la triple identidad de sujetos, de cuotas y de régimen jurídico.

- Puede incorporarse a una comunidad de bienes preexistente cuando las adjudicaciones resultantes de la partición mantengan la triple identidad de sujetos, de cuotas y de régimen jurídico.
- d) Pero en todo caso, ya sea principio o desarrollo de una comunidad, estamos antes una única comunidad.
- e) Por tanto, a efectos de la disolución de dicho condominio, se debe considerar una única comunidad derivada de la regla de la triple identidad (de sujetos, de cuotas y de régimen jurídico), con las consecuencias fiscales que lo expuesto representan.

2. El *totum revolutum* en las particiones de herencia de causantes cónyuges con identidad de herederos

Un supuesto anacrónico, pero que todavía perdura, es el de considerar al realizarse la partición de los padres casados en gananciales y fallecidos con más o menos distancia, una única partición, donde se engloban a efectos de adjudicaciones de los herederos —habitualmente coincidentes— los bienes de ambos.

Pues bien, ello merece una serie de alertas:

- a) Que, caso de estar casados en gananciales, es presupuesto indispensable a efectos fiscales la liquidación de la sociedad con yugal, con referencia expresa a los bienes que a cada uno de los difuntos consortes corresponden en la liquidación de la misma. Ello tiene impacto fiscal en cuanto que:
 - Determina la fecha y el valor de adquisición de los herederos respecto de los bienes adquiridos de cada uno de los causantes a efectos de incorporación a su patrimonio, lo que es relevante en caso de ulterior enajenación de los mismos (alteraciones patrimoniales en IRPF).
 - Se constituyen dos comunidades hereditarias distintas integradas por los bienes gananciales integrados en cada caudal relicto por la liquidación de gananciales, más los bienes propios de cada cónyuge difunto.
- b) Secuela de lo anterior es que deben realizarse dos particiones referidas a cada comunidad hereditaria y cada una de ellas debe respetar el título sucesorio.

- c) La realización de una partición global que no respete lo indicado puede conllevar permutas con las consiguientes repercusiones fiscales: IRPF y TPO.

*(Trabajo recibido el 10/06/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO CONTRACTUAL

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. EN ESPECIAL, LOS INTERESES REMUNERATORIOS Y LOS INTERESES DE DEMORA*

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

RESUMEN

En el presente estudio se analiza la doctrina relativa al control de transparencia y de abusividad a la luz de la más reciente jurisprudencia de nuestros tribunales y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en especial, su aplicabilidad a las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios, como las llamadas cláusula suelo y las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios y de demora.

Palabras clave: control de abusividad, transparencia, cláusulas, préstamos, intereses remuneratorios, interés de demora.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación «Préstamo responsable y ficheros de solvencia personal», Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2013-46315), proyecto interdisciplinar con profesores de distintas universidades nacionales e internacionales, siendo el investigador principal la profesora Matilde CUENA CASAS.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

PROTECTION OF CONSUMERS AGAINST ABUSIVE CLAUSES. PARTICULARLY REMUNERATORY INTEREST AND LATE-PAYMENT INTEREST

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Contracted Civil Law Doctoral Lecturer. UCM

ABSTRACT

The present study analyzes recent case-law due to judicial ruling in our country about the control of transparency and abusive clauses as well as the doctrine of the Court of Justice of the European Union in these matters; especially, its application to clauses contained in mortgage loans like the so called «ground clauses» and those relative to ordinary and default interests.

Keywords: abuse control, transparency, clauses, loans, ordinary interest, default interest.

SUMARIO: I.—CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y DE ABUSIVIDAD. ALCANCE Y EFECTOS.—III. INTERESES REMUNERATORIOS E INTERESES DE DEMORA. SU FALTA DE TRANSPARENCIA Y EVENTUAL CARÁCTER ABUSIVO.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El préstamo o mutuo —«simple préstamo», dice el artículo 1740 del Código Civil— *«es el contrato en cuya virtud uno de los contratantes entrega al otro dinero u otra cosa fungible con condición de recibir otro tanto de la misma especie y calidad»*. El préstamo es gratuito, a menos que se hayan pactado intereses expresamente (art. 1755 del Código Civil). Esto último es lo más habitual. Ahora bien, si el prestatario los ha pagado sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital (art. 1756 del Código Civil). El préstamo hipotecario, normalmente, es un préstamo en el que se establecen intereses. Éstos son los denominados remuneratorios y equivalen al precio del dinero, o lo que cuesta que el acreedor ceda el dinero (bien fructífero) al deudor; en definitiva, los frutos que debe de obtener del mismo durante ese período. Es decir, los intereses remuneratorios u ordinarios son «los que se producen por el trascurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución», o más gráficamente, representan «el precio del préstamo»¹. Por su parte, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre de 1987² añaden que «nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vayan venciendo los plazos pactados»; y, precisa, asimismo, en su Resolución de 20 de mayo de 1987³, que «el nacimiento del crédito principal unido al trascurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su correspondiente abono, cuyo importe,

¹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2219) y de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8577).

² RJ 1987/7660 y RJ 1987/7661.

³ RJ 1987/3926. Respecto a los moratorios, señala que anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada, dentro del límite —tipo impositivo— previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará de la previa construcción del título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar.

además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el período considerado».

En este contexto, el préstamo o mutuo, con o sin intereses, es un instrumento de financiación entre particulares, pues, al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil), es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obliga a entregar una cosa o cantidad en tal o cual fecha y la otra parte a restituir en su día las cantidades que recibirá en el futuro y a pagar los intereses, si se han convenido. Ahora bien, una de las formas más habituales de financiación para la adquisición de la vivienda habitual es mediante un crédito o préstamo hipotecario concertado entre un particular y una entidad financiera o de crédito. Son precisamente estas entidades financieras —los acreedores hipotecarios— los que imponen o fijan las condiciones del préstamo garantizado, añadiendo al contrato una serie de cláusulas generales y comunes a la mayoría de ellos, a los que un particular —deudor hipotecario— no tiene más remedio que aceptar si quiere obtener la financiación solicitada. Se puede considerar hoy en día que el préstamo o crédito hipotecario se asemeja en muchos aspectos a un contrato de adhesión o contrato en masa, donde el adherente —deudor hipotecario— tiene frente al predisponente —entidad de crédito— un escaso poder de negociación respecto de la mayoría del clausulado del contrato, pues aquél sólo puede aceptar o rechazar lo que en el mismo se establece —libertad de contratar o de celebrar o no el contrato—, pero carece de libertad contractual —de decidir sobre el contenido del contrato—, lo que puede ocasionar un cierto desequilibrio importante entre las partes. De ahí que la intervención de la voluntad de quien se adhiere al contrato se limita, pues, únicamente a la adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional respecto del que no se está en condiciones ni de influir ni de negociar. Estamos entonces ante un consentimiento puramente formal del clausulado contractual. Ciertamente, la moderna configuración del marco de validez y eficacia de las condiciones generales de la contratación se formula necesariamente desde la caracterización jurídica que comporta el fenómeno que se denomina contratación en masa o seriada, que incide en un sector relevante del tráfico patrimonial; por lo que conceptualmente debe precisarse que esta práctica negocial constituye un modo de contratar claramente diferenciado de la contratación por negociación que contempla nuestro Código Civil⁴. Precisamente, tal práctica negocial seriada tiene un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar la validez y eficacia última no

⁴ Así lo ha apuntado la jurisprudencia más actual de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Así, las sentencias de este Alto Tribunal, Sala Primera, de 18 junio de 2012 (RJ 2012/8857), que reconoció por primera vez que la normativa de consumo, particularmente la contratación bajo condiciones generales, cumple una función de configurar el ámbito contractual y con ello incidir en el tráfico patrimonial, comportando un modo de contratar diferente a la contratación por negociación; de 10 de marzo de 2014 (RJ 2014/1467); de 7 de abril de 2014 (RJ 2014/2184), ambas referidas al ámbito de un contrato por negociación, y de 8 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/4660 y RJ 2014/6872).

tanto en el consentimiento del adherente y en la falta de negociación de las cláusulas contractuales, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en aras a procurar un equilibrio prescricional y comprensibilidad real de los que representan las condiciones generales en sí mismas consideradas. Al respecto, señala acertadamente ORDUÑA MORENO que «se puede afirmar que el control de validez y eficacia contractual que proyecta la valoración de la abusividad queda imbricado en el desenvolvimiento de las directrices de orden público económico, como fundamento dinamizador del nuevo contenido y función que desempeñan los principios de buena fe y de conmutatividad en la ordenación del tráfico patrimonial seriado; particularmente en la proyección del principio de buena fe como fuente de especiales deberes de conducta contractual, claramente conectada al control de transparencia y en el reforzamiento del justo equilibrio entre las prestaciones, como regla de la economía del contrato derivada del principio citado de conmutatividad del comercio jurídico»⁵.

Ahora bien, sólo puede solicitar la nulidad de una cláusula por abusiva quien ostenta la condición de consumidor o usuario⁶; toda vez que quien no reúna dicho carácter, si pretendiera alegar la nulidad de una cláusula, debería acudir a un jui-

⁵ ORDUÑA MORENO, Fco. J.: *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch, tratados, Valencia, 2016, pág. 27.

⁶ El artículo 3 del Real Decreto-legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, señala que ostentan la condición de consumidor o usuario «*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial*». Por su parte, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, define al consumidor como «*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*» (artículo 2 b); y considera profesional a «*toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*». En todo caso, sólo se puede considerar consumidor a quien contrata con un profesional. Ahora bien, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Judec Oradea (Rumanía) mediante resolución de 25 de febrero de 2014, recibida por el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2014 (*La Ley* 1101020/2015), señala que «el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional de referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, con un inmueble perteneciente al citado bufete». Por lo que un abogado puede ser considerado consumidor y usuario cuando concierne un contrato de crédito que no está vinculado a su actividad empresarial, aunque esté aquél garantizado mediante una hipoteca que grava bienes destinados al ejercicio de su actividad profesional, como puede ser el pertenecer a un bufete en su condición de letrado.

cio declarativo ex artículo 698 de la LEC, que no tendría como efecto la suspensión del procedimiento hipotecario; y al adherente no consumidor sólo le resultaría aplicable la regla contenida en el artículo 8.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que se limita a reproducir el régimen de nulidad contractual del Código Civil por contravenir norma imperativa o prohibitiva.

II. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y DE ABUSIVIDAD. ALCANCE Y EFECTOS

Sobre tales bases, haya que señalar que en este modo de contratar en masa las cláusulas prerredactadas que se aplican a todos los contratos del mismo tipo —generalización— son condiciones generales de la contratación. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno (Sala de lo Civil), de 9 de mayo de 2013⁷ —relativo a cláusulas suelo—, confirma que las cláusulas de un préstamo hipotecario pueden considerarse como condiciones generales de la contratación al reunir las mismas los elementos esenciales de éstas. De ahí que les resulte aplicable toda la normativa de protección de consumidores. Así, por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de diciembre, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC); y, por otro, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) —artículos 80 a 91—, que establece un régimen de protección más específico e intenso, cuando el adherente es consumidor y no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente.

Las condiciones generales de la contratación, como cláusulas predisuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente (artículo 82.1), es decir predisuestas e impuestas. El artículo 1.1 de la LCGC dispone precisamente que son condiciones generales de la contratación «*las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*». Por ello, constituyen requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente:

1. La contractualidad: Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deri va del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión;

⁷ RJ 2013/3088.

2. La predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su caracterización el no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos; y,
3. La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. En todo caso, este carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; y, tratándose de condiciones generales, se añade además el hecho de que se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos o destinadas a tal fin, pues, como afirma la doctrina, se trata de declaraciones negociales cuya finalidad es disciplinar de manera uniforme los contratos que se van a convenir —generalidad.

Por otro lado, hay que señalar que, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, resulta irrelevante: a) la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, y b), que el adherente sea un profesional o consumidor. Asimismo, en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, y de hecho para el empresario muy probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de éste. Otra cosa es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a coherencia son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario.

De este modo, el régimen de la LCGC, por un lado, es más amplio que el del TRLGDCU, puesto que se aplica no sólo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor. Por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado que el del TRLGDCU, pues sólo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el TRLGDCU incluye, además de éstos, los contratos particulares que hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente.

En este contexto, el artículo 82 del TRLGDCU introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente:

1. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato (número 2).

2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que ha sido negociada (art. 82.2, párrafo segundo).

1. Las reglas de control de inclusión o incorporación —incluye el control de transparencia— establecen los requisitos previos que deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (artículos 5 y 7 a 10 de la LCGC y el artículo 80.1 del TRLGDCU).

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas: 1. Las reglas de control... artículo 80.1 del TRLGDCU y después de esta frase lo siguiente: 2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales contienen criterios de interpretación favorables al adherente (artículo 6 de la LCGC y 80.2 TRLGDCU); 3. Por último, las reglas de control de contenido que se dirigen a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo o las contrarias a la ley.

En relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, éste incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno (Sala de lo Civil), de 9 de mayo de 2013⁸, sostiene que cabe un doble control de transparencia:

- i) El control de inclusión que supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la LCGC, de manera que las cláusulas generales han de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que el adherente ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida, como recordamos, por la Orden EHA/2899/2011, y
- ii) Una vez incorporadas las condiciones al contrato, han de superar el control de transparencia —esto es, del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato, por lo que se identifica como un control de contenido—, de forma que la cláusula no sólo ha de ser clara y comprensible gramaticalmente para el contratante consumidor, sino también que resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la

⁸ RJ 2013/3088.

prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión clara y sencilla de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado⁹.

Este último control, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que supondría un control sobre el caso concreto y que tiene por objeto que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada permite al consumidor determinar si se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). Por lo que no se supera el control de transparencia si estas cláusulas están «enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que, considerado aisladamente, sería claro».

En todo caso, este control de transparencia, que se identifica con un control de contenido, exige, en los términos indicados, que el consumidor pueda conocer la carga económica real del contrato para poder valorar correctamente si lo quiere celebrar, y para poder comparar de manera adecuada las diferentes ofertas de productos dentro del mismo sector¹⁰ y, asimismo, que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tiene la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues dichas cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, se transforman en la *praxis* en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de tal cláusula. En consecuencia, la oferta de interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

⁹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 26 de mayo de 2014 (RJ 2014/2955) y de 3 de noviembre de 2014 (RJ 2014/5274).

¹⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo, 2014, pág. 336.

Al respecto, los criterios que enumera el Tribunal Supremo en tal sentencia de 9 de mayo de 2013, para valorar la falta de transparencia, y que según el auto de aclaración de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2013¹¹, no constituyen lista cerrada, son:

- a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato;
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas;
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar;
- d) No hay información previa, clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas; y,
- e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Este control de transparencia, según indica la sentencia de 9 de mayo, revela únicamente si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo, no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. Pero si no se supera el control de transparencia habrá que analizar este extremo, porque no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible —falta de transparencia— es abusiva. Este control de contenido consiste en valorar si, en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 del TRLGDCU. Es por ello que el Tribunal Supremo considera nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a enjuiciamiento porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resulta contrario a la buena fe, porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato, pues cree que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para él que la que realmente está contratando¹². Si el consumidor hubiera acepta-

¹¹ RJ 2013/3617.

¹² *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, de 21 de marzo de 2014 (AC 2014/648), y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 30 de abril de

do de forma libre, voluntaria y consciente estas cláusulas, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrían entenderse abusivas porque el control de transparencia legitimaría su validez.

Ahora bien, la sentencia dictada de nuevo por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014¹³ se vuelve a pronunciar sobre el control de transparencia de la misma y considera que la doctrina de la anterior sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013¹⁴, concerniente a las condiciones generales de la contratación, como práctica negocial referida precisamente a la valoración seriada de tal cláusula suelo, resulta plenamente aplicable al caso que se enjuicia en esta nueva resolución. En concreto, se reproducen distintos apartados de la señalada sentencia de 9 de mayo de 2013 que califican a la cláusula suelo como condición general de la contratación. Si bien, hay que señalar que, en esta sentencia, a diferencia de la anterior, de 9 de mayo de 2013, no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que únicamente aplica el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo—, implícita en el marco general del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad—, derivado de la falta de transparencia de la cláusula, desaparece. Ciertamente, de los dos conceptos de «orden público económico» que atribuye amplios poderes a los jueces —parágrafo 111— y el «orden público económico» como argumento para que la sentencia carezca de eficacia retroactiva —parágrafo 293—, se opta por el primero¹⁵. Con ello se continúa la doctrina de esta Sala, iniciada con la sentencia de 18 de junio de 2012¹⁶,

2014 (AC 2014/1000); falta de información suficiente y ausencia de simulaciones de escenarios diversos; en consecuencia, falta de transparencia.

¹³ RJ 2014/4660.

¹⁴ Para CARRASCO PERERA, Á., y GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «La sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional», *La Ley*, año XXXIV, núm. 8159, de 30 de septiembre de 2013, pág. 1, sostiene que «la sentencia incurre en inconstitucionalidad: 1) Por pervertir el sistema de fuentes del Derecho; 2) Porque sitúa a las entidades financieras ante la tesitura de un “cumplimiento perverso» de la normativa sectorial; 3) Porque impide a las entidades condenadas y al resto de las entidades orientar su conducta futura de cumplimiento en el sentido de la exigencia impuesta por la sentencia; 4) Porque incurre en manifiesta incongruencia *extra petita*; 5) Porque contiene argumentos contradictorios relativos a lo que promete hacer y lo que efectivamente hace para respetar la prohibición de indefensión; y, 6) Porque no ha permitido a las partes ni realizado por su cuenta ninguna actividad probatoria relativa a los nuevos hechos “incriminatorios» introducidos en el proceso».

¹⁵ *Vid.* SÁNCHEZ MARTÍN, C.: «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas». Su definitiva plasmación y su fundamentación técnica», *La Ley*, 2 de marzo de 2015, pág. 15.

¹⁶ RJ 2012/8857. En esta sentencia se trata de resolver el carácter abusivo de un préstamo que se contrató a un interés muy superior al habitual, si bien, ese mayor interés se justificaba por las circunstancias singulares de refinanciación de dicha operación y por los riesgos que asumía el prestamista, a lo que se unía el hecho probado de que el prestatario conocía perfectamente y asumía esa circunstancia excepcional que implicaba un tipo de interés más elevado del normal por el riesgo que entrañaba su refinanciación. Al respecto, en primer término, se refiere la sentencia a la relación entre los criterios interpretativos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el marco

y continuada por las sentencias de 17 y 18 enero de 2013, 13 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014, que declara que la cláusula que regula el interés remuneratorio, en tanto afecte al objeto principal del contrato de préstamo, no podrá ser declarada abusiva, aunque sí debió superar el control de transparencia en orden a una adecuada comprensibilidad de la cláusula.

De esta forma, se actúa únicamente sobre el control de transparencia real y, asimismo, en la línea con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencia de 18 de junio de 2012, 15 de enero de 2013, 17 y 18 de enero de 2013, 18 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014), se destaca que con ello «se opera conforme al acervo y el peso de la formación del derecho contractual europeo que, a tenor de sus principales textos de armonización, se advierte la profundidad de este proceso, a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las directrices del orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito concreto de las condiciones generales, tiende a superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y por extensión al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de

general de interpretación del Código Civil. Así se señala que «cabe establecer en el plano de la interpretación contractual que se da una clara compatibilidad entre el específico control establecido para la contratación bajo condiciones generales, acuerdos y el marco general de interpretación del Código Civil. La razón primaria de esta compatibilidad radica en la propia y necesaria abstracción del proceso interpretativo que alcanza, ineludiblemente, a todo orden o tipo de control sobre el contenido y aplicación de las normas, de suerte que los propios controles de inclusión, transparencia y de contenido que prevé la regulación de las condiciones generales de la contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De esta forma, los mismos requisitos de incorporación que contempla esta legislación (artículo 5.5. LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez” se ha realizado desde una previa labor interpretativa. En todo caso, la razón de compatibilidad viene establecida expresamente en las reglas de interpretación de la citada ley, artículo 6.3, en donde se remite supletoriamente a las disposiciones sobre interpretación de los contratos recogidos en el Código Civil. De forma implícita, idéntica protección la encontramos en el régimen aplicable a la declaración judicial de su no incorporación o nulidad de la cláusula, en donde la sentencia estimatoria debe “aclarar”, esto es, interpretar, el alcance de la eficacia contractual resultante o, en su caso, la justificación de la nulidad operada (artículo 9.2 de la Ley). Todo ello sin perjuicio del alcance interpretativo del artículo 1288 del Código Civil y su incidencia en la llamada “*interpretatio contra stipulationem*” o del alcance el principio de buena fe como elemento de interpretación integradora del artículo 1258 del Código Civil». Y, en segundo término —aunque bien como *obiter dictum*—, se delimita el control de transparencia como control separado y distinto del control de contenido. Se indicia que «el control de inclusión y el control de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido o control de abusividad, sobre elementos esenciales del contrato (artículo 4.2 de la Directiva del 93)». De forma que, «no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa, sino, en su caso, de elementos esenciales del contrato que tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en su conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a tener para la otra parte».

las condiciones generales de la contratación». Lo cierto es que, en relación al presupuesto de comprensibilidad de la reglamentación predispuesta se ha profundizado en el control de transparencia como un *plus* u obligación que tiene el contratante predisponente.

Por todo ello, en atención al contexto descrito, conviene resaltar desde la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal, que se tiende, en primer lugar, a superar la concepción liberal del contrato por negociación regulado por el Código Civil, basado en el principio del *pacta sunt servanda*, en aras como establece la propia resolución, a una aplicación material de los principios de buena fe, en este caso, no como fenómeno integrador de la voluntad (art. 1258 del Código Civil) y de conmutatividad en el seno del fenómeno de las condiciones generales de la contratación y en los distintos planos de control y eficacia de este fenómeno. En segundo lugar, se destaca la realidad de la catalogación de la contratación bajo condiciones generales de la contratación como un modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en nuestro Código Civil. De ahí que, en el plano conceptual, este fenómeno representa un ámbito contractual propio que incide en un importante y novedoso sector del tráfico económico, delimitador de multitud de relaciones económicas de intercambio de bienes y servicios. Por lo que la contratación en masa, conceptualmente diferente del contrato por negociación, tiene, a su vez, un presupuesto causal propio y específico. De forma que su fundamento no es tanto garantizar la validez del consentimiento del adherente, desde el plano del error vicio, como la del cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual que, en contraposición a la asimetría inicial y evidente en la posición inicial de las partes, cumpla con un necesario equilibrio contractual y una necesaria comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predispuesta en sí misma considerada (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, 10 de marzo de 2014, 11 de marzo de 2014 y 7 de abril de 2014).

De acuerdo con la anterior caracterización, debe señalarse que en el ámbito del derecho de la contratación, particularmente en la contratación bajo condiciones generales, el control de transparencia viene a responder a un previo y especial deber contractual de transparencia que impone al predisponente el deber de configuración contractual plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. De lo que se pueden extraer diversas consecuencias relevantes en orden al juicio de valoración propio de este mecanismo de control:

1. Tal control, como hemos señalado, es ajeno al error vicio y en consecuencia a la validez del consentimiento otorgado, por lo que el control de transparencia se proyecta de modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber de comprensibilidad real en el curso

de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende de esta forma que el control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, como opera fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no va a tener por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, sino que va a descansar en la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 (C-427/11) y 14 de marzo de 2013 (C-415/11) y la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014).

2. El control de transparencia como parte integrante del control general de abusividad no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligibilidad gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.
3. El enjuiciamiento de la materia es de carácter exclusivamente jurisdiccional, lo que no pueda ser suplido por el cumplimiento de la norma sectorial bancaria en orden a la licitud y transparencia meramente formal de la cláusula en la contratación seriada; y,
4. Por último, sin perjuicio de la función prevalente que tienen los notarios sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, la comprensibilidad real propia de este control debe inferirse, en una labor propiamente jurisdiccional, del propio desarrollo interpretativo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, «no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia»¹⁷.

Sobre tales bases, hay que señalar que este control de transparencia, como ha sido delimitado en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo,

¹⁷ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 18 de febrero de 2016 (RJ 2016/619), al aludir a la abusividad que «como se observa un círculo vicioso que oculta lo que realmente resulta obvio: que la cláusula abusiva no lo es en abstracto, sino en la concreta configuración que adopta en la reglamentación predispuesta».

ha recibido confirmación en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13), al destacarse en la misma que en el ámbito del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, respecto de aquellas cláusulas que por referirse al objeto principal del contrato no pueden someterse a un control de contenido —juicio de abusividad—, no predetermina la necesidad de que sean claras y comprensibles y que esta comprensibilidad no puede reducirse a un plano formal y gramatical, sino que, en clave de carga económica, se ha de examinar que el consumidor podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, sino también, a la hora de evaluar las consecuencias de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución y para el coste total del préstamo —comprensibilidad real de la carga económica y jurídica—. Así viene a conformar el control de transparencia de las cláusulas predisuestas al destacar que «una cláusula contractual debe redactarse de una manera clara y comprensible, lo que se ha de entender como una obligación no sólo que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de divisa extranjera a la que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

Por todo ello, el control de transparencia es objetivo (pautas de incorporación de la cláusula) y tiene como objeto valorar si la incorporación de la cláusula permite al consumidor comprobar el equilibrio entre precio y prestación. Es decir, la finalidad del contrato (objetivo) no es comprobar si existe un equilibrio interno entre el precio y prestación (equilibrio objetivo), sino determinar si ese equilibrio puede ser percibido por el consumidor (equilibrio subjetivo); no se deben confundir las características del control objetivo con su finalidad (verificar si se transmite a los sujetos una clara comprensión de la relación entre precio y prestación). El control de transparencia es objetivo y además abstracto, como así indican las señaladas sentencias del Tribunal Supremo. Si bien, toda transparencia desde una aplicación finalista es siempre subjetiva porque el destinatario de la información es siempre un sujeto. Ahora bien, el control de transparencia no pretende satisfacer exigencias sobre la libre y consciente prestación del consentimiento ausente de vicios que lo invalidan, sino que tiene como finalidad asegurar que los medios empleados para garantizar la transparencia son eficaces e idóneos para la comprensión de la cláusula por el destinatario. Por tanto, el control de transparencia no se ciñe al contenido de la cláusula o a la cláusula en sí mismas consideradas (en abstracto), sino a todas las circunstancias que rodean la actividad de contratación del predisponente y, en particular, las referidas a la incorporación de las estipulaciones. En definitiva, el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el

desarrollo razonable del contrato. Ese control de comprensibilidad abarca tanto la carga económica del contrato celebrado (onerosidad o sacrificio patrimonial que supone la aceptación de la cláusula como contrapartida a la prestación económica que se quiere obtener) como su carga jurídica (definir y destacar la cláusula como elemento esencial del contrato que determina la obligación de pago del prestatario y delimita la asignación o distribución de los riesgos de su aplicación y desarrollo). Además, las reglas de interpretación de las condiciones generales contienen criterios de interpretación favorables al adherente (artículos 6 de la LCGC y 80.2 del TRLGDCU). Y, por último, las reglas de control de contenido se dirigen a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la ley. Nuestro Derecho establece sólo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (artículos 80 y 82 del TRLDCU), de forma que no hay un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino sólo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor.

De no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del artículo 7 de la LCGC; y si no merece tal calificativo, es nula de pleno derecho (artículo 6.3 del Código Civil).

Por otro lado, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores exige que el contenido de las mismas responda a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» (artículo 80.1 c) del TRLGDCU). Además, el artículo 82.1 establece que: *«se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del TRLGDCU, son abusivas las cláusulas que: a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) Limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; f) Contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable¹⁸. Asimismo, se consideran abusivas, en todo caso, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU.

¹⁸ CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013, pág. 96.

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/2012, caso Constructora Principado), ha destacado el ámbito objetivo que el juicio de abusividad se limita al examen del contenido de la cláusula en el momento de contratar al declarar que «para apreciar la posible existencia de desequilibrio importante, se ha de tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de éste».

De calificarse una cláusula de abusiva, la misma conlleva la nulidad parcial con integración del contrato (artículo 1258 del Código Civil) o la nulidad total de éste.

Recientemente, por un lado, el Juzgado de lo Mercantil, número 11, de Madrid, de 7 de abril de 2016¹⁹, ha declarado la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores por falta de transparencia; se condena a las entidades demandadas a eliminar las citadas cláusulas de los contratos en que se insertan y a cesar en su utilización de forma no transparente; se declara, asimismo, la subsistencia de los contratos de préstamos hipotecarios en vigor suscritos por las entidades bancarias demandadas en los que se haya incluido las cláusulas cuya utilización se ordena cesar; y se condena a las entidades bancarias demandadas a devolver a los consumidores perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, con los intereses que legalmente correspondan. Sin expresa condena en costas. Así se ha condenado a 40 bancos y cajas a eliminar las citadas cláusulas suelo de los contratos y a cesar en su utilización de forma no transparente. Esta resolución es recurrible en apelación en un plazo de veinte días desde su notificación ante la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid. El Banco Sabadell ha recurrido la citada sentencia defendiendo la transparencia de sus cláusulas suelo. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 13 de abril de 2016²⁰, ha acordado anular por falta de transparencia las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamos suscritos por la Caja España de Inversiones en base a los siguientes argumentos: 1. Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento destinatario del objeto principal del contrato; 2. La cláusula suelo se ubica entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascarados y que diluyen la atención del consumidor; 3. La cláusula crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero; 4. Ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de

¹⁹ *La Ley*, 20573/2016.

²⁰ JUR 2016/77483.

contratar y en fase precontractual; y 5. Inexistencia de advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la misma entidad. La sentencia, sin embargo, no se pronuncia sobre los efectos económicos de la anulación, ya que no fueron solicitados por las partes.

Y, por otro lado, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1, de Santander (Cantabria), de 25 de abril de 2016, después de considerar probado que los demandantes —licenciados en empresariales, aunque dedicados a otra actividad laboral, por lo que no se les puede atribuir una mayor capacidad para comprender las consecuencias del contrato como alegaba la parte demandada— «no recibieron información suficiente y clara»; que el «contenido farragoso» de la cláusula y el que apareciera «entre muchos datos» de la escritura de compraventa «hacen imposible su comprensión»; y que al dar la información del préstamo hipotecario, el banco «incidió más en las bonificaciones» si los clientes contrataban determinados productos, tal y como hicieron sin que se pudieran beneficiar de las mismas; ha entendido que los demandantes recibieron una deficiente información sobre lo que contrataban, es decir, sólo se introdujo la cláusula en perjuicio del demandante y en beneficio del demandado —Banco Popular— que, asimismo, aseguró no verse perjudicado por la excesiva bajada del Euribor, así como que no ponía límites a una eventual subida del mismo, lo que resalta aún más el desequilibrio entre las partes. Por tanto, se entiende que la cláusula suelo ha actuado sólo en contra del consumidor y nunca de la entidad financiera. Por todo lo anterior, se estima íntegramente la demanda y se declara la nulidad de la cláusula suelo instando al cese de la misma y condenando al Banco Popular a devolver todo lo cobrado «indebidamente» desde que se firmó el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el 7 de septiembre de 2009, y no desde el 9 de mayo de 2013, tal y como ordenó el Tribunal Supremo —lo que supone tres años y ocho meses más de tiempo, que si sólo se aplicase la citada doctrina del Tribunal Supremo—. Opta, por tanto, por una retroactividad total de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo. En consecuencia, se obliga a devolver por parte de la entidad un total de 2707 euros cobrados indebidamente desde la suscripción del préstamo hipotecario hasta la interposición de la demanda, así como las cantidades que la entidad financiera haya podido cobrar en exceso durante la tramitación del procedimiento. Además se remarca que en el presente caso estamos ante una acción individual, no colectiva, por lo que la nulidad de la cláusula está «lejos de producir un grave trastorno a la economía nacional». La sentencia también impone las costas judiciales al Banco Popular, si bien esta entidad financiera ha anunciado que recurrirá la sentencia.

Asimismo, un Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 3 de Teruel, de 10 de mayo de 2016 (número 1/2016), acuerda como medida cautelar la suspensión de la aplicación de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario suscrito por D.^a Azucena A. M. y D. Rubén H. A. con la entidad «Caja Rural de Teruel, Sociedad Cooperativa de Crédito», en fecha 28 de febrero de 2007. Todo

ello con expresa condena en materia de costas procesales al solicitado «Caja Rural de Teruel, Sociedad Cooperativa de Crédito». Para la adopción de tal decisión se señala en el citado Auto que, «en cuanto a las medias cautelares que se pueden adoptar, el artículo 727.11 de la LEC menciona «aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio». Siempre y cuando concurren los requisitos del artículo 728 del mismo texto legal, es decir, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), peligro por la mora procesal (*periculum in mora*) y el deber por parte del actor de prestar caución suficiente para hacer frente a los daños y perjuicios que, en su caso, se pudieran irrogar al demandado por la adopción de la medida cautelar. Por lo que, al entrar en el fondo del asunto, resulta necesario pronunciarse sobre si en el asunto de autos los requisitos exigidos en el artículo 728 de la LEC, de apariencia de buen derecho, peligro de mora y la obligación de prestar caución por el solicitante de la medida cautelar». Respecto de los requisitos mencionados, se indica al respecto que «concurren en este caso la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), regulada en el artículo 728.2 de la LEC, ya que hace referencia a la pretensión principal del solicitante, porque sólo quien aparentemente tenga la posibilidad de ganar un pleito puede pedir que se asegure la efectividad de la sentencia favorable; no siendo necesario el convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, sino bastando con la posibilidad de que su pretensión sea estimada. Es por ello que el juicio de probabilidad en que consiste la apariencia de buen derecho incluye, a su vez, dos aspectos: 1. Debe abarcar los supuestos de hecho en que la pretensión descansa, de forma que si estos hechos aparecen poco probables o quizá falsos, el juicio de apariencia de buen derecho será negativo; y 2. Debe abarcar también la conclusión jurídica en que descansa la pretensión del actor. No se trata de que el juzgador realice en este momento la operación jurídica que ha de hacer en la sentencia, sino de concluir que a primera vista la aplicación del derecho a los hechos resaltados conlleva la conclusión querida por el actor. Del artículo 728.2 de la LEC se deduce que el solicitante no sólo ha de presentar datos y argumentos necesarios, sino también las justificaciones documentales que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión». Por lo que, «en este caso concreto, la apariencia de buen derecho concurre en el momento en el que se admiten y declaran pertinentes los documentos que acompañan la demanda del juicio principal, donde mediante otrosí digo se insta esta solicitud de medida cautelar previa y que, además, sustentan la pretensión que la parte solicitante plasma en el escrito que da origen a estas actuaciones, la cual no es otra que pudiese darse la circunstancia que el contrato de préstamo hipotecario suscrito contuviera cláusulas abusivas que suponen un grave desequilibrio de intereses, perjudicando notablemente a la actora merced a un incumplimiento de la demandada en su deber de información. Cabe recordar cómo a tenor de la testifical del Sr. Pérez Vela, director de la sucursal de la «Caja Rural de Teruel», quien, pese a tener interés en el pleito merced a su relación laboral, reconoció expresamente que no firmó ninguna de las simulaciones que al pare-

cer y según manifestó tuvieron lugar». Consecuentemente con ello y, pese a la negociación previa con posteriores explicaciones dadas en la Notaría relativas a la cláusula suelo, se pone de manifiesto que «en ausencia de tal material probatorio, difícilmente puede mantenerse que se cumplieran los controles de transparencia y que se informara a los clientes de las incidencias que la cláusula suelo tendría durante la vida del préstamo. En ausencia de tal material probatorio (firma de simulaciones durante la vida del préstamo), el solicitado no ha acreditado que se informara al solicitante —de forma clara, concreta y concisa— que el Euribor podría bajar considerablemente, llegando incluso a ser negativo (como así sucedió) y, sin embargo, su escritura seguiría limitada al 3% merced a la cláusula objeto de la presente *litis*». Además, «dicha cláusula suelo fue impuesta e incorporada al préstamo con carácter general por la entidad bancaria, presentando *ab initio* un carácter claramente abusivo que en cualquier caso deberá dilucidarse en el pleito principal». Finalmente, en cuanto al requisito de peligro de mora, dispone que, «llegados a este punto, el peligro que el asunto de autos puede evitarse con la medida cautelar solicitada, es evitar la sobrecarga económica que dicha cláusula abusiva genera a la actora, dado que no pueden disponer para sus propias necesidades de ese dinero que, a su entender, injustificadamente abonan al Banco, generando una sobrecarga económica claramente perjudicial para su economía básica y familiar». Así pues, concluye que, «en virtud de lo expresado anteriormente, es evidente que en caso de no adoptarse la medida cautelar solicitada podría existir un grave riesgo para la parte actora o solicitante de la medida, pudiendo carecer de sentido todo pronunciamiento que se dictare en procedimiento ordinario».

Por su parte, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 22, de Sevilla, de 21 de abril de 2016 (sentencia núm. 100/2016), después de declarar nula por abusiva la condición general de la contratación —cláusula suelo—, establecida en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de 27 de julio de 2005, condena a la entidad a recalcular el cuadro de amortización del préstamo hipotecario, sin aplicar la cláusula suelo desde la fecha de 9 de mayo de 2013 hasta el fin del préstamo. De igual modo, condena a la entidad bancaria a reintegrar al demandante las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013 hasta la actualidad —en la línea con la doctrina fijada por el Tribunal Supremo—, más los intereses legales desde la fecha del emplazamiento, cantidad que se tendrá que determinar en la ejecución de la sentencia, pero que podría ascender, de principal, a más de 6.000 euros. La entidad se opuso a la demanda manifestando que la cláusula suelo reunía los requisitos del doble control de transparencia exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que hubo negociación entre las partes antes de suscribir el contrato de préstamo hipotecario, defendiendo además la validez y licitud de la cláusula suelo objeto de *litis*. No obstante, el juez manifiesta que «de la prueba practicada en los presentes autos, en modo alguno ha quedado acreditado que con anterioridad a la firma de la escritura de préstamo hipotecario objeto de *litis*, la entidad demandada le hubiera entregado el folleto informativo previsto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 2004, ni la

oferta vinculante indicada en dicha normativa, ni que se le hubiera informado sobre ella. De este modo, se está infringiendo lo establecido en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 anteriormente referida, circunstancia exigida para que se cumpla el primer control de transparencia anteriormente citado». Además «el actor, no sólo en su demanda, sino también en el propio acto del juicio, al contestar a las preguntas del letrado de la parte demandada en la prueba de interrogatorio de parte, manifiesta que la entidad bancaria no le entregó ni el folleto informativo ni la oferta vinculante. Reconoce el actor que acudió a la oficina de la entidad bancaria para solicitar el préstamo hipotecario, ya que en dicha oficina tenía abierta una cuenta bancaria. Solamente reconoce que el empleado de la entidad le informó sobre el capital, los plazos de devolución y el tipo de interés de las cuotas correspondientes, pero que en ningún caso se hizo mención de la cláusula suelo». Asimismo, el juez asevera que «tampoco consta acreditado que al actor se le realizaran simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés y, en concreto, del comportamiento de la cláusula suelo. De este modo, se incumple el segundo nivel de control de transparencia. El propio actor, en el acto de juicio, negó que se hubieran realizado simulaciones de escenario y, pese a que el testigo manifestó que se le explicó personalmente la cláusula suelo y se hicieron diversos escenarios sobre el comportamiento de los tipos de interés, es insuficiente dicho testimonio para entender acreditada esta circunstancia». En consecuencia, «no consta que se haya ofrecido información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad». Por todo ello, concluye que, «de contenido de la escritura y ante la ausencia de simulaciones de escenarios sobre el comportamiento de los tipos de interés, el consumidor no ha podido conocer realmente la repercusión económica que la cláusula suelo tiene en la relación contractual, lo que ha dado lugar a un importante desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que se derivan del contrato para ambas partes, ya que de hecho se ha convertido el tipo de interés variable en un tipo de interés fijo a la baja, protegiendo únicamente los intereses económicos de la entidad bancaria. De este modo, se frustran las expectativas del consumidor, ya que frente al interés fijo correspondiente a la primera anualidad (3,50%) al contratarse un tipo de interés variable para las siguientes anualidades, en todo caso debe hacerse con la finalidad de que los tipos de interés puedan bajar del primer porcentaje de interés fijo, abaratando de este modo las cuotas mensuales a pagar. En la práctica, sucede todo lo contrario, ya que, al aplicarse una cláusula suelo del 3,50%, nunca los intereses serán inferiores al interés fijo de la primera anualidad, con el consiguiente perjuicio para el consumidor». Por todo ello, «procede declarar la nulidad de la cláusula suelo objeto de *litis*».

Ciertamente, las cláusulas suelo vienen a fijar el interés mínimo que el deudor hipotecado pagará al banco por el dinero que le presta aun en el caso que el Euribor baje del nivel que establece esa cláusula. Esto impide que aquél se pueda beneficiar al completo de la caída de ese índice de referencia. No obstante, cuando el contrato de préstamo hipotecario incluye este límite suele venir acompañado de una cláusula

la techo que fija el interés máximo que pagará el deudor hipotecario. Éste sirve, por el contrario, para proteger al consumidor frente a un incremento eventual del Euribor. Ahora bien, tradicionalmente los bancos han situado el techo en un nivel alto —en torno al 12 por 100— que evidentemente no se ha activado; lo que, en esencia, ha generado un evidente desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor y un sobrecoste. Además, las hipotecas a tipo variable pueden incluir también cláusulas todavía más complejas, como seguros frente a tipos de interés (*swaps*), de forma que el banco y el deudor hipotecario pactan que, ante diversas circunstancias y durante un tiempo acotado, éste pagará un tipo de interés fijo en lugar de uno variable, la entidad financiera abonará la diferencia si el Euribor es superior al tipo pactado, pero si está por debajo del mismo, será el deudor el que abone la diferencia, circunstancia esta última de la que habitualmente no se informa.

En este contexto, la actual situación de crisis económica ha supuesto un incremento notable de las ejecuciones hipotecarias ante el impago de la cuota del préstamo hipotecario, del no beneficio de la posible caída del Euribor por la existencia de cláusulas suelo y, por ende, un aumento de la cantidad a pagar en concepto de intereses de demora que condenan al deudor a una situación de insolvencia permanente, pues la mayoría se habían pactado. Si bien, este sobreendeudamiento del consumidor se ha visto paliado por la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, conforme viene siendo interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante la insuficiencia de la legislación concursal y de la normativa hipotecaria y procesal en materia de ejecución hipotecaria y de ejecución de títulos no judiciales. De todas formas, estas últimas legislaciones han sido objeto de sucesivas reformas, forzadas en ocasiones por la propia jurisprudencia del citado Tribunal de Justicia, que han puesto de manifiesto las importantes carencias y deficiencias de nuestras leyes procesales e hipotecarias. En todo caso, no debe olvidarse que la normativa comunitaria es de aplicación directa, pues forma parte del ordenamiento español.

Así, la primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ha pronunciado directamente sobre el proceso de ejecución, ha sido la sentencia de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11. Caso Ariz), dictada en un asunto por el que se resolvió la cuestión prejudicial planteada por el asunto por el que se resolvía la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, respecto de la interpretación de la Directiva 93/13, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En dicha sentencia se declara que «la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de la cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca

del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final».

Atendiendo a los planteamientos de la misma, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social en relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria, y el procedimiento ordinario de ejecución dineraria, cuya normativa reguladora es de aplicación supletoria al primero en virtud de lo dispuesto en el artículo 681.1 de la LEC, se permite el control sobre las cláusulas abusivas en los procesos de ejecución de títulos no judiciales, como en la ejecución hipotecaria. Lo que supone un notable avance respecto del sistema anterior, que impedía cualquier pronunciamiento al respecto tanto de oficio como a instancia de parte. El nuevo sistema articula la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas en vía de ejecución en dos momentos: por un lado, impone al juez que realice un control *ex officio in limine litis*; y, por otra, faculta al ejecutado para que, en vía de oposición a la ejecución, alegue la existencia de cláusulas abusivas.

Este control *ex officio* previo a la admisión a la demanda de ejecución se regula en el nuevo párrafo añadido al artículo 552.1 de la LEC, que resulta aplicable tanto a la ejecución hipotecaria como en la ejecución de títulos no judiciales²¹; lo

²¹ Sobre el control judicial de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio se ha pronunciado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 junio de 2012 (Asunto C-618/10. Caso Banco Español de Crédito), en relación con la reclamación del pago de cantidades debidas en ejecución de un contrato de crédito al consumo, estimando que es contrario a la Directiva 93/13/CEE una normativa de un Estado miembro que «no permita que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando éste último no hubiera formulado oposición». Se reitera la doctrina fijada en esta sentencia en el Auto de este mismo Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de noviembre de 2013 (Asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13. Caso Banco Popular Español, S. A., y Banco de Valencia, S. A.), que resuelve las dos cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca, señalando en su párrafo número 60 que «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que no permite al juez que conoce de la ejecución, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, ni examinar, ya sea de oficio o a instancia del consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, ni adoptar las medidas cautelares, en particular, la suspensión de la ejecución, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final del juez que conozca del correspondiente proceso declarativo, quien es competente para apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula». Es importante destacar que se adopta la forma de auto porque tal como expone en su párrafo número 36: «Con arreglo al artículo 99 del Reglamento de Procedimiento, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que

que suscita la cuestión de si el juez de oficio en el procedimiento hipotecario podrá declarar la abusividad de cualquier cláusula o sólo de las que fundamentan la ejecución o hayan determinado la cantidad exigible²². Ahora bien, la apreciación judicial de que una cláusula contractual puede ser abusiva comporta la necesidad de conferir un trámite de audiencia a las partes, al ser éste una exigencia elemental del principio de contradicción, de forma que el juez dictará providencia en la que dará audiencia a las partes para alegar sobre la posible cláusula abusiva. Precisamente, en este sentido, ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, en su sentencia de 21 de febrero de 2013 (Asunto C-472/11. Caso Banif Plus Bank Zrt contra Csaba Csipai y otros) que «el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el Juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión» (párrafo número 30). Por lo que «el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales». Por tanto, se debe dar audiencia a ambas partes. En todo caso, se deberá identificar mínimamente la cláusula abusiva a fin de facilitar el derecho de defensa, así como permitir que las alegaciones valoren su conexión y relevancia con la acción que se ejercita. Concretamente por lo que se refiere a la cláusula relativa a los intereses de demora, bastará con comprobar en la escritura pública de préstamo o en la liquidación de intereses practicada cuál ha sido el tipo básico fijado. El plazo de audiencia establecido por la Ley 1/2013 era de cinco días, debiendo el juez resolver lo procedente en el plazo de cinco días siguientes. La brevedad de estos plazos ha provocado su ampliación, disponiendo ahora las partes de un plazo de quince días para formalizar alegaciones y el juez de un plazo de cinco días hábiles para resolver sobre el carácter abusivo de la cláusula²³. Oídas las partes —o en su caso, precluido el trámite de audiencia—, el juez acordará lo procedente «conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.^a». En virtud de

el Tribunal de Justicia ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado». En todo caso, en este auto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vuelve a referir a esta cuestión reiterando que es contrario a la Directiva 93/13/CEE, no permite que se adopte medidas cautelares, en particular la suspensión de la ejecución.

²² Acertadamente a favor de esta última tesis se pronuncia ACHÓN BRUÑEN M.^a J.: «Todo lo que hay que saber sobre la oposición a la ejecución o la declaración de oficio de cláusulas abusivas en el procedimiento hipotecario», *La Ley*, núm. 8755, 5 de mayo de 20016, pág. 3.

²³ La modificación del párrafo segundo del artículo 552 de la LEC tuvo lugar mediante la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (Disposición final cuarta).

esta remisión, el juzgado deberá dictar auto despachando ejecución o denegando su despacho. El auto despachando ejecución, en su caso, deberá declarar el carácter abusivo de una o varias cláusulas, su nulidad radical e inexistencia. En caso de interés de demora, el auto deberá deducirlos de la reclamación efectuada y aplicar, en todo caso, los intereses del artículo 576 de la LEC.

Por otro lado, se produce un cambio importante en el sistema de causas tasado de oposición, pues el ejecutado —sea consumidor o no— puede alegar como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria o a la ejecución de títulos no judiciales el carácter abusivo de alguna cláusula del título, que se está ejecutando. Para ello, el legislador ha introducido un nuevo motivo de oposición —el 7.º— al apartado 1 del artículo 557 de la LEC, «*cuando el título contenga cláusulas abusivas*», aplicable a la ejecución de título no judicial; y para las ejecuciones hipotecarias se ha añadido la causa número cuatro al artículo 695.1 de la LEC, «*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*». La tramitación viene a ser la misma que existía antes de la reforma. Así, la oposición debe plantearse en el plazo de diez días siguientes a la notificación del auto despachando ejecución (artículos 557 y 695 en relación con el artículo 556, todos de la LEC). Los apartados 2 a 4 de la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley 1/2013 establecen el régimen transitorio aplicable a las ejecuciones en curso para que puedan los ejecutados oponerse, aduciendo la existencia de cláusulas abusivas en los títulos que han dado origen a dichas ejecuciones. Para ello se habilita el plazo preclusivo de un mes, a contar desde la entrada en vigor de la ley —desde el día 15 de mayo de 2013—, para instar lo que se denomina por ley «incidente extraordinario de oposición»²⁴.

En cuanto a los recursos que proceden frente a la resolución judicial —auto— resolutorio de esta oposición, señalar que el carácter definitivo del auto que acuer-

²⁴ Esta Disposición Transitoria cuarta diferencia entre los procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de la Ley, el plazo para formular oposición fijado en el artículo 556.1 de la LEC —diez días— haya transcurrido por completo; y los procedimientos en los que el plazo para oponerse se haya iniciado, pero no ha concluido. En el primer supuesto, se concede a los ejecutados el plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición, basado únicamente en el nuevo motivo de oposición. La incoación de este incidente extraordinario de ejecución implicará la suspensión del proceso hasta su resolución conforme las reglas generales. En el segundo supuesto también se les concede el mismo plazo de un mes, pero se permite a los ejecutados el planteamiento de cualquiera de los tasados motivos de oposición previstos en los artículos 557 y 695 de la LEC; lógicamente con la finalidad de acumular acciones y pretensiones y resolver de una sola vez todos los motivos de oposición que pudieran alegarse.

Por su parte, en el apartado cuarto de la citada Disposición Transitoria se declara que la publicación de la presente Ley «*tendrá carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo en ningún caso necesario dictar resolución expresa al efecto*». El límite temporal que establece esta Disposición Transitoria para poder iniciar el incidente extraordinario de oposición es «que no haya culminado (el proceso de ejecución) con la puesta a disposición del inmueble al adquirente, conforme a lo previsto en el artículo 675 de la LEC» (número dos del apartado tercero).

de el sobreseimiento permite su impugnación mediante el recurso de apelación, que carecerá de efecto suspensivo (arts. 695.4 y 456.2 LEC). El mismo recurso se concede frente al auto que acuerda la inaplicación de una cláusula abusiva —por ejemplo, sobre intereses de demora—, en el bien entendido sentido que, respecto al contenido de la cláusula que se declara abusiva, la ejecución no procede. Diverso es, en cambio, el tratamiento del auto desestimatorio de la oposición del ejecutado frente al que no cabe recurso alguno. El ejecutado podrá plantear en un proceso declarativo posterior que, en ningún caso, podrá suspender el proceso de ejecución hipotecaria. Esta regulación ha provocado que la Audiencia Provincial de Castellón plantease dos cuestiones prejudiciales al entender que esta previsión normativa se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/4. Caso Sánchez Morcillo y Abril García), declara que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el *controvertido en el litigio principal*, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecario no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestimen su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva».

Ahora bien, hemos de señalar que, de formularse la oposición prevista en el citado artículo 557.1, apartado 7.º, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache la ejecución, el secretario judicial —ahora letrados de la Administración de Justicia—, mediante diligencia de ordenación, suspenderá el curso de la ejecución. Al respecto, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 se refiere a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto de aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. Así dispone que: «1. *Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.* 2. *En todo caso, en los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta Ley en los que haya transcurrido el período de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición previstas en el apartado 7.º del artículo 557.1 y 4.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El plazo preclusivo de un mes se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de*

esta Ley y la formulación de las partes del incidente de oposición tendrá como efecto la suspensión del curso del proceso hasta la resolución del incidente, conforme a lo previsto en los artículos 558 y siguientes y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta Disposición transitoria se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 3. Asimismo, en los procedimientos ejecutivos en curso en los que, a la entrada en vigor de esta Ley, ya se haya iniciado el período de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las partes ejecutadas dispondrán del mismo plazo preclusivo de un mes previsto en el apartado anterior para formular oposición basada en la existencia de cualesquiera causas de oposición previstas en los artículos 557 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4. La publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto».

De forma que, en el caso de procedimientos iniciados tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, el ejecutado dispone de diez días de la notificación personal del auto en el que se despacha la ejecución para formular oposición basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual que, permite suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria; sin embargo, para los procedimientos de ejecución iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, donde el plazo de oposición de diez días ya se había iniciado o había expirado, el plazo se amplía a un mes, a contar desde la entrada en vigor de la citada Ley.

En este contexto, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Martorell (Barcelona) estima que para poder resolver el asunto de un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado el 15 de mayo de 2013 por parte del BBVA contra los Sres. Fernández Gabarro y Peñalva López y la Sra. López Durán —antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013— resulta necesario que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la conciliación del principio de preclusión de los plazos procesales, íntimamente vinculado al principio de seguridad jurídica, con la protección de oficio del consumidor, que es imprescriptible, a través de la declaración de la nulidad total de la cláusula abusiva y su no incorporación al contrato, como establece la Directiva 93/13, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia reciente. En esas circunstancias, el citado Juzgado de Primera Instancia número 4 de Martorell (Barcelona), mediante auto de 28 de octubre de 2013, decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la disposición transitoria controvertida, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte

esa disposición y que aún no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa, en particular, sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales».

Sobre esta cuestión prejudicial, se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, en sentencia de 29 de octubre de 2015 (Asunto C-8/14), estableciendo al respecto que la disposición transitoria controvertida vulnera el principio de efectividad. A la luz del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la cuestión planteada que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión no pone en cuestión la normativa hipotecaria española. Se refiere a unos casos concretos y muy limitados en el tiempo. Así, solamente se centra en el periodo transitorio de un mes que se dio después de la aprobación de la Ley 1/2013 para que el deudor afectado por un procedimiento de ejecución hipotecaria, ya iniciado con anterioridad a tal norma, pudiera alegar ante el juez la existencia en su contrato una cláusula abusiva y paralizar la ejecución. Ese plazo empezó a contar el 15 de mayo de 2013 (fecha de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la norma) y concluía un mes después. En la actualidad, recordemos que, en cualquier procedimiento de ejecución hipotecaria, el juez da un plazo de diez días al afectado para que comunique si considera que existe en su contrato de hipoteca una cláusula abusiva que pueda paralizar la ejecución, por las causas previstas en el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto no se pone en cuestión en la sentencia. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sí pone en cuestión el mecanismo establecido para iniciar el cómputo del plazo de un mes y, en consecuencia, establece que ese plazo para alegar la cláusula abusiva en los procedimientos iniciados a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 debe contar desde la notificación (comunicación) directa por el juez al deudor hipotecario de la posibilidad de formular incidente extraordinario de oposición y no desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley y —que tiene lugar el mismo día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*—. Con ello, lo que se hace es equiparar la publicación de la Ley 1/2013 —fecha de su entrada en vigor— a una notificación de carácter procesal; por lo que a tal efecto no se considera necesario comunicar el régimen transitorio a las partes demandadas en el litigio. Es por ello que el Tribunal de

Justicia de la Unión Europea argumenta que, en su momento, los consumidores de este caso fueron informados mediante una notificación individual que les fue dirigida personalmente, que tenía la oportunidad de oponerse a la ejecución en el plazo de diez días a partir de esa notificación. Sin embargo, esta notificación, que tuvo lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2013, no contenía información acerca del derecho de tal consumidor a formular oposición a la ejecución, alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye fundamento de la oposición, pues no se contemplaba esa posibilidad en la redacción del artículo 557.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes de su reforma por la Ley 1/2013. En estas circunstancias, los consumidores no podrán esperar que se les concediese una nueva posibilidad de formular oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial. De ahí que se considere que esta disposición transitoria cuarta vulnera el principio de efectividad y que la única manera de garantizar el ejercicio efectivo de este derecho de oposición por los deudores es que el plazo preclusivo de un mes se compute no desde el día siguiente al de la entrada en vigor de la Ley, como señala la citada disposición transitoria cuarta, sino desde la notificación individual a las partes por el juez que conoce del procedimiento de ejecución hipotecaria, de la existencia de un nuevo plazo para formular incidente de oposición a la ejecución hipotecaria por cláusulas abusivas. Y es que, desde tal perspectiva, no resulta lógico que un plazo comience al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley, puesto que lo normal es que, para los actos procesales, los plazos comiencen desde que las partes reciben la notificación enviada por el tribunal correspondiente.

Por otra parte, debemos señalar que no suscita ningún problema para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde el punto de vista de los principios de equivalencia y efectividad, el plazo de un mes para formular oposición, pues el tribunal ha admitido plazos procesales más cortos.

La importancia y trascendencia de estas declaraciones ponen de manifiesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve de nuevo a afirmar que la regulación española en el proceso de ejecución hipotecaria no se adecua a la regulación comunitaria, especialmente a la Directiva 93/13/CEE y al artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esto obliga, por un lado, a los Tribunales españoles a aplicar las normas procesales de conformidad con lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y, por otro, a que el legislador tenga que volver a reformar el proceso de ejecución hipotecaria para adaptarlo a las exigencias de la normativa comunitaria. Esto es lo que ha hecho, aprovechando la tramitación de la reforma en materia concursal que ha tenido lugar por Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y para ello ha modifica-

do el artículo 695.4 de la LEC en la línea de la sentencia citada²⁵. Este Real Decreto entró en vigor el día siguiente de su publicación —7 de septiembre de 2014.

Además, con anterioridad a esta sentencia, este mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de recordar su doctrina sobre la obligación de los jueces nacionales de dejar de aplicar una cláusula contractual abusiva, procede a analizar la regulación contenida en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013 y lo hace en la sentencia de la Sala Primera, de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13; C-485/13; y C-487/13. Caso Unicaja Banco, S. A. y Caixabank, S. A.), de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

Por otra parte, el artículo 815.4 de la LEC —reformado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre—, consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10) posibilita en el proceso monitorio el examen de oficio por parte del juez sobre si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición, o que puede haber determinado la cantidad exigible, puede ser calificada de abusiva y si lo estima dará audiencia a las partes en cinco días y oídas éstas resolverá lo procedente dentro de los cinco días siguientes. Una vez declarada la abusividad de la cláusula, el juez no puede moderarla, sino aplicar la sanción o consecuencia prevista, que no es otra que la no vinculación de tal cláusula al consumidor. De nuevo se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la oposición del proceso monitorio a la normativa comunitaria sobre la protección de consumidores en la sentencia, Sala Primera, de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14)²⁶, en cuanto no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un

²⁵ El artículo 695.4 dispone: «4. *Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.41 anterior, podrá interponer recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten*». Además, la Disposición Transitoria 4.^a de este Real Decreto-Ley 11/2014 prevé que: «1. *Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la Disposición Final 3.^a del presente Real Decreto-Ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la LEC. 2. En todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del artículo 695.4 de la LEC, en la redacción dada por este Real Decreto-ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el artículo 557.1.7.º y el artículo 695.1.4 de la LEC. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley. 3. La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto*».

²⁶ La Ley, 2851/2016.

profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición del juicio monitorio (letrado de la administración de justicia) carece de competencia para realizar tal apreciación. El Tribunal señala que el desarrollo y las particularidades del proceso monitorio español son tales que, cuando no concurren las circunstancias que determinen la intervención del juez —cuando de los documentos que se adjuntan a la petición resulta que la cantidad reclamada no es correcta, en cuyo caso el letrado de la administración de justicia debe informar al juez de esta circunstancia, o cuando el deudor formula oposición al requerimiento de pago—, el proceso concluye mediante decreto dictado por el letrado de la administración de justicia dotado de fuerza de cosa juzgada, sin que el juez pueda realizar un control de la existencia de cláusulas abusivas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. En consecuencia, si el juez que conoce de la ejecución del requerimiento de pago carece de competencia para apreciar de oficio la existencia de esas cláusulas (artículo 551, 552 y 816.2 de la LEC), podría hacerse valer un título ejecutivo frente al consumidor sin que, en ningún momento del procedimiento tenga la garantía de que se ha llevado a cabo esa apreciación. En este contexto, el Tribunal considera que puede resultar menoscabada la efectividad de la protección de los derechos que pretende garantizar la Directiva 93/13, por lo que tal protección sólo podría garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del procedimiento de ejecución del requerimiento de pago, un control de oficio del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate. El Tribunal entiende que no queda en tela de juicio tal consideración por la circunstancia que el Derecho procesal nacional, como el analizado en el litigio principal, confiera a la resolución dictada por el letrado de la administración de justicia fuerza de cosa juzgada y reconozca a ésta efectos análogos a los de una resolución judicial, ya que, con arreglo a dicho Derecho, no figura entre las competencias del letrado de la administración de justicia la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula contenida en un contrato que sirve de fundamento al crédito.

Además apunta el Tribunal que ese efecto de cosa juzgada hace imposible el control de las cláusulas abusivas en la fase de ejecución de un requerimiento de pago, y ello como consecuencia del mero hecho de que los consumidores no formularon oposición al requerimiento de pago en el plazo previsto para ello y de que el letrado de la administración de justicia no requiera la intervención del juez —sólo obligatoria cuando los documentos que se adjuntan a la petición revelan que la cantidad reclamada no es correcta—, existiendo un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben la amplitud de los mismos, o ya sea debido al contenido limitado de la petición de juicio monitorio presentada por los profesionales y, por ende, al carácter incom-

pleto de la información de que disponen. En estas circunstancias, tal como señaló en esencia el abogado general en el punto 75 de sus conclusiones, cabe apreciar que la normativa española controvertida en el litigio principal, relativa al sistema de aplicación del principio de cosa juzgada en el marco del proceso monitorio, no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida que hace imposible o excesivamente difícil en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos y, en virtud de todo lo expuesto, el Tribunal concluye que «la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación».

Nuevamente, este Tribunal se opone a las restricciones derivadas de la normativa española para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios en concreto, en relación con las cláusulas relativas al interés moratorio y cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo hipotecario, en la sentencia de la Sala Décima, de 17 de marzo de 2016 (Asunto C-613/15). Al respecto, el Tribunal establece, en primer lugar, que, de acuerdo con los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva, una cláusula es abusiva si causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor y para apreciar ese carácter abusivo deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato. Por tanto, los mencionados artículos 3.1 y 4.1 no permiten la apreciación, por parte del juez nacional, del carácter abusivo de una cláusula de un contrato del préstamo hipotecario que fija el tipo de los intereses de demora y de una cláusula del mismo contrato que determina las condiciones de vencimiento anticipado del préstamo quede limitada a criterio como los definidos en el artículo 114 de la LH y en el artículo 693 de la LEC. En segundo lugar, por lo que respecta a las consecuencias que deben extraerse en caso de que el juez considere abusivas cláusulas contractuales, señala el Tribunal que el artículo 6.1 de la Directiva impone expresamente a los Estados miembros la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularan al consumidor», incumbiendo a los tribunales nacionales que aprecien el carácter abusivo de las cláusulas deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que estas cláusulas vinculen al consumidor, sin poder modificar el contenido de las mismas. Por otro lado, destaca el Tribunal que del artículo 7.1 de la Directiva se desprende la obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, correspondiendo al juez nacional determinar cuáles son las normas nacionales aplicables al litigio, y hacer todo lo que sea de su competencia para interpretarlas a la luz de la letra y

de la finalidad de la Directiva 93/13. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, el Tribunal responde a las cuestiones prejudiciales planteadas entendiendo que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que: «sus artículos 3.1 y 4.1 no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional, y sus artículos 6.1 y 7.1 exigen que el Derecho Nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que se aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3.1 de la citada Directiva.

Sobre la compatibilidad del derecho comunitario con la legislación española, que la normativa española en protección de consumidores es «incompleta e insuficiente» y no es «un medio eficaz ni adecuado» contra las cláusulas abusivas al resultar contraria a Derecho la suspensión automática de una acción individual contra cláusula suelo si hay proceso colectivo, constituye otro pronunciamiento más del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así en la sentencia de la Sala Primera, de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14) que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona, mediante autos de 27 de junio de 2014, recibidos por el Tribunal de Justicia los días 11 y 12 de agosto de 2014, dictamina que es contrario al derecho comunitario la Ley de Enjuiciamiento Civil que obliga a un juez a suspender automáticamente una demanda individual sin que pueda tomarse en consideración si esta suspensión es pertinente desde la perspectiva de la protección al consumidor y sin que el consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva. Además, subraya que en el marco de la directiva comunitaria, las acciones individuales y las acciones colectivas para la cesación de cláusulas abusivas tienen objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la regulación que cada Estado miembro articule entre ellas «debe simplemente tratar de evitar que se dicten resoluciones judiciales contradictorias», sin que ello suponga «una merma en la protección de los consumidores». Así, el Tribunal considera que la regulación contenida en la citada Ley puede perjudicar la efectividad que la normativa europea otorga al consumidor, puesto que éste no puede hacer valer de forma individual sus derechos al quedar vinculado obligatoriamente al resultado de la acción colectiva, incluso cuando decida no participar en la misma. Además, la obligación que el artículo 43 de la LEC impone al juez nacional impide a éste realizar un análisis propio de las circunstancias que concurren en el asunto del que conoce. En particular, no serán determinantes a efectos de la resolución del litigio individual ni la cuestión de la negociación individual de la cláusula respecto de la que se alega el carácter abusivo, ni la naturaleza de los bienes o de los servicios objeto del contrato en cuestión. Por otra parte, el consumidor está sometido en virtud del artículo 4.3 de la LEC, tal como la interpreta el órgano jurisdiccional remitente, al plazo de adopción de una resolución judicial referida a la acción colectiva, sin que el juez nacional pueda apreciar en este punto de vista la pertinencia de la suspensión de

la acción individual hasta que exista sentencia firme en relación con la acción colectiva. Por ello, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estima que la normativa española es «incompleta e insuficiente», en contra de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13²⁷.

Finalmente, hemos de referirnos a que, recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de la Sala Tercera, de 21 de abril de 2016 (asunto C-377/14), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el *Krajský soud v. Praze* (Tribunal regional de Praga, República Checa), mediante resolución de 24 de junio de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de agosto del 2014 en el procedimiento entre *Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingrová y Finway a.s.*, ha declarado que la Directiva sobre cláusulas abusivas se opone a la normativa checa porque no permite que, dentro de un procedimiento concursal, el juez examine el carácter abusivo de una cláusula estipulada en un contrato de crédito al consumo, aunque disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello. La misma Directiva se opone además a la normativa controvertida en la medida en que únicamente permite impugnar algunos créditos y tan sólo mediante un número limitado de alegaciones (prescripción o caducidad). Además, el Tribunal de Justicia señala que, en virtud de la Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo, el juez nacional que conoce de un litigio relativo a derechos de crédito derivados de un contrato de este tipo, también debe examinar de oficio si la información relativa al crédito (como, por ejemplo, la TAE) que debe mencionarse en dicho contrato se ha hecho constar de forma clara y concisa. Asimismo, el Tribunal de Justicia precisa que, en virtud de esta última Directiva, el «importe total del crédito» no puede incluir ninguna cantidad que esté comprendida en el «coste total del crédito», es decir, las cantidades destinadas a satisfacer los compromisos asumidos para la obtención del crédito de que se trate, tales como los gastos administrativos, los intereses, las comisiones o cualquier otro tipo de gastos que el consumidor haya de abonar. La inclusión irregular de estas cantidades en el importe total del crédito tendrá como consecuencia una infravaloración de la TAE, puesto que el cálculo de ésta depende del importe total del crédito y afectará, por consiguiente, a la exactitud de la información que debe mencionarse en el contrato. Y en lo que concierne al examen del carácter abusivo de las penalizaciones impuestas al consumidor que no cumpla

²⁷ Señalado que: «el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva».

sus obligaciones, el Tribunal de Justicia declara que el juez nacional ha de evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas que figuren en el contrato y, en caso de que compruebe que varias de ellas tienen carácter abusivo, debe excluir todas aquellas que sean abusivas (y no sólo alguna de ellas), a fin de asegurarse que tales cláusulas no vinculen al consumidor²⁸.

En este contexto, aunque son numerosas las cuestiones controvertidas en torno a las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios y de enorme actualidad, en el presente estudio, por razones de espacio, sólo nos vamos a ocupar de las cláusulas de intereses remuneratorios y de intereses de demora que se pueden establecer en tales préstamos.

No obstante, nos parece oportuno mencionar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea celebró el martes día 26 de abril de 2016 la vista oral de la cuestión prejudicial (asuntos acumulados C-154/15 —del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada—, C-307/15 y C-308/15 —de la Audiencia Provincial de Alicante—) en la que se basará para pronunciarse sobre la llamada retroactividad total de las cláusulas suelo, es decir, si la declaración de nulidad de las mismas debe conllevar la devolución del dinero a los clientes desde que éstos firmaron la hipoteca, una decisión que tendrá validez para todos los procedimientos abiertos

²⁸ En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado: «1. El artículo 7, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa procesal nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en un procedimiento concursal, por un lado, no permite que el juez concursal examine de oficio el carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el marco de tal procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y que, por otro lado, sólo permite que dicho juez examine los créditos que no vayan acompañados de una garantía, y ello únicamente en relación con un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o en la extinción de tales créditos; 2. El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48/CE debe interpretarse en el sentido de que impone al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio relativo a unos derechos de crédito derivados de un contrato de crédito, en el sentido de esta Directiva, la obligación de examinar de oficio si se cumple la obligación de información establecida en dicha disposición y de deducir las consecuencias previstas en el Derecho nacional para el incumplimiento de tal obligación, siempre que las sanciones respeten las exigencias del artículo 23 de la misma Directiva; 3. Los artículos 3, letra l) y 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48 y la parte I del Anexo I de esta Directiva deben interpretarse en el sentido de que el importe total del crédito y el importe de la disposición de crédito designan la totalidad de las cantidades puestas a disposición del consumidor, lo que excluye las cantidades destinadas por el prestamista al pago de los costes derivados del crédito en cuestión y que no se abonan efectivamente al consumidor y 4. Las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si la indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta, en el sentido del punto I, letra e), del anexo de esta Directiva, procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate, con independencia de que el acreedor exija efectivamente el pleno cumplimiento de cada una de ellas, y en el sentido de que, en su caso, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la referida Directiva, deducir todas las consecuencias que procedan de la constatación del carácter abusivo de algunas cláusulas, excluyendo todas y cada una de las que se hayan declarado abusivas, a fin de asegurarse que tales cláusulas no vinculan al consumidor».

por cláusula suelo. La doctrina jurisprudencial de este Tribunal en la interpretación de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos suscritos con consumidores ha sido clara al establecer la nulidad como efectos de las cláusulas abusivas utilizadas en los contratos con consumidores, prohibiendo la integración del contrato. Así, el Tribunal ha declarado que, cuando se haya declarado abusiva una cláusula, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a «aplicar todas las consecuencias que según el Derecho nacional se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula». En el Informe de la Comisión Europea de 13 de julio de 2015, la Comisión se muestra contraria a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, que considera nula las cláusulas suelo, pero no permite la retroactividad, esto es, que la declaración de nulidad se extienda a los pagos de intereses efectuados con anterioridad a la publicación de la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013. Por su parte, el abogado general designado ha presentado sus conclusiones el 13 de julio, aunque se trata de una opinión independiente y no vinculante y la sentencia, presumiblemente, se dictará a finales del año 2016²⁹. En todo caso, afectará a los procesos pendientes sin sentencia firme, pues, en su resolución, el Tribunal europeo interpretará, a la luz del derecho de la Unión Europea, la validez de la doctrina del Tribunal Supremo, interpretación que será vinculante para el juez nacional,

²⁹ 29 En las Conclusiones de los asuntos acumulados C-154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco S.A.U., C-307/15, Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., y C-308/15, Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu, el abogado general Mengozzi señala que la Directiva no tiene por objeto la armonización de las sanciones aplicables en el caso de que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual y, por tanto, no exige a los Estados miembros que establezcan la nulidad retroactiva de tal cláusula. Asimismo, manifiesta que la Directiva no determina las condiciones en las que un órgano jurisdiccional nacional puede limitar los efectos de las resoluciones por las que se califica como abusiva una cláusula contractual. Por consiguiente, corresponde al ordenamiento jurídico interno precisar esas condiciones, siempre desde el respeto de los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho de la Unión. En lo referente al principio de equivalencia, el abogado general destaca que, el Tribunal Supremo no limita los efectos en el tiempo de sus resoluciones únicamente a los litigios relativos al Derecho de la Unión. Al contrario, consta que este órgano jurisdiccional ya ha recurrido a tal posibilidad en controversias puramente internas. En cuanto al principio de efectividad dispone que, dado que constituye una sanción con efecto disuasorio para los profesionales, la prohibición de utilizar cláusula suelo a partir del 9 de mayo de 2013 y la obligación de devolver las cantidades indebidamente percibidas a partir de esa fecha, contribuyen a la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva. Por otra parte, el abogado general pone de manifiesto que, en el momento en que se pronuncia acerca de los efectos de los consumidores, un órgano jurisdiccional supremo puede ponderar la protección de los consumidores con las repercusiones macroeconómicas asociadas a la amplitud con que se utilizaron las cláusulas suelo. Por lo que considera que, a título de excepción, las mencionadas repercusiones pueden justificar la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva, sin que por ello se rompa el equilibrio en la relación existente entre el consumidor y el profesional. En este contexto, el abogado general propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que declare que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, incluidas en los contratos de préstamo hipotecario en España, es compatible con la Directiva.

En consecuencia, el abogado general se posiciona en la línea expuesta por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de limitar los efectos de la nulidad de la cláusula suelo.

que será el que deberá dictar sentencia con arreglo a dicha interpretación. Respecto de las sentencias ya firmes y definitivas que tienen efecto de cosa juzgada no podrá aplicarse lo que decida el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues no tiene encaje en los posibles motivos que la LEC establece en su artículo 510 para interponer recurso de revisión. De ahí que, ante esta situación de espera, el Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, mediante Auto de 12 de abril de 2016³⁰, haya decidido suspender la tramitación de un recurso de casación formulado por Unicaja Banco, S. A. hasta que el Tribunal de Justicia resuelva la cuestión prejudicial planteada ante el citado tribunal (C-154/15), requiriendo a ambas partes para que tan pronto como el Tribunal de Justicia dicte resolución, la pongan en conocimiento de esta Sala para su incorporación a los autos y adoptar la resolución pertinente, quedando sin efecto el señalamiento acordado para el día 4 de mayo de 2015.

Y, por otro lado, la Comisión Europea ha iniciado un procedimiento de infracción contra España por no haber trasladado de manera adecuada a su legislación nacional las normas europeas para proteger «plenamente» al consumidor de las cláusulas abusivas hipotecarias. Así se insta al Gobierno a que realice las reformas necesarias en la legislación que regula la ejecución hipotecaria —LEC— y las órdenes de pago para garantizar la protección de los consumidores. A tal fin, la Comisión Europea ha remitido una carta de emplazamiento al respecto, indicando que, en ausencia de una respuesta satisfactoria de España en el plazo de dos meses, podrá enviar un dictamen motivado a las autoridades españolas.

Asimismo, en relación con las consecuencias de la declaración como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado se han planteado dos peticiones prejudiciales al respecto:

- i) La primera por el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Fuenlabrada, de 8 de febrero de 2016³¹, que decide suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria por impago de las cuotas, aplicando la cláusula que autorizaba la resolución unilateral del contrato en caso de falta de pago de una cuota cualquiera de amortización y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones prejudiciales. La primera de ellas se refiere a si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional. El Juzgado duda acerca de si la onerosidad irrazonable para el profesional del contrato remanente es o no criterio para enjuiciar la posibilidad de subsistencia del contrato tras la supresión de la cláusula abusiva. En el supuesto que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva

³⁰ JUR 2016/76458.

³¹ La Ley, 7499/2016. Procedimiento 1052/2015.

ineficaz, por determinar una onerosidad irrazonable para el profesional, el resultado iría más allá del equilibrio real entre contratantes, provocando un desequilibrio inequitativo para el profesional. La cuestión planteada es de relevancia general y, en el caso concreto, ya que la ineficacia de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo que sirve de título de ejecución en este procedimiento supone que el contrato remanente resulta o llegará a resultar irrazonablemente oneroso para el profesional y, en tal caso, dudamos de la posibilidad de subsistencia del contrato. La segunda cuestión planteada es si, en tal caso y para salvar la subsistencia del contrato, en protección del consumidor, el juez nacional tiene la facultad de sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional o bien será más adecuada la integración del contrato con una regla mínimamente tolerable para el profesional. La duda se le presenta al Juzgado en este caso porque, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admitiría la integración con el Derecho supletorio para evitar la penalización del consumidor, se podría objetar que ello pone en riesgo el carácter disuasorio o preventivo del régimen sobre cláusulas abusivas y que, en consecuencia, lo más adecuado, en este caso, sería integrar el contrato, no con el equilibrio equitativo del Derecho supletorio, sino con una regla mínimamente tolerable para el profesional, es decir, con una regla que simplemente convierta la onerosidad irrazonable en razonable. La tercera cuestión planteada es si la ineficacia de una cláusula de vencimiento anticipado permite la subsistencia del contrato en el sentido de la Directiva 93/13. El Juzgado considera que la posibilidad de subsistencia del contrato o, lo que es lo mismo, la posibilidad de invalidez o ineficacia parcial debe plantearse en términos de razonabilidad en las circunstancias. La cuarta cuestión es si el consumidor puede renunciar a la protección conferida por la Directiva 93/13. En esta materia, el Juzgado no ve razón para apartarse de la vieja regla de Derecho por la que, ante el Tribunal, todos tienen la facultad para renunciar a lo que en su favor se ha establecido. En el seno del procedimiento de ejecución ya no se trataría de una renuncia a la ley, sino a un derecho. Además, es la solución más respetuosa con el principio dispositivo como proyección en el campo procesal de la autonomía privada. La quinta y última cuestión que se plantea es si cumple con el principio de efectividad una ley procesal nacional por la que el consumidor sólo puede hacer valer determinados derechos o ventajas legales en el supuesto de que acepte someterse a un proceso especialmente expeditivo como es el de ejecución hipotecaria. En particular, se cuestiona si un ordenamiento cumple el mandato de protección dirigido al legislador cuando los derechos sustantivos del consumidor —en concreto, la rehabilitación del préstamo, la exoneración parcial de la deuda o el tipo mínimo de subasta— varían únicamente en función de la vía procesal elegida por el acreedor y, en este marco jurídico, el ordenamiento solamente auxilia al consumidor si se somete a un régimen procesal especialmente gravoso o expeditivo.

- ii) Y la segunda, por el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Santander (Cantabria), mediante Auto de 8 de marzo de 2016³². Así, plantea como primera y segunda cuestiones prejudiciales sobre el alcance de las obligaciones del juez nacional en caso de apreciar como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado. Por ello, cabría preguntarse si es acorde con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE una interpretación según la cual, aunque una cláusula predispuesta per mita al vencimiento anticipado en un contrato de larga duración por un incumplimiento no grave y dejando al consumidor en peor condición que la resultante de la norma nacional supletoria, la cláusula no sería nula únicamente por existir una regla correctora en la norma procesal nacional sólo aplicable en el concreto proceso escogido por el profesional y sólo si se dan determinadas condiciones. Es decir, si es posible, como propugna el Tribunal Supremo, que la apreciación como abusivo del pacto sobre el vencimiento anticipado carezca de consecuencia. Al respecto, estima que el artículo 7.1 de la Directiva no es compatible con una interpretación que convierta esa apreciación en irrelevante, pues dificultaría el objetivo a largo plazo del «cese el uso» de las cláusulas abusivas. Y sobre estas consecuencias debe decidir el juez de la ejecución, a quien el consumidor pide su sobreseimiento. El objetivo es precisar las obligaciones del juez que aprecia una cláusula como abusiva, la pregunta de si le es dable considerar estas características de otros procesos distintos al escogido por el profesional para integrar el contrato en que se detecta un pacto abusivo. Se estima que la Directiva no es compatible con esa idea, pues ningún artículo y ninguna sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea le dan fundamento. En todo caso, cuando la norma nacional comprenda cualquier contrato de préstamo y no específicamente los concertados entre un profesional y un consumidor, su interpretación nunca puede prejuzgar la apreciación como abusiva de una cláusula, ni obstaculizar que el juez nacional excluya su aplicación; esta es la sustancia de la segunda cuestión decisiva para resolver esta causa, referida a la interpretación de una norma europea buscando lograr su aplicación uniforme. En cuanto a la tercera y cuarta cuestiones, son relativas a los criterios que hacen abusivo el acto de vencimiento anticipado, si es el artículo 693.3 de la LEC un remedio adecuado y eficaz que permita al consumidor poner remedio a los efectos de un pacto de vencimiento anticipado abusivo, teniendo en cuenta que debe pagar los intereses y costas. Finalmente, la quinta y última cuestión descansan sobre la compatibilidad de la norma española con la Directiva y la Carta de Derechos Fundamentales al restar derechos

³² JUR 2016/54641. *Vid.* asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno) de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5714), declara abusiva una cláusula de vencimiento anticipado que no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

al consumidor en varios de los procedimientos que el profesional puede escoger. Cabe preguntarse si respeta el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea una ley procesal nacional que otorga derechos al consumidor que puede hacer valer en un proceso de ejecución especialmente expeditivo que el profesional puede escoger entre otros alternativos en los que tales derechos son desconocidos; los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva son compatibles con que la apreciación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado, que constituye el fundamento de un proceso de ejecución, no genere ninguna consecuencia en el proceso judicial en el que se detecta. Y, en fin, si los citados artículos son compatibles con una interpretación que condiciona las consecuencias de la apreciación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado a las concretas características de los procesos por los que puede optar el profesional.

III. INTERESES REMUNERATORIOS E INTERESES DE DEMORA. SU FALTA DE TRANSPARENCIA Y EVENTUAL CARÁCTER ABUSIVO

En el contrato de simple préstamo o mutuo se pueden pactar con intereses llamados remuneratorios. Igualmente, en los préstamos o créditos hipotecarios concedidos por las entidades financieras es habitual pactar dos clases de intereses: los llamados intereses remuneratorios y los intereses moratorios. Los primeros son «los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo convenido»³³. Persiguen evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para su restitución y retribuir la concesión del préstamo como negocio propio de quien se dedica a esta actividad de modo profesional, siendo de forzosa previsión, conforme al artículo 1755 del Código Civil, ya que si no hay pacto no son exigibles. Mientras que los intereses moratorios —consecuencia del retraso en el cumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario, deudor del capital— «son aquellos que tienen por finalidad la indemnización o el resarci-

³³ MONSERRAT VALERO, A.: «Los intereses garantizados por la hipoteca», *Anuario de Derecho Civil*, t. LII, fasc. I, enero-marzo 1999, pág. 16. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991 (RJ 1991/2219) y de 13 abril 1992 (RJ 1992/3100), los define como «aquellos intereses pactados entre las partes en virtud del aplazamiento del pago y que tienen carácter retributivo» y señala, además, esta última la incompatibilidad de la pena convencional con los intereses moratorios, pero no con los remuneratorios. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, 29 noviembre 2010 (JUR 2011/55073) señala que son intereses retributivos y compensatorios «aquellos que se deben por la utilización y goce de una suma de dinero». Y, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 13 abril 2011 (AC 2011/519), afirma que el interés remuneratorio «persigue evitar la pérdida de valor del importe prestado como consecuencia del transcurso del tiempo previsto para la restitución y retribuir la concesión del préstamo».

miento del daño causado al acreedor por el retraso en el cumplimiento de una obligación pecuniaria»³⁴. No tienen naturaleza de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones³⁵. Su finalidad es desincentivar o disuadir el incumplimiento y, asimismo, sirve para reparar el daño que el acreedor ha sufrido como consecuencia del impago. De forma que los intereses de demora sólo entran en funcionamiento cuando el deudor incumple gravemente su obligación, mientras que los remuneratorios son los devengados por el capital recibido por el prestatario como contraprestación por su utilización durante el tiempo pactado.

En todo caso, se puede afirmar que la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios, contraprestación de la entrega del capital prestado, y los moratorios, que cumplen una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual por el prestatario, determina una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de estos tipos³⁶. Asimismo, conviene precisar que los intereses remuneratorios o compensatorios nacen del propio contrato y resultan de obligado cumplimiento según vencen los plazos pactados, respondiendo a la volun-

³⁴ ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 33. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/569) señala que, los intereses moratorios cumplen la función de resarcir al acreedor del daño que se considera le causó el deudor de suma de dinero, por haber incurrido en mora en el cumplimiento de la obligación. Y como establecen las sentencias de este mismo Tribunal de 18 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8361), de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002/2526) y de 18 de julio de 2008 (RJ 2008/4719), entre otras, los intereses moratorios han de ser solicitados por las partes, de modo que no pueden los Tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, de 17 de febrero de 1992 (AC 1992/265), y de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 17 de septiembre de 2003 (JUR 2004/47499).

³⁵ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/7141); y de 4 de junio de 2009 (RJ 2009/4747) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, 18 enero 2001 (AC 2003/1937), que, asimismo, precisa que «el interés de demora por impago tiene el carácter sancionador o de cláusula penal con arreglo al artículo 1152 del Código Civil, bien de indemnización de daños y perjuicios en base a los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, no teniendo la finalidad de remunerar el capital prestado, sino la de penalizar el impago de lo debido»; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, 11 de febrero, 2002 (JUR 2002/100929).

³⁶ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1991; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de febrero 1992. Por su parte, la RDGRN de 20 de mayo de 1987 señala que: «la estipulación de los segundos (los moratorios) anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite —tipo impositivo— previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad, cuya ejecución precisará la previa construcción de título suficiente en el que se declare el nacimiento, exigencia y cuantía de la deuda a que la morosidad diere lugar. En cambio, tratándose de los intereses remuneratorios, el nacimiento del crédito principal, unido al transcurso del tiempo, va determinando inexorablemente la obligación de su abono, cuyo importe, además, resulta por la simple aplicación del tipo estipulado al principal pendiente de pago en el periodo considerado».

tad de regular la productividad del dinero³⁷; mientras que los intereses moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta ulterior del deudor, esto es, del retraso o demora en el cumplimiento del contrato, lo que les convierte en un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada desde el momento del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario³⁸.

La doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala Primera de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo³⁹, 25 de marzo⁴⁰ y 29 de abril de 2015⁴¹ ha tratado el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos con garantía hipotecaria («cláusulas suelo»). Ya con anterioridad a tales resoluciones, varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencia de 22 de diciembre de 2009, de 17 de junio y 1 de julio de 2010, de 25 de noviembre de 2011 y se perfila con mayor claridad en las sentencias de 18 de junio de 2012, de 15, 17 y 18 de enero de 2013 y 30 de junio de 2014.

El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores establece que *«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*. Sobre dicho precepto, la sentencia de 9 de mayo de 2013, con referencia a la anterior sentencia de este mismo Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 18 de junio de 2012⁴², considera que el control de contenido que puede llevarse a cabo en

³⁷ En la Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 2016 (BOE, jueves 10 de marzo de 2016, págs. 19240 a 19251) se ha suspendido la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de existir cláusulas abusivas, en concreto una de tipo de interés ordinario excesivo y una desproporcionada retención de cantidades del capital concedido. Lo que el registrador realmente argumenta para denegar tal cláusula de intereses ordinarios es la aplicación de la doctrina derivada de la Resolución de 22 de julio de 2015 de esta Dirección general, que vino a señalar que existen supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, como ocurre en el presente supuesto en el que se pacta un interés ordinario superior al interés moratorio, ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato.

³⁸ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 17 de septiembre 2003 (JUR 2004/47499).

³⁹ RJ 2015/845.

⁴⁰ RJ 2015/735.

⁴¹ RJ 2015/2042.

⁴² RJ 2012/8857. No cabe invocar el carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio pactado, pues. Este es un elemento esencial del contrato de préstamo y está excluido por tanto del control de abusividad.

orden al posible carácter abusivo de la cláusulas no se extiende al equilibrio de las «contraprestaciones» que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1 c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013 declara y la sentencia de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/2013) ratifica que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo relativo a la relación calidad/precio de un bien o servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control⁴³. Pero se añade en la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 que, si una condición general define el objeto principal de un contrato, como regla, no puede examinarse la abusividad de su contenido, pero esto no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Precisamente, en la citada sentencia de 24 de marzo de 2015 se señala que este doble control de transparencia consiste en que, además del control de incorporación que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia de 18 de junio de 2012, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, continúa manifestando la citada resolución que «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de

⁴³ PERTINEZ VILCHEZ, Fco. J.: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret* 3/2013 (julio), pág. 9, señala con cita de la doctrina alemana que hay tres razones básicas que inspiran el artículo 42.2 de la Directiva y justifican que el juez no deba controlar el equilibrio entre el precio y la contraprestación: a) El control de equilibrio del precio supone una violación del principio de autonomía de la voluntad, pilar básico de la economía de mercado, b) La ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio es justo, ya que la equivalencia entre el precio y la contraprestación viene determinada por el mercado y no por el derecho; y c) La innecesariedad de un control de precios, puesto que la competencia es garantía del equilibrio económico. En esta línea, asimismo, ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, págs. 101-102; MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, págs. 79 y 80; y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-144/19). En las conclusiones de la Jornada del CGPJ sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias celebrada el 8 de mayo de 2013 se acordó a este respecto que: «En cuanto a las cláusulas de intereses remuneratorios, con carácter general se considera que dichos intereses forman parte del precio de forma que las cláusulas no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse el examen judicial al control de transparencia».

incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato» —se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015.

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7 b) de la LCGC). Supone, además, que no puedan utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. El citado artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, pues la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrán obtener la prestación objeto del contrato, según contrate con una y otra entidad financiera o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas, si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación que, con carácter general, no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Se ha basado la exigencia de transparencia que va más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión (artículos 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 del TRLGDCU interpretados conforme al artículo 4.1 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y lo declarado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), respecto de la exigencia de transparencia impuesta por la directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor puede prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

Confirma la corrección de esta interpretación la sentencia de este Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13), en relación

a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13/CEE no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), y concluir en el fallo que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible, se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente al consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios preciso y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su cargo». Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2015 (Asunto C-143/13), cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo de interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se deriven». De forma que los elementos esenciales —y, por ende, las cláusulas de limitación de la variabilidad del tipo de interés (cláusulas suelo) o de tipos de interés remuneratorios (habida cuenta que éstos forman parte del precio)— son susceptibles de ser sometidas a un control de transparencia, control, tal y como se ha configurado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un primer control de incorporación que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula; y un segundo control de transparencia reforzado, dirigido a garantizar que, al tiempo de celebrarse el contrato, el cliente conocía las consecuencias económicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que el mismo se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre las distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran o no la cláusula en cuestión.

Recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 5 de mayo de 2016 (asunto ordinario 285/14)⁴⁴, ha declarado por primera vez abusivas dos cláusulas incluidas en un préstamo hipotecario. En relación con la primera de las cláusulas cuestionadas, relativa al cálculo de los intereses, tomando como base de la liquidación el año comercial de 360 días, aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado, la Sala entiende que tal estipulación carece de ella en la época actual, como, asimismo, carece de justificación «que en el momento de la liquidación del saldo pueda tomarse como base el año comercial de 360 días y en cambio se utilice el mes natural para el cálculo del devengo de intereses, 31 ó 30 días, constituye una práctica que genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma parte, el prestatario»; por ello, se sostiene que el cálculo de los intereses con la utilización del criterio del año comercial es una cláusula abusiva y, por tanto, nula, «ya que no puede decirse que supere el control de transparencia, dado que no consta en modo alguno que el apelante fuera informado adecuadamente de las consecuencias económicas negativas que tiene exclusivamente para la aplicación de dicha cláusula». Con respecto a la segunda cláusula que se cuestiona en el recurso de apelación es la relativa a la prohibición del cliente de hipotecar, gravar, vender o arrendar el inmueble sin el consentimiento del prestamista. Se señala al respecto que «esa prohibición o limitación a cualquier negocio que implique la transmisión de la posesión, incluyendo ahora también el arrendamiento en cualquier circunstancia, así como la facultad de hipotecar, gravar o enajenar, es tan genérica y absoluta e implica una cercenación tan relevante de las facultades que integran el dominio que provoca, en beneficio exclusivo del prestamista y en perjuicio exclusivo del prestatario, un claro desequilibrio en los derechos del prestatario», por lo que también la Sala declara nula esta cláusula al entender que el consumidor «ve limitadas las facultades fundamentales de su derecho de propiedad, que además le impide prácticamente cualquier explotación económica de la misma durante nada más y nada menos que casi treinta y ocho años. Y ello a fin de salvaguardar el valor económico del bien en beneficio del prestamista para el caso que hubiera de proceder a la realización de la hipoteca cuando en realidad no resultaría prácticamente afectada, pues cualquier gravamen o carga, incluyendo el arrendamiento tras la reforma del artículo 13.1 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se extinguiría con la realización de dicha hipoteca».

Asimismo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 2016⁴⁵ pone de manifiesto que el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en el mismo contrato; por lo que se entiende abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que establece, precisamente, unos intereses remuneratorios superiores a los intereses moratorios. El registrador vino

⁴⁴ Sentencia número 238/2016.

⁴⁵ La Ley 29813/2016.

a suspender la inscripción por observar dos defectos. El primero se refería a que la retención de cantidades cercanas al 25 por 100 del capital concedido para el pago de diversos gastos y comisiones constituía una cláusula abusiva. Y el segundo aspecto se refería al carácter abusivo del interés remuneratorio del 14,99 por 100 anual. Al respecto, el Centro Directivo establece, en primer lugar, la aplicabilidad al supuesto de hecho de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pese a que el prestamista es una persona física que no está dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos y ello porque concurren una serie de circunstancias que abogan por la aplicación de dicha norma. Esas circunstancias son la aportación de una oferta vinculante y una ficha de información personalizada referida específicamente al préstamo hipotecario escriturado; la intervención de una empresa de intermediación dedicada, también, a la actividad de concesión de préstamos hipotecarios; la indicación expresa en la referida ficha de la aplicación al contrato de préstamo de la citada norma; la ausencia tanto en la oferta vinculante como en la ficha de toda referencia a la prestamista que firma la escritura, de tal manera que la oferta aparece realizada directamente por la empresa de intermediación y, por último, que las estipulaciones del contrato están redactadas al modo de los contratos de adhesión, por lo que muchas de sus cláusulas deben presumirse predispuestas y no negociadas. Seguidamente, la resolución analiza el alcance del control registral de las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, comenzando por el segundo defecto de la nota de calificación, el pacto de un interés remuneratorio del 14,99 por 100 anual. Así señala que, en principio, al constituir el interés remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial. Además, la cláusula cumple con el doble filtro de información y transparencia. Sin embargo, aclara que ello no significa que en nuestro Derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorio en los préstamos, aunque sean muy elevados, ya que pueden existir supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulte del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario de 14,99 por 100 durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de «tres veces el interés legal del dinero» (10,50 por 100 en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario), ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato. Ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de mora deben calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. En consecuencia, confirma la nota del registrador en cuanto al carácter abusivo del interés ordinario. Respecto al primer defecto de la nota de calificación, la retención por el acreedor a través de la entidad intermediadora de aproximadamente el 25 por 100 del capital concedido para el pago de diversos gastos y comisiones, el Centro Directivo parte de la doctrina jurisprudencial que ha considerado abusivas las cláusulas que impongan de cuenta exclusiva del prestatario gastos de tramitación

o gestión que por ley corresponden al acreedor y aplicando la misma confirma la nota del registrador en cuanto al carácter abusivo de la retención de los gastos de Notaría, gestoría, Registro e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por cuanto opera la normativa de consumidores y constituyen cantidades a cargo del acreedor que no pueden ser atribuidas en exclusiva al prestatario. E, igualmente, confirma el carácter abusivo de la retención de «dos meses de intereses para ser reintegrados a la cancelación del préstamo», por falta objetiva de reciprocidad en el contrato en perjuicio del consumidor, ya que ni en la escritura de constitución de la hipoteca ni en ninguno de los documentos incorporados a la misma, se indica la finalidad de dicha retención, ni se contiene información alguna acerca de las razones en que se fundamenta. Por el contrario, revoca la nota del registrador en cuanto a la comisión de apertura de 400 euros y los honorarios de la intermediadora financiera. Por tanto, la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma en parte la calificación del registrador.

Por otra parte, resulta compatible la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1903, de Represión de la Usura, y la legislación protectora de consumidores. Es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 18 de junio de 2012, que analiza la concurrencia de la normativa sobre la usura y sobre la protección de consumidores y los criterios delimitadores de sus respectivos ámbitos de control, sentando desde el principio que el juego concurrencial de ambas no plantea cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material, pues se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciados. En todo caso, la calificación de los intereses como usuarios no puede hacerse por el tanto por ciento de devengo sobre el principal, sino que hay que tener en cuenta tanto lo establecido por la legislación vigente en el momento de concederse el préstamo, y la práctica y los usos mercantiles, como las circunstancias en que se desenvuelve el mercado monetario⁴⁶. De forma que,

⁴⁶ En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6872), que señala al respecto que de forma sintética interesa destacar las siguientes diferentes técnicas en torno a su respectiva aplicación «A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del CC, especialmente respecto de la consideración de la inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por el contrario, el control de contenido, como protección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta; B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (artículos 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la inefi-

los intereses remuneratorios, si son excesivos, pueden declararse usuarios. A estos efectos, la declaración de usura conlleva la nulidad del contrato con la consiguiente obligación restitutoria (artículo 3 de la LRU), mientras que la abusividad no determina la nulidad de pleno derecho del contrato, sino la posibilidad de nulidad parcial si dicho contrato puede subsistir sin dicha cláusula (artículo 83 del TRLCU)⁴⁷.

En cuanto a los intereses moratorios, hay que señalar que, la mora en que se constituye el deudor, da derecho conforme a lo previsto en el artículo 1106 del Código Civil, a la indemnización de los daños y perjuicios que el propio retraso en el cumplimiento de la obligación ocasione al acreedor, sin que sea preciso acreditar en el caso de obligaciones pecuniarias la indemnización, ya que se entiende que consistirá en el abono del interés previsto en el artículo 1108 del Código Civil, es decir, el interés pactado y en su defecto, el legal⁴⁸. En todo caso, la hipoteca que garantiza el capital y los intereses de la deuda sin necesidad de pacto expreso, puede también garantizar los intereses moratorios, si se pacta.

Por otra parte, además de la regulación contenida en el Código Civil, la Ley 1/2013 se refiere a los intereses de demora en varios de sus preceptos. Así el artículo 3 apartado dos añade un tercer párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria en virtud del cual los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual, garantizados con hipoteca constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso —anatocismo—, salvo en el

cacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 del TRLGDCU, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación; y C) Por último, cabe resaltar que si la diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumple o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reproacción de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la contratación bajo condiciones generales tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada, de suerte que doctrinalmente dicho fenómeno en la actualidad se califique como «un auténtico modo de contratar», diferenciable del contrato por negociación con un régimen y presupuesto asal también propio y específico»; y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 3.ª, 28 diciembre 2009 (JUR 2010/107905).

⁴⁷ En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2009 (RJ 2009/4467); y de 22 de febrero de 2013 (RJ 2013/1609); y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11 de 15 de julio de 2010 (JUR 2010/345183) apreciado el carácter usuario del interés remuneratorio, debe declararse la nulidad de la hipoteca por razón de su accesoriedad.

⁴⁸ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8577); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.ª, 21 marzo 1996 (AC 1996/668).

supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De forma que, quedan al margen de la limitación establecida por el precepto, los préstamos o créditos otorgados sin garantías, con garantías de tipo personal, con garantías reales distintas de la hipoteca, o garantizados con una hipoteca constituida sobre otro bien inmueble. Por otra parte, en su artículo 7, apartado siete, modifica el artículo 654 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo en su último apartado que, en el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la misma, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el Tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas. En cuanto a su artículo 8, por un lado, modifica el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, estableciendo al respecto que en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses pactados en el préstamo el 2 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo. Moderación de intereses que no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en tal Real Decreto-Ley 6/2012; y, por otro, modifica el Anexo del mismo en el que se contiene el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, en cuyo apartado 3, relativo a las medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria (en concreto, la dación en pago de la vivienda habitual), se prevé que el deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante el plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Pero durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por 100. Por último, en su Disposición Transitoria segunda dispone que *«la limitación de intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3, apartado dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre la vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de diez días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior»*.

Sentado lo anterior y partiendo de la función indemnizatoria de los intereses de demora, existe una consolidada jurisprudencia que excluye la aplicación a los intereses de demora y, por ende, su calificación como usuarios o leoninos si exceden o no del interés legal del dinero, de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura, pues, cuando el artículo 1 de esta Ley habla de intereses, hace referencia a los retributivos, «ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa o conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable y que su aplicación tanto sirve para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le produciría el impago o la mora»⁴⁹. Si bien, no faltan resoluciones que mantienen que, aunque los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal están permitidos por el Código Civil, no escapan a la aplicación de la citada Ley Azcárate de 1908, pues su artículo 1 se refiere a la estipulación de intereses sin distinguir su clase o naturaleza⁵⁰. Igualmente, se rechaza la aplicación de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo y, en consecuencia, la limitación establecida en su artículo 20.4, pues únicamente esta ley se aplica a los descubiertos en cuenta corriente, además de excluirse de su ámbito de aplicación los créditos hipotecarios⁵¹.

Como señalamos en líneas precedentes, podemos afirmar que las cláusulas de contratos de crédito o préstamos hipotecarios celebrados con entidades de crédito donde el prestatario tiene la condición de consumidor participan de las notas de pre-

⁴⁹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 octubre 2001 (RJ 2001/7140); de 1 de febrero 2002 (RJ 2002/2879); 4 de junio de 2009 (RJ 2009/4747) y de 26 octubre 2011 (RJ 2012/1126) mantienen la exclusión del régimen normativo contenido en la LGCU de 1984 a la estipulación sobre intereses moratorios al entender que no forman parte de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, ya que la entrada en juego de la estipulación depende tan sólo del comportamiento incumplidor del prestatario, por lo que no cabe hablar de condición abusiva del crédito como expresión de cláusulas contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10, 8 febrero 2012 (JUR 2012/100024); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, 12 septiembre 2012 (JUR 2012/395541) y de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 9 de noviembre de 2012 (AC 2012/119).

⁵⁰ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 7 mayo 2002 (RJ 2002/4045); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 8 de febrero de 2006 (Ac 2006/769) y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13, de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/107905).

⁵¹ Vid. los Autos de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, 30 diciembre 2004 (JUR 2005/38302); y de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, 15 octubre 2012 (JUR 2013/145230). No obstante, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 23 septiembre 2010 (RJ 2010/7296) y del Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.ª, 15 de marzo de 2011 (JUR 2011/209730) consideran que esta Ley de Crédito al Consumo sirve como criterio de interpretación en caso de aplicar facultades moderadoras al fijar la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero.

disposición, generalidad e imposición (art. 1.1 LCGC). De forma que la cláusula de intereses moratorios como condición general de la contratación, una vez superado el previo control de inclusión, puede ser enjuiciado a la luz de lo previsto en los artículos 82 a 90 de la TRLGDCU. Bien entendido que el mero pacto de intereses moratorios o el pacto de los mismos en cuantía superior a los intereses de naturaleza retributiva o remuneratoria no convierte sin más la estipulación en abusiva, sino que para ser calificado como tal debe encajar en la definición de cláusula abusiva que, de la misma se contiene en el artículo 82.1 y siempre teniendo en cuenta, además, que conforme dispone el apartado tercero del citado precepto, el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa; lo que obliga a evaluar la abusividad o no de la cuantía de intereses pactados por referencia al mercado en que el mismo se ha estipulado. En todo caso, para el caso de intereses moratorios se considerarán abusivos *«la imposición de una indemnización desproporcionada alta al consumidor o usuario que no cumpla con sus obligaciones»* (artículo 85.6 del TRLGDCU). No olvidemos el carácter sancionador e indemnizatorio que tienen los intereses de demora. A su vez, el artículo 89 del citado cuerpo legal, que como los anteriores mencionados tiene carácter meramente enunciativo, considera abusiva en su número 7 *«la imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo»*. Dicho precepto no permite en los descubiertos de cuenta corriente un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero. Recordemos que esta Ley ha sido derogada por la mencionada Ley 11/2011, que contempla en su artículo 20.4 el mismo límite en los intereses en descubierto en cuenta.

Sobre tales bases, nuestros tribunales suelen concretar como posibles criterios para considerar si un tipo de demora es o no abusivo los siguientes:

1. El límite fijo que establece el nuevo artículo 114.3 de la LH (tres veces el interés legal del dinero). O simplemente se toma ese límite sin referencia normativa, o se opta por fijar una cuantía mayor cuatro o cinco veces el interés legal del dinero, o se hace referencia a un tanto por ciento anual como módulo orientativo (por ejemplo, el veinte por ciento anual)⁵².
2. Acuden a una comparación con los intereses de naturaleza remuneratorios, de manera que son abusivos aquellos intereses de demora cuya dife-

⁵² Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, 9 junio 2010; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 13 abril 2011 (AC 2011/519); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, 4 octubre 2012 (JUR 2012/371023); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, 20 marzo 2013 (JUR 2013/162015); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, 3 octubre 2014 (AC 2014/1981); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, de 4 de mayo de 2015 (AC 2015/931).

rencia con los remuneratorios superan en tanto puntos porcentuales⁵³; o exceden los intereses moratorios en el doble de la cuantía fijada para los intereses remuneratorios⁵⁴.

3. Otros acuden al artículo 20 de la Ley 16/2011 reiterado en el artículo 89.7 del TRLGCU a la hora de enjuiciar la cuantía de los intereses moratorios.
4. Se concretan determinados porcentajes que ya de por sí son abusivos por excesivos y por su carácter desequilibrante (29 por 100, por ejemplo)⁵⁵.
5. Se considera un interés desproporcionado por elevado no sólo en las fechas actuales, sino también en el tiempo en que se concreta el contrato de préstamo o crédito hipotecario; o en fin, lo es para el mercado o en relación con los tipos de morosidad establecidos en las fechas del contrato por el Banco de España u otros organismos oficiales⁵⁶.
6. No guarda proporción con el perjuicio real causado al acreedor y coloca al consumidor en una clara situación de inferioridad, originando un desequilibrio entre las partes contratantes⁵⁷.
7. Se ha de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y, asimismo, tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa⁵⁸.

⁵³ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, de 27 de octubre de 2015 (JUR 2016/35105).

⁵⁴ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, 27 de junio 2011 (JUR 2011/405556) de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14, 9 mayo 2012 (JUR 2012/220994) y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.ª, 22 abril de 2014 (JUR 2014/162282).

⁵⁵ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, 26 enero 2005 (29%) (AC 2005/158) y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, 10 mayo 2013 (24%) (JUR 2013/210035) y los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17, 14 abril 2010 (29%) (JUR 2010/292111) y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10, de 5 de mayo de 2015 (AC 2015/934) interés al 14,70%, que supera el límite establecido en el artículo 3.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

⁵⁶ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, 28 junio 2011 (JUR 2011/277465); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, 13 junio 2013 (AC 2013/1503); el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 9 enero 2014 (AC 2014/3); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13, 30 junio de 2014 (AC 2014/1580), carácter abusivo del interés moratorio. Un interés de demora del 22,5% anual cuando el interés legal vigente al tiempo de celebrar el contrato era del 5,5% anual. Asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17, de 1 de julio de 2015 (JUR 2015/261050).

⁵⁷ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, 7 mayo 2013 (AC 2013/2241).

⁵⁸ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, 30 septiembre 2013 (JUR 2013/353022) y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, 16 mayo 2014 (AC 2014/2018).

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015⁵⁹ fija como doctrina jurisprudencial que, en los contratos sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales, previsto en el artículo 576 de la LEC para la fijación del interés de mora procesal, es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores que no supongan la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada y, asimismo, contiene un factor disuasorio para que el consumidor no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia. La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia. La sentencia toma como base la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y establece que el préstamo juzgado deberá devengar exclusivamente el interés remuneratorio; de modo que se debe eliminar completamente el incremento porcentual en que consiste el interés de demora «abusivo». La misma sentencia declara que, en los contratos bancarios concertados con consumidores, se presume que las cláusulas constituyen condiciones generales de la contratación, susceptibles de control del abusividad, salvo que se pruebe tanto la existencia de negociación como las contrapartidas que en ella obtuvo el consumidor. El Tribunal Supremo considera, además, que la abusividad de una cláusula no negociada individualmente en un contrato es apreciable de oficio cuando se resuelve un recurso de apelación, también establece que las consecuencias de la nulidad provocada por el carácter abusivo de la cláusula en los términos que se derivan de la jurisprudencia comunitaria y nacional han de ser aplicadas de oficio por los tribunales.

Se reitera esta doctrina en la sentencia de este mismo Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 7 de septiembre de 2015⁶⁰, considerando abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal. En consecuencia, el interés de demora establecido en el contrato de financiación a comprador de un bien mueble objeto de litigio es abusivo porque consistía en la adición

⁵⁹ RJ 2015/1360.

⁶⁰ RJ 2015/3976.

de más de quince puntos porcentuales al interés remuneratorio. Y lo mismo en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 8 de septiembre de 2015⁶¹, que, con los mismos argumentos, considera que el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es abusivo porque consistía en la adición de veinte puntos porcentuales al interés remuneratorio aplicable en cada momento, por lo que inicialmente suponía un interés de demora del 29 por 100 anual y, tras la primera revisión, un interés de demora superior al 30 por 100 anual.

En esta línea, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015⁶², dispone que «... el límite cuantitativo fijado por el vigente artículo 114.3 de la LH (triple del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicable en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notaria y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal». Por estas razones, concluye que «el artículo 114.3 de la LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios, debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado». En igual sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 18 de febrero de 2016⁶³ y la sentencia de este Alto Tribunal, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016⁶⁴ que, declara la nulidad de la cláusula del contrato suscrito por las partes que fija el interés de demora en el 19% y procede a la apli-

⁶¹ RJ 2015/3977.

⁶² RJ 2015/5714. Con voto particular del magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

⁶³ RJ 2016/619. Con voto particular del magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

⁶⁴ JUR 2016/126397.

cación de interés remuneratorio pactado. En la línea con las anteriores resoluciones, después de señalar que, el límite previsto en el artículo 114.3 LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores y mantener el mismo criterio respecto a los préstamos hipotecarios que, la mencionada sentencia de 22 de abril 2015 estableció para los préstamos personales, señala que, «la nulidad de la cláusula abusiva de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto) y reiterada por el Auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una «reducción conservadora» del incremento del tipo de interés que, supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición de dinero por parte del prestatario hasta su devolución».

Por otra parte, también nos encontramos sentencias que optan por el carácter no abusivo de los intereses de demora en base a los siguientes argumentos:

1. No generan posición de desequilibrio por no ser desproporcionado en relación con los intereses de demora existentes en la época en que se firmó el contrato⁶⁵; o lo que representa el promedio habitual en la práctica bancaria o financiera o la existente en el mercado⁶⁶. O simplemente se atiende a las circunstancias concurrentes en la fecha en que se concertó el contrato o las relativas al caso⁶⁷;
2. Aplicando estrictamente la normativa del Código Civil y, obviando, en consecuencia, la normativa de consumidores, se señala que no resultan abusivos ni desproporcionados —aunque puedan ser elevados— al ser la finalidad de estos intereses moratorios el añadir un *plus* de onerosidad para la otra parte que no cumple las obligaciones contractuales asumi-

⁶⁵ Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, de 27 de noviembre de 2014 (JUR 2015/18979).

⁶⁶ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 10 de septiembre de 2013 (JUR 2013/313505).

⁶⁷ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, 8 marzo 2002 (JUR 2002/127963); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, 29 junio 2011 (JUR 2011/331822); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, 23 marzo 2012 (JUR 2012/141041); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, 25 septiembre 2012 (JUR 2012/371707) y los Autos de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, 3 julio 2007 (JUR 2008/52679) y sección 5.ª, 12 noviembre 2009 (JUR 2010/52679).

das, actuando así como cláusula penal, con la finalidad de estimular el puntual cumplimiento del contrato, dado el sobrecoste que supone. Asimismo, sobre tales bases, se considera que estamos ante un interés no contrario a las exigencias de la buena fe⁶⁸;

3. Enlazando con lo anterior, se indica que, en este supuesto, rige el principio de autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de lo que las partes han pactado, pues lo que se sanciona con los intereses moratorios es la falta de pago imputable al deudor, esto es, se indemniza por los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Además se trata de intereses libremente pactado por las partes⁶⁹;
4. O en fin, se considera no abusivo en un análisis comparativo con el interés remuneratorio⁷⁰.

En el Acuerdo de 8 de mayo de 2013, en el marco de una Jornada «Sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. En especial referencia al régimen transitorio», celebrado en el Servicio de Formación Continua del Ministerio de Justicia, se fija como criterio interpretativo en general para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual que se habrá de atender, además de a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y a las circunstancias concurrente en el momento de su celebración, a las demás cláusulas del contrato y a los parámetros contenidos en las normas de derecho interno en relación con situaciones similares a la que se plantea. Y en particular, con respecto a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de los intereses de demora, se indica que se habrá de valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna y, en particular, al que se contempla en el nuevo artículo 144.3 de la LH. En cuanto a los intereses remune-

⁶⁸ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, 25 octubre 2003 (JUR 2004/26422); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, 7 marzo 2005 (AC 2005/480); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, 9 noviembre 2010 (AC 2010/1840); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.ª, 20 abril 2011 (JUR 2011/215250); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, 31 julio 2012 (AC 2012/1536); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, 9 noviembre 2012 (JUR 2013/22553); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25, 15 marzo 2013 (JUR 2013/158538) y el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 24 septiembre 2014 (JUR 2014/255268).

⁶⁹ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.ª, 4 abril 2005 (JUR 2005/172720); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.ª, 28 diciembre 2007 (AC 2008/575); y, los Autos de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 10 noviembre 2010 (JUR 2011/46831); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, 19 mayo 2011 (JUR 2011/301029); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8.ª, 22 octubre 2012 (JUR 2012/381590) y de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 16 de diciembre de 2014 (AC 2015/403).

⁷⁰ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16, 6 septiembre 2013 (AC 2013/1832) y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, 3 febrero 2014 (JUR 2014/70679).

ratorios, con carácter general, se considera que dichos intereses forman parte del precio; de forma que las cláusulas no pueden considerarse abusivas, debiendo limitarse al examen judicial del control de transparencia.

En este contexto, para el control judicial de contenido de las cláusulas contractuales que regulan los intereses remuneratorios y moratorios, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08. Caso Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid), señala que «no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible». Por lo que teniendo en cuenta lo anterior, en materia de estipulaciones contractuales reguladoras de los intereses de demora, no tiene lugar la problemática relativa a si pudieran o no ser enjuiciados a la luz de la regulación de protección de consumidores, pues es claro que no constituyen elementos esenciales del contrato. En cuanto a los criterios para determinar si una cláusula es abusiva, la sentencia del citado Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11. Caso Ariz), establece que resulta necesario comprobar si se ha producido un desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, y, por otro lado, si ese desequilibrio se produce a pesar de la buena fe contractual, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor; de forma que podría considerarse razonablemente que éste ha aceptado la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. Este segundo criterio interpretativo que facilita la sentencia supone valorar si el consumidor habría aceptado la cláusula en cuestión de haber sido negociado, lo que tratándose de intereses moratorios que excedan en una alta proporción del interés legal del dinero no resulta probable, como ocurre en la mayoría de los casos. De todas formas, estos criterios abstractos de interpretación —desequilibrio y buena fe— se tienen que poner en relación con el caso y circunstancias concretas de cada supuesto, sin que pueda establecerse de forma general, correspondiendo tal labor al juez nacional, en una suerte de análisis comparativo con lo que su legislación dispone para determinar las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato; lo que, en esencia, supone un examen del sistema jurídico nacional (parágrafo número 71).

Ahora bien, con respecto a la cláusula de interés de demora, se afirma, asimismo, en la mencionada sentencia que el juzgador deberá analizar el caso concreto y comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de este tipo celebrado con consumidores, y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de

interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (parágrafo número 74). El Tribunal de Justicia fija, por tanto, los criterios abstractos de interpretación que se deducen del derecho de la Unión (Directiva 93/13/CEE), sin concretar un límite para los intereses de demora, pues esa labor la delega al juez nacional, quien, conforme a su legislación, le corresponderá determinar si una cláusula de interés de demora es o no abusiva.

Apreciado el carácter abusivo de una estipulación de intereses moratorios, la sanción será la nulidad de la cláusula, y debería integrarse el vacío dejado por la misma con arreglo a lo establecido en el artículo 1258 del Código Civil. Ahora bien, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 14 de junio de 2012 (asunto C-680/10) sostiene, a los efectos que nos interesa, que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma (parágrafo número 65), y añade la sentencia en su parágrafo número 89 que *«el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva, contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva»*. Además, acertadamente manifiesta que *«si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 13/93. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales»* (parágrafo número 69).

Por todo ello, tanto nuestra normativa, como la aplicación que de ella venía haciéndose por nuestros tribunales, no es conforme a la Directiva; de ahí que, expresa y contundentemente se declare que no procede la integración, la moderación del interés de demora abusivo. La única consecuencia que permite la Directiva es la nulidad radical y absoluta de la cláusula, su no aplicación. De ahí que, tras la citada sentencia del Tribunal de Justicia, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, haya procedido a suprimir el apartado 3 del artículo 83 y, por tanto, la facultad del juez de integrar el contenido del contrato a favor del predisponente por medio de la modificación del contenido de la cláusula declarada nula por abusiva; debiendo ahora limitarse a

dejarla sin efecto, sin aplicación frente al consumidor. Por lo que, ante una eventual declaración de nulidad de una cláusula de intereses moratorios, en ningún caso cabe la aplicación de mecanismo o alternativas subsidiarias —equivalente a la moderación de la cláusula abusiva o a la integración contractual— que supusieran una merma del efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13, esencialmente dirigida a prevenir el uso extensivo de las cláusulas presumiblemente abusivas.

En este contexto nos encontramos con órganos judiciales que declaran nula la cláusula de interés de demora y la excluyen sin más del contrato, considerando inaplicable cualquier tipo de interés⁷¹; e incluso aquellos que con la anterior redacción del artículo 83 del TRLGCU mantienen este mismo criterio, al considerar que los contratos obligan no sólo a lo pactado, sino también a sus consecuencias, siempre que sean conformes a la buena fe y, siendo que los intereses moratorios abusivos son contrarios a la buena fe, no procede integración alguna, sino simplemente tener por no puesta la cláusula⁷².

No obstante, no faltan también resoluciones que:

1. Alegan que la cláusula contractual relativa a los intereses de demora, cuando se aplican al total del préstamo vencido, tienen naturaleza de cláusula penal y, por tanto, pueden ser susceptibles de moderación judicial, de conformidad con el artículo 1154 del Código Civil⁷³.
2. O simplemente hacen caso omiso de la doctrina europea y proceden a moderar la cuantía de los intereses moratorios⁷⁴.
3. O plantean la posibilidad de recurrir a la opción del recálculo, reduciéndolo su cuantía simplemente⁷⁵, o tomando para ello como base normativa

⁷¹ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17, de 14 de febrero de 2013 (JUR 2013/172291) y de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11, 30 de septiembre de 2013 (AC 2013/1850).

⁷² Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, 8 de octubre de 2012.

⁷³ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 septiembre 2010 (RJ 2010/7296) y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13, 30 diciembre 2004 (JUR 2005/55652); y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4, 22 febrero 2010; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, 13 de mayo de 2011 (JUR 2011/294043).

⁷⁴ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 14 marzo 1995 (AC 1995/422); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, 21 octubre 2002 (JUR 2002/284743); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.ª, 10 julio 2003 (JUR 2003/256305); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, 30 mayo 2011 (AC 2011/1338); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, 31 enero 2014 (AC 2014/214); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5.ª, 5 febrero 2014 (JUR 2014/103411) y de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 27 de octubre de 2014 (JUR 2015/32203). Y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 29 de abril de 2014 (AC 2014/1108).

⁷⁵ Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.ª, 23 noviembre 2010 (JUR 2011/79571); y los Autos de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 22 de diciem-

lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013⁷⁶. El problema de esta Disposición es que el legislador no está contemplando propiamente los casos en que ha ya existido una declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, sino los supuestos en que a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 114.3 de la LH, se hubiese fijado la cantidad por la que se solicita el despacho.

4. O después de afirmar que la nulidad comporta la exclusión de la cláusula, consideran que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a los efectos dos opciones: las que defienden la aplicación del Código Civil (art. 1108)⁷⁷; o las que sostienen la aplicación de la Ley Hipotecaria (art. 114.3)⁷⁸.
5. O aplican el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo —tasa anual equivalente superior al 2,5 veces el interés legal del dinero⁷⁹.

bre de 2014 (AC 2015/270) recálculo al 12%; de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 19 de enero de 2015 (JUR 2015/82303) y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12, 13 de marzo de 2015 (JUR 2015/131727), reducción del interés de demora anual del 17 % al 12 % en aplicación de la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013.

⁷⁶ Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, 17 septiembre 2014 (JUR 2015/4214). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17, 21 mayo 2014 (JUR 2014/178499), señala que no es posible acudir al artículo 114 LH ni a la DT. 2.ª de la Ley 1/2013 para reducir el interés moratorio.

⁷⁷ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, 15 septiembre 2000 (JUR 2001/17125); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 2.ª, 12 mayo 2014 (AC 2014/1013); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, 14 octubre 2014 (JUR 2015/8226); y los Autos de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 5 de noviembre de 2014 (AC 2015/222); Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 6 de mayo de 2015 (AC 2015/1233); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11, de 27 de marzo de 2015 (AC 2015/732). Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13, 30 junio 2014 (AC 2014/1580) no procede aplicar el artículo 1108 del CC, pues, supone integrar el contrato. En esta línea, REDONDO TRIGO, Fco.: «Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, septiembre-octubre 2015, pág. 3023.

⁷⁸ Vid. el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2016 (JUR 2016/71811); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, 15 enero 2014 (JUR 2014/103462); y los Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, 27 marzo 2014 (JUR 2014/114707); y de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.ª, de 18 de julio de 2014 (JUR 2015/127218). No obstante, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sus sentencias de 23 de diciembre y de 18 de febrero de 2016 ha considerado que el artículo 114.3 de la LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de los intereses moratorios, puesto que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite ni siquiera tengan acceso al documento contractual, no en su caso resulten inscritas.

⁷⁹ JUR 2015/131014.

6. O consideran que, en caso de declarar abusivos los intereses de demora, se debe aplicar el interés del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal aumentado en dos puntos desde que se dicte la resolución de condena⁸⁰.
7. O se pronuncian en el sentido de considerar que el efecto de la nulidad de los intereses de demora supone el tener por no puesta la cláusula, su no aplicación; de modo que no pueden ser trasladados al acreedor la cláusula de intereses moratorios para un nuevo cálculo de los intereses en los términos que prevé la Disposición Transitoria segunda, sino que las cantidades reclamadas por dichos conceptos deben excluirse sin más⁸¹; máxime si se tiene en cuenta que, a raíz de la reforma del artículo 83, el texto de la citada Disposición no puede interpretarse como permisivo del recálculo —reducción— de los intereses moratorios, sino por su exclusión de la contratación⁸², y la imposición expresamente de la obligación de establecer que tales cláusulas no vincularan al consumidor⁸³.
8. O, en fin, se opta por la aplicación del interés remuneratorio⁸⁴.

⁸⁰ Vid. el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 20 de noviembre de 2013.

⁸¹ En este sentido, BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *La Ley*, año XXXV, núm. 8330, 11 de junio de 2014, pág. 9. Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, 9 julio 2012; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 18 diciembre 2013 y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, 27 febrero 2014. Y el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 5, de Cáceres, 23 enero 2015 (*La Ley* 137/2015).

⁸² Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 9.ª, 7 septiembre 2012 (JUR 2012/366222); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.ª, 18 octubre 2012 (JUR 2012/391860); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, 15 de enero 2013 (JUR 2013/152811); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, 13 marzo 2014 (JUR 2014/91722); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11, 15 julio 2014 (JUR 2014/234763); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, de 12 de enero de 2015 (AC 2015/5); y los Autos de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, 21 de marzo de 2014 (AC 2014/618); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.ª, 7 julio 2014 (AC 2014/2033), no procede la aplicación de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, que establece el recálculo de intereses, pues hay una primacía del Derecho comunitario, y de la interpretación del Derecho de la Unión por un órgano jurisdiccional sin necesidad de plantear una cuestión prejudicial al TJUE; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13, 2 octubre 2014 (AC 2014/1864); de la misma Audiencia, sección 1.ª, de 3 de marzo de 2015 (JUR 2015/112557); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 17 de marzo de 2015 (JUR 2015/274638); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10, de 5 de mayo de 2015 (AC 2015/934); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.ª, de 26 de octubre de 2015 (JUR 2015/293344) de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 30 de diciembre de 2015 (JUR 2016/58364).

⁸³ Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11, de 12 de noviembre de 2014 (JUR 2015/97589) y de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 27 de abril de 2015 (JUR 2015/157705).

⁸⁴ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre 2015 (*La Ley* 125944/2015), señala que «la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que

Ahora bien, para ACHÓN BRUÑÉN, la eliminación de la cláusula de interés de demora no aplicando ningún interés por el retraso, tampoco resulta convincente, pues con ello se está favoreciendo el incumplimiento, originando un enriquecimiento injusto a favor del deudor moroso. En este sentido, propone adoptar una solución similar a la contemplada en el artículo 815.3 de la LEC, de manera que el juez rebaje la cantidad prevista para dicho concepto, concediendo al acreedor un plazo de diez días para que manifieste si acepta la rebaja⁸⁵. Si bien, la solución de aplicar el interés remuneratorio cuando se declara abusiva la cláusula de interés de demora resulta la opción más adecuada, puesto que atiende a todas las partes en conflicto, sin desobedecer los postulados emanados del TJUE de no integrar las cláusulas declaradas abusivas, dado que mantienen al deudor el mismo interés que normalmente se hubiera devengado si hubiera cumplido su obligación⁸⁶.

Ciertamente, no hay ninguna duda que el artículo 83 del TRLGCU, tras la declaración de abusividad de una cláusula, impide la denominada reducción conservadora de la validez, esto es, la posibilidad que el juez modere o reduzca el contenido del pacto hasta el límite de lo razonable. Por lo que el juez no podrá reducir la cuantía de los intereses de demora hasta los límites permitidos. Ahora bien, cabe plantearse si el citado artículo 83, interpretado a la luz de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deja margen a la integra-

sería lo que se ha dado en llamar «reducción conservadora de la validez»), ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese de devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada...». En igual sentido, se ha pronunciado el Alto Tribunal en sentencias de 8 de septiembre de 2015, pues «lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo de interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no está aquejado de abusividad y que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución»; de 23 de diciembre y 18 de febrero de 2016, que declaran que respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la sentencia de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado. En sentido contrario, BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *op. cit.*, pág. 8.

⁸⁵ ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La espera de la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras», *La Ley*, año XXXVI, núm. 8473, 4 febrero 2015, pág. 2. Por su parte, BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *op. cit.*, pág. 9, señala que, cuando la cláusula de intereses de demora declarada nula por abusiva hubiese establecido unos intereses moratorios incompatibles con los remuneratorios, las cantidades en mora no seguirán devengando ésta, pues los intereses moratorios se eliminan del contrato en perjuicio del predisponente, pero no del adherente; de modo que sólo se inaplica aquello que le perjudica, no lo que le beneficia.

⁸⁶ ACHÓN BRUÑÉN, M.^a J.: «Todo lo que hay que saber sobre la oposición a la ejecución o la declaración de oficio de cláusulas abusivas en el procedimiento hipotecario», *op. cit.*, pág. 17.

ción contractual, de acuerdo con el artículo 1258 del Código Civil y 64 del TRLGCU y, en concreto, para la aplicación del derecho dispositivo en las que el contrato pueda quedar subsistiendo sin la cláusula nula, pero dicha nulidad parcial origine una laguna en la regulación que pueda producir un desequilibrio en la economía contractual. Se consideraba plausible integrar la laguna con la aplicación del artículo 1108 del Código Civil. Pero los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea impiden la aplicación de la tesis que defiende que el juez puede, tras la apreciación de la abusividad de la cláusula, sustituir la regulación convencional que ha sido declarada nula por una norma de Derecho dispositivo, salvo en el caso de que el contrato no pueda subsistir por la falta de sus elementos esenciales. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/2013. Caso Kásler y Káslerné Rábai, referido al derecho húngaro), declara que «no se opone a la Directiva 93/13 que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional» (parágrafo número 86, apartado 3), siempre que esta sustitución se ajuste al objeto del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencia de tal índole que representarían para éste una penalización (parágrafos números 82 a 84). Lo que en clave de nuestro ordenamiento jurídico parece que no impide el juicio de eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. En todo caso, la integración que admite esta sentencia es sólo en provecho y beneficio de la persona consumidora, cuestión que quedó abierta en la sentencia de este mismo Tribunal de 14 de junio de 2012, que prohíbe la integración *pro predisponente*⁸⁷. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13)⁸⁸ ha negado la posibi-

⁸⁷ BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *op. cit.*, pág. 2.

⁸⁸ TJCE 2015/4. Los litigios principales se refieren a diferentes procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados por Unicaja Banco y Caixabank con el objeto de obtener la ejecución forzosa de varias hipotecas constituidas entre el 5 de enero de 2007 y el 20 de agosto de 2010 para garantizar importes comprendidos entre 47.000 euros y 249.000 euros. En el asunto C-482/13, el préstamo hipotecario llevaba aparejados intereses moratorios calculados al tipo de 18 %, el cual podía aumentar si, al incrementar en cuatro puntos el tipo de interés variable, resultara el tipo de interés superior a aquél, no pudiendo rebasarse en ningún caso el tope máximo de 25 % nominal anual. En los asuntos C-484/13, C-485/13 y C-487/13, los préstamos hipotecarios llevaban aparejados intereses moratorios calculados al tipo del 22,5 %. Asimismo, todos los contratos de préstamo a los que se refieren los litigios principales incluyen una cláusula con arreglo a la cual, en caso de que el prestatario incumpla sus obligaciones de pago, el prestamista puede anticipar el vencimiento inicialmente pactado y exigir el pago de la totalidad del capital pendiente, más los intereses, intereses de demora, comisiones, gastos y costas pactados. Mediante auto el presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2013 ordenó la acumulación de los asuntos C-482/13 a C-487/13 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento, así como de la sentencia; y, asimismo, mediante autos de 13 de marzo y 3 de octubre 2014 ordenó separar del presente procedimiento los asuntos C-486/13 y C-483/13, al haberse procedido al archivo de los mismos.

lidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo que «es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización». Si bien, con carácter previo, aclara que, tal como señalaron tanto el Gobierno español en sus escritos y en la vista, como el abogado general en los puntos 38 y 39 de sus conclusiones, el ámbito de aplicación de tal disposición transitoria «comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora» (parágrafo número 36). Por lo que tal ámbito no se circunscribe sólo a los contratos entre consumidores y profesionales y, en consecuencia, no sólo es de aplicación en relación con la existencia de cláusulas abusivas. Ahora bien, esta Disposición Transitoria segunda no impide que «el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula» (parágrafo número 39). Por tanto, la regulación de tal disposición nacional no colisiona con la Directiva 93/13, pues ésta no se opone a su aplicación y, asimismo, su existencia no impide que los jueces puedan dejar de aplicar una cláusula cuando sea abusiva⁸⁹. Recordemos que, cuando en un procedimiento de ejecución el juez aprecie el carácter abusivo de una o varias cláusulas, puede decidir que la ejecución es improcedente, o bien ordenar la ejecución sin aplicar las cláusulas consideradas abusivas.

⁸⁹ De ahí que la labor del citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea deba limitarse a dar indicaciones sobre los criterios que los jueces nacionales deben tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, y de los que hemos hecho oportuna referencia en otro apartado de este estudio. Aunque no se recuerda el criterio específicamente referido a la cláusula de intereses de demora del caso *Ariz*, no obstante, se señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual, se debe apreciar teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (parágrafo número 37). De todas formas, el juez de Marchena da por sentado a la hora de plantear la cuestión prejudicial que las cláusulas de intereses moratorios de cuya ejecución se está conociendo tienen carácter abusivo; de ahí que no pregunte sobre este asunto.

Es más, en el examen por el juez nacional de una cláusula de un contrato, incluso cuando un tipo de interés de demora es inferior al triple del interés legal del dinero, señala el Tribunal que «ello no impide a aquél apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva» (parágrafo número 40). De forma que, con una manifestación un tanto sorprendente, para este Tribunal una cláusula puede llegar a ser abusiva —en supuestos de préstamos entre particulares, prestatario no consumidor, cláusula negociada individualmente, etc.—, incluso cuando el tipo de demora sea inferior al límite fijado en el artículo 114.3 de la LH. Y también al contrario, cuando el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula del contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda y deba ser objeto de limitación en virtud de esta disposición, pues, como se indica, tal circunstancia no es óbice para que «el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula» (parágrafo número 41).

Finalmente, atendiendo al conjunto de las anteriores consideraciones, concluye el Tribunal que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora, calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional: 1. No prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula, y 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que se aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva» (parágrafo número 42). En suma, el fallo no declara contraria a la Directiva 93/13 la disposición transitoria segunda y, por ende, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que obliga a recalcular las cantidades debidas, siempre que la disposición nacional no impida al juez nacional dejar de aplicar la cláusula en caso de que se aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva. En consecuencia, si se declara abusiva una cláusula, al mismo tiempo no se puede recalcularla al triple del interés legal, pues, de acordarse la abusividad, hay que dejar de aplicar la cláusula. Además, no debemos olvidar que la normativa mencionada no sólo se aplica a los contratos con consumidores. En esencia, esta disposición transitoria que impone al juez una facultad moderadora en forma de recalcule es compatible con la Directiva 93/13 al no coincidir el ámbito de aplicación y, en consecuen-

cia, de aplicación obligatoria en los procedimientos de ejecución hipotecaria que se encuentran actualmente en curso.

En la misma línea, el Auto del Tribunal, Sala Sexta, de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), no admite que, una vez declarada la abusividad de las cláusulas de intereses moratorios sea directamente aplicable el interés previsto en el citado artículo 114.2 de la LH al decir que: «... el contrato de que se trata debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. En particular, la citada disposición no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula. Por otro lado, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. De hecho, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal de Justicia declara que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». Asimismo, «es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria del derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencia de tal índole que representarían para éste una penalización». Por lo que añade: «el ámbito de aplicación de la

disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Decreto-Ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios. Así, pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales». Y por si ello fuera poco, este mismo Auto reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que va en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo, por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puesto. Es más, el Tribunal declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no, a cuyo efecto proclama que: «Los artículos 6, apartados 1 y 7, apartado 1 de la Directiva 93/13 CEE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a las normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: 1. No prejuzguen la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre los intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicha contrato; y 2. No impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva. Y, asimismo, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/123— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

Así las cosas, la doctrina general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las resoluciones citadas, se traduce en que la Directiva 93/13/CEE se opone a que una norma de derecho nacional permita al juez, tras declarar la nulidad de una cláusula abusiva, integrar dicho contrato modificando su contenido de cualquier manera. En consecuencia, tras la declaración de abusividad, el juez no puede ni reducir la cláusula hasta lo que considera no abusivo, ni aplicar una norma nacional. Lo señalado tiene el límite que fue fijado en la citada sentencia de 30 de abril de 2014 y que la de 21 de enero 2015 reitera: la posibilidad de que el juez nacio-

nal subsane la nulidad de cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del derecho nacional sólo podrá acontecer si el contrato no puede subsistir tras la eliminación de la cláusula abusiva, no ante cualquier otra laguna, siempre que la integración opere a favor del consumidor.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la ineficacia resultante de la declaración de abusividad encuentra su fundamento en el concepto de «no vinculación» que contempla el artículo 6 de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7 de la misma. De ahí que se debe garantizar en cualquier caso que las cláusulas declaradas abusivas no vinculen o afecten en modo alguno a los consumidores (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, asunto C-680/10), de forma que esta función garantista se consigue en aquellos regímenes jurídicos que sancionan las cláusulas abusivas con la nulidad de pleno derecho (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10). Este resultado interpretativo es el que sustentó el magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, en donde se analiza el fenómeno de la ineficacia contractual en el plano de control de transparencia derivado del ejercicio de una acción individual de impugnación de la validez de la denominada «cláusula suelo», llegando a la conclusión de la necesaria eficacia *ex tunc* de la obligación de restitución de la entidad prestamista respecto de los intereses cobrados en exceso (Fundamento de Derecho tercero del citado voto particular). Este mismo resultado es el que defiende también la Comisión Europea en su informe al asunto prejudicial C-154/15 —petición del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada de 1 de abril de 2015—, que trae causa de la citada sentencia del 25 de marzo de 2015. En dicho Informe, la Comisión, de forma clara, argumenta que el concepto de «no vinculación» referido al artículo 6.1 de la Directiva y aplicado a la ineficacia derivada de la abusividad de la cláusula suelo: «surte efectos *ex tunc* y no sólo desde la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión».

En todo caso, la interpretación del concepto de «no vinculación» al que se refiere la Directiva, no admite cualquier interpretación que condicione el alcance de su función protectora respecto del consumidor adherente, sino que su proyección en la ineficacia derivada de la cláusula abusiva comporta necesariamente una «desvinculación plena» de los efectos y consecuencias jurídicas que directamente despliegue la cláusula abusiva en el marco del contrato celebrado.

En este contexto, la función preventiva y disuasoria que se pretende con la Directiva 93/13 y que tanta importancia concede el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus diferentes resoluciones, se vería desactivada si se facultase al juez a recomponer el equilibrio contractual tras la nulidad de la cláusula abusiva mediante la integración del contrato. Por tanto, el juez carece de estas facultades integrativas del contrato para llenar la laguna contractual tras la nulidad de tal cláusula abusiva, salvo que el contrato no pueda subsistir sin ella.

Finalmente, hemos de mencionar que la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, en Auto de 6 de abril de 2016⁹⁰ aprecia la condición de consumidor del fiador y, por tanto, aplica la correspondiente normativa de protección y anula por abusiva la cláusula de interés de demora de 20 puntos sobre el remuneratorio, al estimarla abusiva por desproporcionado es en un contrato de crédito, a pesar de que el préstamo tenía por objeto la financiación de una empresa⁹¹. Así se señala que, en el supuesto de autos, «la comparación entre los distintos tipos de interés evidencia la desproporción del tipo de demora pactado en relación con los aplicables en los distintos sectores, bien a falta de pacto, bien por expresa disposición legal: el tipo de interés moratorio estipulado excedía en la fecha en que se pactó en 22 puntos el interés legal y en más de cuatro veces el remuneratorio; asimismo, en la fecha en que se fijó, rebasaba en 21 puntos el interés de demora tributario, y en 18 puntos el interés de demora señalado para las operaciones comerciales entre empresarios y entre éstos y la Administración; asimismo, superaba el tipo máximo previsto para el interés de demora en contratos de crédito al consumo en más de 16 puntos». Por otra parte, hasta ahora el fiador tenía la misma condición que la operación principal, de manera que si el préstamo se destinaba a actividades profesionales o empresariales, el fiador se consideraba de igual carácter y no podía invocar la legislación protectora del consumidor. Esta Audiencia aplica por primera vez la novedosa doctrina establecida en el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2014 (asunto C-74/15)⁹² y rompe la vinculación entre el control principal de préstamo y la fianza o aval que lo garantizaba, analizando la posición del fiador autónomamente y concluyendo que en este caso el demandado era pensionista y no guardaba relación funcional o laboral, ni vinculación alguna con la empresa avalada, por lo que la operación era ajena a su ámbito de actividad y debía ser considerado como consumidor el fiador. Así se dice en la citada sentencia que: «El fiador D. B. trabajaba como funcionario, no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito y es el padre de uno de los dos socios y suegro de la otra socia y administradora única de la empresa, cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de

⁹⁰ *La Ley* 31508/2016. Auto 83/2016. Recurso apelación 128/2016.

⁹¹ *Vid.* el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, de 27 de noviembre de 2013 (JUR 2014/293856), en el que, sin embargo, considera que los fiadores carecen de la condición de consumidor o usuario.

⁹² Tiene por objeto la petición de decisión judicial planteada por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal de Apelación de Oradea, Rumanía) mediante resolución de 5 de febrero de 2015, y recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de febrero de 2015 declara que: «Los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

la sociedad, intervención que, realizada a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal en intereses. En consecuencia, D. B. actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal».

En fin, declara nula por abusiva la cláusula sobre intereses de demora incluida en la póliza de crédito de 3 de febrero de 2012 y ordena a la parte ejecutante que recalcule la cantidad resultante de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula, que será sustituida por el interés ordinario pactado (Euribor más 3,950 p. p.), teniendo en cuenta el ingreso de 30.000 euros en concepto de principal, realizado en fecha de 14 de abril de 2015.

*(Trabajo recibido el 12/05/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)*

DERECHO SOCIETARIO

COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2015 SOBRE LA REVOCACIÓN DEL PODER OTORGADO POR DOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS

JESÚS LLEONART CASTRO

Notario

RESUMEN

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de septiembre de 2015 continúa la línea establecida por la Resolución de 15 de abril de 2015 y viene a confirmar la doctrina que ésta recogía. Esta Resolución se dicta como consecuencia del recurso interpuesto por el notario autorizante de una escritura de revocación de poderes frente a la nota de calificación negativa del registrador mercantil. Siendo dos los administradores mancomunados de una sociedad y habiendo dado un poder a un tercero, uno de los poderdantes pretende su revocación en base, no sólo a la pérdida de confianza en el apoderado, sino también a la existencia de un único foco de interés representado por el otro administrador y el apoderado. Dado que constituyen éstos una unidad de intereses, exigir el consentimiento del otro administrador para la revocación equivaldría a exigir el consentimiento del apoderado. Para la Dirección General, este supuesto no presenta identidad de razón con el caso resuelto por la Resolución de 12 de septiembre de 1994 y no se permite la aplicación analógica de las tesis en ella contenida. Así, mantiene el Centro Directivo su tesis de que, en los supuestos de un apoderamiento otorgado por dos administradores mancomunados, es radicalmente distinto (y de naturaleza opuesta) el caso en el que el apoderado es un tercero, o uno de los administradores.

Palabras clave: administradores mancomunados, revocación de poder, subsistencia del poder, revocación unilateral, irrevocabilidad del poder.

**COMMENTS ON THE RESOLUTION BY THE DGRN
DATED ON SEPTEMBER 16TH, 2015, ON THE
REVOCATION OF THE POWER OF ATTORNEY
GRANTED BY TWO JOINT ADMINISTRATORS**

JESÚS LLEONART CASTRO

Public Notary

ABSTRACT

The Resolution of the Directorate General of Registries and Notaries, dated on September 16th 2015, holds the line stated by the Resolution of April 15th 2015, and confirms the doctrine that it took. This Resolution is the consequence of an appeal filled by the Notary against the refusal of the Commercial Registrar to register a deed of revocation of power of attorney. There were two joint administrators in a company and they granted a power of attorney to other person; one of the principals pretended the revocation due to, not only the loss of trust but also the fact there was only one interest represented by the other principal and the attorney. Given that these two constitute a unity of interests, to require the other principal's consent to revocation means requiring agent's consent. For the Directorate General this case does not have similar reasoning to the case solved by the Resolution dated on September 12th, 1994, and the analogous application of that thesis is not allowed. Therefore, Directorate General states its thesis that, when it comes to a power of attorney granted by two joint administrators, is radically different (and it has opposite nature) the case where the agent is a third person from the one where the agent is one of the administrators.

Keywords: joint administrators, revocation of power of attorney, subsistence of the power of attorney, unilateral revocation, irrevocability of a power of attorney.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PODER RECÍPROCO ENTRE ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.—III. EL PODER OTORGADO A UN TERCERO POR LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.—IV. LA CONFIANZA COMO BASE DEL PODER.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la publicación del Código Civil, el sistema de administración mancomunada se ha visto doblemente reforzado. Por un lado, el legislador, que ya lo incluyera en el artículo 1694 del mismo, ha reafirmado su posición incluyéndolo en las sucesivas reformas experimentadas por el derecho de sociedades español. Por otro, el ciudadano renueva diariamente su confianza en la administración mancomunada como modo de ejercer la administración de la sociedad; aunque es cierto que parece más bien que existe cierta reticencia ante la posibilidad contraria, la administración solidaria. Sea como fuere, tanto en la sociedad anónima como en la sociedad de responsabilidad limitada, la mancomunidad está en boga.

Por ello mismo conviene examinar, en primer lugar, qué ofrece la mancomunidad que tanto convence. La administración mancomunada cobra gran protagonismo en sociedades en las que existe un capital con varios «grupos de fuerza» (generalmente dos). Ello permite convertir a cada administrador en depositario de la confianza de cada grupo, garantizando así que la llevanza de los asuntos y la buena gestión de la sociedad no podrá acometerla uno de aquellos sectores sin contar con el otro. En estos casos se configura como un adalid de la desconfianza intrínseca de todo contrato plurilateral, y que viene a demostrar suficientemente que, además de los intereses convergentes del fenómeno societario, dentro de toda sociedad existen intereses marcadamente individuales y, hasta cierto punto, excluyentes. Al fin y al cabo, al no agotarse la relación jurídica con la realización de las prestaciones, la riqueza de la sociedad estriba en el amplio abanico de posibilidades que se despliega a partir del nacimiento del ente. No obstante, la mancomunidad también puede funcionar de la manera contraria. Esto es, como afirmación de la idea de seguridad que caracteriza su funcionamiento. La existencia de un mayor filtro, debido al mayor número de consentimientos que es necesario recabar, dota a la sociedad de cierta tranquilidad frente a los riesgos de la existencia de un administrador único o varios solidarios, en los que existe un mayor

riesgo de actuaciones debidas al ímpetu, la irreflexión o el simple pálpito del administrador.

Precisamente, esta idea de rigidez es la clave de bóveda sobre la que descansa toda la polémica en torno a la administración mancomunada. Concretamente en los problemas derivados de los correctores a los que en la práctica se acude para solucionarla. El propio artículo 1694 del Código Civil, en sede de sociedad civil, nos pone sobre la pista: *«en el caso de haberse estipulado que los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros, se necesita el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad»*. En caso de optar por este sistema de administración, la mancomunidad se despliega sobre todos los aspectos de la vida societaria y no cabe excepcionarla continuamente hasta convertirla en un esbozo apenas perceptible. Optar por la mancomunidad tiene ventajas, nos recuerda el legislador, pero también inconvenientes, actuales (como lograr el concurso de los demás administradores) y potenciales (como el posible bloqueo de la sociedad). Resulta paradójico cuanto menos que, una vez elegido el sistema de administración, una vez establecida la mancomunidad, se acuda con asiduidad a la figura del apoderado para paliar la rigidez de la administración. Las necesidades del tráfico negocial, donde los consentimientos necesitan presteza y la buena gestión se liga a la disponibilidad, hacen prácticamente indispensable prescindir de la rigidez inicial, flexibilizar las pretensiones iniciales, y así confiar en un tercero (o en uno de los administradores mancomunados) la llevanza de la sociedad. A partir de aquí surgen los problemas.

II. EL PODER RECÍPROCO ENTRE ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS

A partir de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado dada el 12 de septiembre de 1994, el Centro Directivo sentó un precedente incontestable. El otorgamiento de un poder por los dos administradores mancomunados a favor de uno sólo de ellos es un caso excepcional que rompe con la regla general de que lo hecho por dos administradores conjuntamente sólo puede ser deshecho igualmente por ambos. Tal y como recoge la citada Resolución «... en el acto concreto de apoderamiento se produce una delegación por la que cada uno de los administradores autoriza al otro a fin de hacer uso de aquellas facultades que el poderdante tiene atribuidas para ser ejercitadas conjuntamente con el propio apoderado. Sólo desde esta perspectiva se comprende con claridad la eficacia de la actuación de uno de los administradores conjuntos al retirar el consentimiento prestado de manera anticipada en el acto de otorgamiento del poder: El apoderado no reunirá ya la voluntad concorde de ambos administradores, ni por tanto la del órgano, careciendo sus actos de alcance vinculatorio para la sociedad

representada —a salvo, naturalmente, los efectos propios de la protección a la apariencia frente a los terceros de buena fe—...».

Sin entrar a analizar lo acertado de dicha doctrina, debemos ser críticos con su utilización. Algo debe tener de especialísimo este supuesto a diferencia del caso normal (el otorgamiento del poder por parte de ambos administradores, pero a favor de un tercero) que justifique la privacidad con la que se usa por parte del Centro Directivo. Algo, insisto, que explique por qué en el resto de los casos, como en la propia Resolución de 16 de septiembre de 2015 que comentamos, se «desnaturalizaría la esencia de la actuación mancomunada en el ejercicio del poder de representación exigida por el artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital cuando la administración de la sociedad de responsabilidad limitada se hubiera confiado a dos administradores que actúen de forma conjunta». En realidad, la única diferencia entre los dos supuestos es la persona del apoderado: el depositario de la confianza del órgano. Es realmente difícil comprender, desde la óptica de un negocio unilateral como el apoderamiento, en qué medida puede influir quien sea el destinatario de la declaración de voluntad. Si el consentimiento del apoderado no es necesario para la validez del poder; es más, si ni siquiera se requiere su conocimiento, si el acto del que emana el poder se configura como una declaración de voluntad unilateral y no recepticia, ¿cómo es posible que sean tan radicalmente distintos sus efectos según quién sea designado como apoderado? ¿Cómo podría explicar el notario autorizante de la escritura a los poderdantes que según quien designen como apoderado va a ser más o menos difícil realizar cualquier cambio? ¿No será que, en realidad, el quid de la cuestión no se halla en el apoderado?

III. EL PODER OTORGADO A UN TERCERO POR LOS ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS

Ante lo que parece una situación semejante, la Dirección General se niega a ofrecer una solución analógica que palie los desperfectos del sistema de apoderamiento. Alegando una desnaturalización de la mancomunidad, sin más argumentación que una negativa simple y rotunda, tanto en la resolución de 15 de abril de 2015, como en la más reciente de 16 de septiembre de 2015, concluye escueta pero implacablemente que *«esta doctrina no es aplicable cuando el nombrado apoderado es una persona física o jurídica que no ostenta el cargo de administrador»*, rechazando de plano la más que justificada pretensión del Notario autorizante de la escritura de revocación de acudir a la analogía.

La analogía está recogida no como un medio excepcional, sino como un remedio perfectamente válido y aconsejable en el artículo 4 del Código Civil. Un artículo que se incardina en el Título Preliminar, lo que para un amplio sector de la doctrina dota a sus preceptos de un carácter «cuasiconstitucional». Sin embargo,

el Centro Directivo alberga una gran desconfianza hacia este instrumento hasta el punto de que prescinde totalmente de esbozar cualquier tipo de justificación que desaconseje su uso. Sean cuales sean tales argumentos, si los hay, la Dirección General se los reserva. La analogía gravita siempre en torno a la existencia de una laguna legal; en nuestro caso, un supuesto no resuelto por la ley, pero tampoco por la doctrina de la Dirección General. Un supuesto que, sin embargo, podría integrarse mediante la subsunción en el supuesto de hecho de otro, sí resuelto, con el que debe guardar dos requisitos: semejanza de casos e identidad de razón. La identidad de razón, o *ratio decidendi*, revela la aptitud de un criterio para ser aplicado no sólo al caso que lo motiva, sino a otros semejantes, no idénticos, claro, porque si no estarían automáticamente resueltos por el supuesto regulado. Lo que pretendo a continuación es reforzar la opinión, cada vez más acogida en la doctrina, de que entre uno y otro supuesto, entre el poder otorgado por dos administradores mancomunados a uno de ellos y el que se otorga a un tercero existe plena identidad de razón.

Para ello debemos girar la lente bajo la que se examina este supuesto y no enfocarla hacia la supuesta delegación recíproca entre poderdantes-administradores, que para el Centro Directivo se da en un caso y no en otro. Aunque no sería del todo difícil refutar que dicha *delegatio* existe igualmente cuando el apoderado es un tercero, de manera que recibe dos delegaciones diferentes que debe mantener para continuar ejerciendo el cargo y que faltando una sola de ellas, falta, como dice la Dirección General, la «*voluntad concorde de ambos administradores*» que le habilitaba para ejercer su cargo. O incluso, el solo otorgamiento del poder al tercero podría criticarse y censurarse, por suponer, *de facto*, una verdadera alteración del sistema de administración de la sociedad.

IV. LA CONFIANZA COMO LA BASE DEL PODER

La relación entre poderdante y apoderado está fundamentada tanto en su génesis como durante su vida útil en la confianza del primero hacia el segundo. La desaparición de la misma es una situación fáctica que tiene su traslado al plano jurídico a través del acto de la revocación. La revocación cumple así la función de adaptar la realidad jurídica a la realidad fáctica en lo que es ya una constante jurídica: la realidad mueve primero. En el caso del poder otorgado por dos personas, en nuestro caso dos administradores mancomunados, existen dos confianzas hacia la misma persona y ambas con paridad de trato fundamentan la actuación de su depositario. La mancomunidad, en lo que a la confianza se refiere, no puede entenderse como una constante invariable, sino que debe traducirse en un mantenimiento de la confianza. La conjunción de la actuación que exige la mancomunidad se basa en una renovación constante y diaria de la confianza otorgada inicialmente. Cuando quiebra una cualquiera, cuando una de ellas no se renueva, desaparece el supuesto de hecho que habilita la actuación del apoderado. Considero que no pue-

de ni siquiera entrarse a valorar si se debe admitir o no la revocación, lo que verdaderamente es inadmisibile es la existencia en el tráfico jurídico de un poder desprovisto de confianza, de un poder sin voluntad de darlo. Ese es el verdadero perjuicio para los terceros que contraten con el apoderado. La Dirección General, preocupada por el posible perjuicio que sufra el administrador no requerido para la revocación, descuida enormemente al tercero de buena fe que confía en el poder que se le exhibe, descuida el tráfico negocial cuya protección es tantas veces reiterada por el legislador y, sobre todo, tantas veces superpuesta a otros intereses.

Como acertadamente dice GONZÁLEZ-MENESES¹: «por ello, si lo que motiva la nota de calificación registral es la pretensión de respetar la voluntad social en cuestión, no debería preocupar tanto el acto de revocación del poder, sino más bien los negocios sustantivos y procesales que el apoderado pueda seguir intentando realizar una vez que consta ya fehacientemente que uno de los administradores se opone a su actuación. ¿Se van a celebrar los posibles negocios en cuestión de acuerdo con la voluntad actual del órgano de administración de la sociedad, voluntad que para los actos positivos la Junta de socios siempre quiso conjunta? Así, lo que debería importar no es si los dos administradores están de acuerdo en el acto de revocación de poder, sino si los dos administradores están de acuerdo en que el apoderado pueda seguir actuando».

Tanto en el caso del poder otorgado al tercero como en el del apoderamiento del administrador, la falta de esa confianza es la que habilita la posibilidad de la revocación. Porque la revocación se basa en la desaparición fáctica de la confianza habilitante del apoderado y este supuesto tanto se produce en un supuesto como en el otro. Es cierto que pervive «la mitad» de aquella confianza, pero igual que en un caso no se puede tolerar un poder sustentado por una confianza mellada, no puede hacerse en el otro.

Desde otro punto de vista, si sólo la confianza de uno es suficiente para mantener la relación jurídica de poder, ¿qué inconveniente habría para que la confianza de uno solo diera lugar al nacimiento de un nuevo apoderamiento? Si la confianza coja mantiene vivo un poder, ¿por qué no iba a poder generar otro distinto y nuevo? Esta posibilidad (que un solo administrador mancomunado otorgue un poder por sí solo) que se antoja imposible debe producirnos exactamente el mismo rechazo que el mantenimiento de un poder basado en dos confianzas cuando una de ellas ha quebrado.

La actuación conjunta que demanda la mancomunidad cobra sentido cuando los administradores pretenden hacer algo, cuando pretenden desplegar un acto

¹ GONZÁLEZ-MENESES, Manuel: «Administración mancomunada y apoderamiento» dentro de *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel* (AA.VV.), GARRIDO DE PALMA, V. M. (Coord.), Civitas, 2007.

«positivo». Para comprar un inmueble, ambos administradores deberán acudir al notario a prestar consentimiento, por ejemplo. Sin embargo, la vertiente negativa del mismo acto, no comprar el citado inmueble, únicamente requiere la voluntad de uno de ellos. Es decir, los actos negativos, por el funcionamiento intrínseco de la mancomunidad, no requieren actuación de consuno, sino que la operación queda bloqueada en cuanto uno de ellos no quiere ejecutarla. Para los actos negativos (no comprar, no vender, no prestar...) basta la voluntad de un administrador. ¿Acaso no es revocar el poder un acto negativo? No se me ocurre mayor paradigma de este tipo de actos que la revocación, que precisamente busca que el apoderado «no compre, no venda, no preste...». Y por esto mismo debería ser suficiente la voluntad en contrario de un solo administrador para detener la habilitación que supone el poder. Porque el poder no es más que una autorización a futuro para la realización de ciertos actos en representación del poderdante, una autorización basada y ligada irremediabilmente a la confianza que motivó su otorgamiento.

Tampoco podemos olvidar que, como señala MARTÍNEZ-GIL VICH, todo mandatario está sometido a las instrucciones del mandante (artículo 1719 del Código Civil). Por lo que a partir del momento en el que uno de los administradores mancomunados manifiesta su voluntad de que no subsista el poder, tales instrucciones son imposibles, porque la voluntad aislada del otro administrador no produce efecto alguno.

La reciente reforma operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha mostrado la preocupación del legislador español y del comunitario, por la depuración de la responsabilidad de la administración. Tal y como dice su Exposición de Motivos, el objetivo inicial de los trabajos antecesores de la ley fue, entre otros, «*mejorar el control interno y la responsabilidad corporativa de las empresas españolas*». Se reaviva por tanto la preocupación por la responsabilidad de los administradores. Una responsabilidad que en nuestro sistema español, a diferencia de los anglosajones, se basa en un criterio subjetivo (en la mayoría de los casos). Debe existir un elemento que actúe como ligamen entre el daño y su causa, y este elemento es la culpa. Culpa que, de diferentes maneras, está muy presente en nuestro sistema societario. Sin ir más lejos, en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital donde se enuncia el deber general de diligencia de los administradores, que deben «*desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos*», así como «*deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad*». Sin embargo, la solución que adopta el Centro Directivo en cuanto a la revocación del poder dado a un tercero perpetúa un especial, extraño e injustificado supuesto de responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento: el administrador que pretende revocar y no puede, va a ser en todo caso responsable de lo que haga el apoderado. Ni el mayor de los deberes de diligencia, ni la mejor de las

conductas posibles va a eximir al administrador de cualquier tipo de responsabilidad civil (ya no hablemos de la penal). El administrador, simple y llanamente, no puede depurar su responsabilidad *in vigilando*, lo cual únicamente podría hacer revocando el poder. Atado de pies y manos, no se le permite tomar las riendas para reconducir la situación hacia, paradójicamente, los cauces exigidos por la ley. Si puede elegir a una persona por la que ha de responder, desde luego debe permitírsele controlar dicha situación. La confianza inicial (e indiscutible, por cierto) que motivó el nacimiento del poder, no puede entenderse prestada *sine die* porque el comportamiento de las personas no puede considerarse invariable y por ello mismo tampoco la confianza se debe entender inalterable, ni, por ende, el poder. Y mucho menos si se le va a exigir responsabilidad por ello.

(Trabajo recibido el 29/04/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)

DERECHO CONCURSAL

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN COMPRAVENTAS DE VIVIENDAS SIN EDIFICAR

JOSE ANTONIO REGALADO

Economista

ÀLEX NISTAL VÁZQUEZ

Abogado

DAVID GRASA GRAELL

Abogado

RESUMEN

En el presente trabajo se abordan los escenarios jurídicos en que se ven inmersos los compradores de viviendas, que han adelantado dinero al promotor, cuando éste ha sido declarado en concurso de acreedores. Asimismo, se analiza la repercusión de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 733/2015, de 21 de diciembre de 2015, que fija doctrina jurisprudencial y ofrece una interpretación amplia del artículo 1.2.º de la Ley 58/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, estableciendo un deber de vigilancia de las entidades financieras sobre las promotoras y su consiguiente responsabilidad directa frente al cliente. Finalmente se examinan las novedades legislativas que recientemente han reconfigurado la Ley reseñada y se desgranán las consecuencias de la aludida sentencia, desde la perspectiva tributaria.

Palabras clave: venta sobre plano, cantidades anticipadas, responsabilidad, promotor, entidad financiera, jurisprudencia.

THE LIABILITY OF FINANCIAL ENTITIES FOR SUMS ADVANCED IN THE PURCHASE OF HOMES PRIOR TO CONSTRUCTION

JOSE ANTONIO REGALADO

Economist

ÁLEX NISTAL VÁZQUEZ

Lawyer

DAVID GRASA GRAELL

Lawyer

ABSTRACT

Commercial law, in particular company law, is subject to constant changes by the constant need to adapt to reality. Proof of this is the reform of the Companies Capital Law carried out by the Law 31/2014 of 3 December, which modifies the Companies Capital Law for the improvement of corporate governance. The aim of this reform is to improve the corporate governance of corporations and for this, among other measures, it aims to strengthen the character of the board as supervisor of the performance of the executive directors. The requirement that the board meets quarterly, the increase in the number of the powers that can not be delegated, as well as the need for the respect of the CEO or a director with executive functions is reflected in a contract approved by the board of directors are some of the changes aimed at this purpose. We dedicate this work to study them.

Keywords: Corporate governance, board of directors, delegation of powers, contract management, compensation, executive functions, delegated powers.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA CON PRECIO APLAZADO.—III. EXISTENCIA DE CONTRATO DE SEGURO O AVAL.—IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.ª), NÚM. 733/2015, DE 21 DE DICIEMBRE.—V. NUEVA REGULACIÓN: LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, Y LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO.—VI. IMPLICACIONES TRIBUTARIAS EN EL IRPF DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2015.

I. INTRODUCCIÓN

En la mencionada sentencia de diciembre de 2015, el Tribunal Supremo ha dado solución a la difícil situación en la que se encuentran miles de particulares, que adelantaron al promotor cantidades a cuenta del precio de una vivienda y, por concurso o desaparición del promotor, no han recibido la vivienda (incumplimiento que puede ser total o parcial en el plazo de entrega), ni recuperado las cantidades pagadas a cuenta.

Debemos recordar que la Ley 58/1968 fue pionera en su momento, en materia de **protección al consumidor**, estableciendo la obligación del promotor de viviendas de garantizar la devolución de las cantidades entregadas, más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro o aval, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido (art. 1.1). Además, el segundo apartado del artículo primero obliga al promotor a percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una «cuenta especial» abierta en entidad bancaria o caja, con separación de cualquier otra clase de fondos del promotor y de la que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando el promotor no cumple con dichas **estrictas obligaciones legales**?

En los casos de concurso de promotor, con venta «sobre plano», no es infrecuente que el mismo no haya cumplido con la estricta normativa de aseguramiento, prevista en la Ley 57/1968. En dichos casos, el adquirente se encuentra en la peor de las situaciones posibles: pierde la vivienda y pierde las cantidades adelantadas al promotor.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 733/2015, de 21 de diciembre de 2015, como veremos, abre una ventana de

esperanza para estos adquirentes, haciendo responsable del reintegro de las cantidades anticipadas a la entidad bancaria o caja donde el promotor las ingresó.

II. TRATAMIENTO CONCURSAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA CON PRECIO APLAZADO

Llegados a este punto, y antes de analizar la sentencia del Tribunal Supremo, nos parece interesante repasar los distintos escenarios que se pueden producir en el concurso del promotor con viviendas vendidas «sobre plano» a compradores.

El contrato de compraventa con precio aplazado se configura como un contrato bilateral, de tracto único, sinalagmático y con obligaciones recíprocas para ambas partes. Las obligaciones para la parte vendedora consisten en hacer y dar mientras que para la compradora consisten en entregar el precio cierto a cambio de una cosa futura.

Hay que tener en cuenta que la entrega a cuenta no convierte el contrato de compraventa en un contrato de tracto sucesivo, siendo ésta tan sólo una modalidad de financiación prevista en la propia Ley 57/1968¹.

Una vez declarado el concurso existen tres escenarios posibles que contemplan el incumplimiento contractual de la parte vendedora, éstos son: (i) que el comprador haya cumplido su obligación de pago y la obligación de entrega del inmueble haya vencido, (ii) que el comprador tenga pendiente parte del precio total y el vendedor la entrega de la vivienda por no haber llegado aún la fecha de entrega prevista, y (iii) que el comprador tenga pendiente parte del precio total y el vendedor haya ya incumplido su obligación de entregar la vivienda.

En el primero de los escenarios, el comprador (parte *in bonis*) ostenta un crédito a la entrega de la vivienda por parte de la concursada, crédito que será clasificado, normalmente, como crédito concursal ordinario.

En el segundo (ii) existen obligaciones recíprocas pendientes para ambas partes —el comprador debe abonar parte del precio y el vendedor debe finalizar la vivienda y entregarla según lo acordado—, por ello, resulta de aplicación el artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, «LC»), que establece que *«la declaración de concurso, por sí sola, no afectará la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.»* En virtud de lo anterior, en puridad, el comprador debe seguir abonando la parte del precio pendiente y el vendedor

¹ En tal sentido, véanse las Conclusiones del Seminario de Jueces de Mercantil de Barcelona, 15 de abril de 2010 y 15 de julio de 2010.

deberá entregar la vivienda acabada en la fecha pactada. Debe tenerse en cuenta que la obligación de entrega de la cosa por su naturaleza se considera deuda contra la masa y, por ello, en ningún caso quedará sujeta a convenio. En el supuesto de que el comprador quiera instar la resolución del contrato, ésta seguirá el cauce del incidente concursal; en caso de que el juez aprecie que el incumplimiento es posterior, se deberá estar a lo establecido en el artículo 62 LC, esto es, se extinguirán las obligaciones pendientes y se procederá a la restitución de lo entregado con cargo a la masa y, en todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda. En la práctica, si la administración concursal observa que, a pesar de que el contrato no se ha incumplido, el cumplimiento será imposible (porque la concursada no tiene recursos para finalizar la obra, por ejemplo), lo razonable será dar por resuelto el contrato, a fin de poder reconocer al comprador un crédito ordinario y vender la obra en curso.

El tercer y último de los escenarios (iii) se produce cuando, a fecha de declaración de concurso, la vendedora ya ha incumplido con su obligación de entrega de la vivienda. En este contexto es posible que, pese a haber existido un incumplimiento previo, el contrato de compraventa no haya sido aún resuelto ni judicial ni extrajudicialmente. Por razones prácticas, de nuevo, si la administración concursal comprueba que el incumplimiento se ha producido y el mismo es trascendente, dará por resuelto el contrato a fin de poder reconocer al adquirente un crédito ordinario en el concurso del promotor.

III. EXISTENCIA DE CONTRATO DE SEGURO O AVAL

Antes de analizar en profundidad la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015 debemos plantearnos qué ocurre si el promotor concursado cumplió con las obligaciones de aseguramiento previstas en la Ley 57/1968, esto es, garantizó al comprador, mediante un contrato de seguro o aval solidario, la devolución de las cantidades percibidas de forma anticipada. Supuesto que, no por infrecuente, debemos dejar de analizar.

Pues bien, en este supuesto, en caso de incumplimiento de la obligación del promotor (incumplimiento que puede ser total o parcial, como hemos dicho), pese a la oposición de un sector de la doctrina², se puede entender que el propio contrato de seguro o aval tiene fuerza ejecutiva (art. 3 de la Ley 57/1968 y art. 517 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) y, por ello, la situación de concurso no puede obstaculizar la ejecución frente al asegurador o avalista. El juicio ejecutivo no persigue la extinción o la resolución del contrato de compraventa dado que el

² Así lo entiende, por ejemplo, GONZÁLEZ BILBAO: «Efectos sobre los contratos en el concurso inmobiliario y de construcción», en González Navarro, B.A. (Coord.), *Proceso Concursal: Crisis de las empresas promotoras y constructoras*, Lex Nova, 2009, pág. 179.

avalista o asegurador no es parte contractual; tan sólo persigue el despacho de la ejecución que lleva aparejada el título cuando no se haya entregado la vivienda o no se hayan iniciado las obras en el plazo contractualmente establecido³. Para solicitar la ejecución del título no judicial tan sólo se requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 57/1968, a saber: finalización del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubieran tenido lugar, y presentación del contrato de seguro o aval unido al documento fehaciente en que se acredite lo anterior —la no iniciación de las obras o la falta de entrega de la vivienda. Incluso cuando el aval está «caducado» (es decir, cuando el plazo de vigencia indicado por la entidad financiera ha transcurrido), el Tribunal Supremo ha precisado que el documento sigue gozando de fuerza ejecutiva, ya que la caducidad, o cancelación de la garantía, en realidad, sólo se produce cuando el promotor entrega la vivienda y expide la cédula de habitabilidad⁴.

A su vez, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado respecto a las consecuencias de la resolución amistosa del contrato de compraventa. Según la sentencia de 23 de marzo de 2015, «la extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio, siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si ésta ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda».

IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1.ª), NÚM. 733/2015, DE 21 DE DICIEMBRE

Estamos ya en condiciones de retomar la pregunta que nos hacíamos al principio de este trabajo: **¿Qué ocurre cuando el promotor no cumple con las estrictas obligaciones legales de aseguramiento de la devolución del precio percibido?**

³ Este es criterio defendido, entre otros, por ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «Concurso del promotor y compraventa de viviendas en construcción», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* núm. 20/2014, pág. 204.

⁴ Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo núm. 778/2014, de 20 de enero (RJ 2015\361), que establece que procede condenar solidariamente a la avalista al existir incumplimiento contractual del promotor; la caducidad alegada por la avalista en su contestación a la demanda «resultaba contraria a la norma imperativa del art. 4 de la Ley 57/68, según la cual sólo puede cancelarse el aval una vez expedida cédula de habitabilidad y acreditada la entrega de la vivienda, por lo que la fecha máxima de validez del aval consignada en el documento correspondiente es por completo ineficaz en cuanto contraria a la ley, habiéndose contratado un aval que imposibilita absolutamente su eficacia porque caduca antes de que pueda hacerse efectivo».

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre, que ha venido a arrojar luz a la cuestión, a la vez que a alimentar de esperanza a miles de compradores desasistidos, resuelve un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. El recurso se presentó frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante que estimaba el recurso de Apelación y revocaba la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Denia de 9 de noviembre de 2011. Dicha resolución absolvió al Banco CAM, SAU (en adelante, «Banco CAM»), de todos los pedimentos de la actora, una compradora de vivienda que quedó en la peor de las situaciones aludidas: sin vivienda y sin el dinero adelantado al promotor.

Los hechos enjuiciados se remontan a 2004, cuando la parte actora celebró un contrato de compraventa de una vivienda que debía construirse en Denia y por el cual abonó 38.400,55 €, a cuenta del precio total. Dicha cantidad fue ingresada en una cuenta corriente de la promotora en Banco CAM. Pese a ello, las obras no se llevaron a cabo según lo acordado contractualmente y la parte compradora demandó a la constructora y al Banco CAM. La demanda se basó, curiosamente, en la vulneración de derechos fundamentales, por no haber garantizado las demandadas la restitución de las cantidades entregadas, solicitándose el desistimiento del contrato y la condena a las demandadas, de forma solidaria, a la restitución.

En primera instancia fueron estimadas parcialmente las pretensiones de la actora, teniéndose a la misma por desistida del contrato y condenándose de forma solidaria a la promotora y a la entidad financiera a restituir las cuantías adelantadas, incrementadas con el interés anual. La condena se extendía solidariamente a la entidad financiera dado que ésta fue quien había financiado la promoción, hechos de los que el Juzgado deduce que era conocedora del incumplimiento de la promotora de la obligación de apertura de una cuenta especial (art. 1.2 Ley 67/68). Lo relevante es que el Juzgado de Primera Instancia de Denia entendió que Banco CAM estaba obligado a velar por el cumplimiento de la legalidad vigente y, por tanto, debió asegurarse que el promotor ingresaba las cantidades en una cuenta especial y entregaba el aval o seguro a la compradora.

Banco CAM presentó recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Alicante, en su sentencia en fecha 4 de julio de 2012. La Audiencia consideró que las obligaciones establecidas en la Ley 57/1968 incumben exclusivamente al promotor.

Contra dicha sentencia, la actora interpuso recurso por infracción procesal alegando falta de congruencia y recurso de casación, alegando existencia de jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Provincial, así como infracción de los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y confirma la sentencia de la primera instancia, fijando la siguiente doctrina jurisprudencial:

«En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

El fundamento de dicha doctrina, según el Alto Tribunal, reside en art. 1.2 de la Ley 57/1968, que establece que «para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad bancaria o caja de ahorros, **bajo su responsabilidad**, exigirá la garantía a la que se refiere la condición anterior».

Según el Supremo, la Ley impone a las entidades financieras un deber de vigilancia, no pudiéndoselas considerar terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Dado que la entidad financiera supo, o tuvo que saber, que los compradores ingresaban cantidades a cuenta del precio de las viviendas, según el Tribunal, responderán frente al comprador en caso que el promotor no hubiere cumplido con sus obligaciones legales.

La importancia de esta sentencia radica, pues, en el hecho de que se deja de considerar terceros ajenos a la relación contractual a las entidades financieras, fijándose un régimen de responsabilidad extracontractual por no haber exigido a las promotoras el cumplimiento de las obligaciones legales establecidas en el art. 1.2 de la Ley 57/1968.

En este mismo sentido se ha pronunciado posteriormente el Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 142/2016 de 9 marzo.

V. NUEVA REGULACIÓN: LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE Y LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO

No podemos concluir este trabajo sin destacar que, desde el pasado 1 de enero de 2016, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, «Ley 20/2015»), ha derogado la 57/1968, que previamente ya había sido modificada por la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, «Ley 38/1999»).

Las modificaciones efectuadas no han logrado dar respuesta a algunas de las deficiencias que se habían apuntado sobre la anterior regulación. Por ejemplo, de la redacción actual no queda claro si existe la obligación de garantizar las cantidades anticipadas por los compradores de viviendas a los promotores *antes* de iniciarse la fase de construcción de las viviendas. Asimismo, en cuanto a las condiciones que deberán cumplir los promotores, en la nueva regulación se limita la

obligación del promotor a garantizar la devolución de las cantidades desde la obtención de la licencia de edificación. En consecuencia, parecería que en los proyectos en que se adelantan las aportaciones de los compradores muchos años antes de que el promotor obtenga la licencia de edificación dicha práctica se encontraría fuera de normativa.

La nueva normativa regula con más detalle, pero también con algún recorte o merma de derechos (respecto a la regulación pre-constitucional), los requisitos que deben reunir los seguros de caución para poder garantizar las cantidades anticipadas, estos son: **(i)** que el promotor suscriba una póliza de seguro individual por cada comprador con identificación del inmueble adquirido; **(ii)** que las cantidades aseguradas incluyan las anticipadas en el contrato, incrementadas en el **interés legal** del dinero (antes el interés era del 6%) desde la entrega del anticipo y hasta la fecha de entrega prevista, pero esta garantía solo será obligatoria desde que se obtenga la licencia de edificación; **(iii)** la falta de pago de la prima no será una excepción oponible al asegurado; **(iv)** si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo acordado el asegurado podrá reclamar al asegurador el pago de la indemnización que deberá ser abonada, a más tardar, en 30 días desde la reclamación; **(v)** **la póliza individual pierde su carácter de título ejecutivo**; y, finalmente, **(vi)** el asegurador no tendrá derecho de reembolso frente al tomador, sino un derecho de subrogación.

Asimismo, en cuanto a los requisitos del aval necesarios para garantizar las cantidades anticipadas, son relevantes: **(a)** que deberá ser emitido por la entidad de crédito y por la totalidad de las cuantías anticipadas, incrementadas en el interés legal del dinero desde la entrega de las mismas hasta la fecha de la entrega prevista; **(b)** si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo acordado, el beneficiario podrá exigir el pago al avalista, siempre y cuando haya requerido antes de forma fehaciente al promotor y este no haya pagado en 30 días; **(c)** la caducidad del aval será de 2 años desde el incumplimiento del promotor sin haber sido requerido para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades.

También se establece la posibilidad para el comprador de optar por la rescisión del contrato y la consecuente devolución de las cantidades más el interés legal, o bien de conceder al promotor una prórroga, que deberá hacerse constar como cláusula adicional en el contrato, y donde se deberá especificar una nueva fecha de entrega.

Por último, indicar que se establece un régimen de infracciones y sanciones, de forma que se considera infracción en materia de consumo el incumplimiento de las obligaciones legales. El incumplimiento del promotor de su obligación de constituir la garantía exigida dará lugar a una sanción del 25% de las cantidades cuya devolución se debió asegurar.

VI. IMPLICACIONES TRIBUTARIAS EN EL IRPF DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2015

Como hemos examinado, los importes que los compradores de viviendas adelantaban a las empresas promotoras en concepto de pago a cuenta, paga y señal, o cualquier otro concepto equivalente, eran normalmente clasificadas, en el concurso del promotor, como crédito ordinario. Las expectativas del cobro de un crédito ordinario en un concurso de acreedores son realmente bajas, seguramente inferiores al 5 por 100. Veamos ahora, como colofón de este artículo, cuáles son las implicaciones tributarias de ello.

Debemos empezar clarificando lo que, a efectos del Impuesto sobre la renta de las personas físicas, se entiende como ganancia o pérdida patrimonial. El artículo 33.1 de la Ley 35/2006 establece que son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos. El crédito ordinario, en la mayoría de los supuestos, pues, generará una alteración patrimonial negativa en el sentido que describe el artículo 33.1.

No obstante, debemos tener en cuenta de qué tipo de renta se trata a efectos de encuadrarla correctamente dentro del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Ley 35/2006 establece en el artículo 44 que, a efectos del cálculo del Impuesto, las rentas del contribuyente se clasificarán, según proceda, como renta general o como renta del ahorro. Es importante esclarecer el tipo de renta al que se refiere el hecho, debido a que el tipo aplicable a cada renta es diferente.

El artículo 45 preceptúa que formarán la renta general los rendimientos y las ganancias y pérdidas patrimoniales que no tengan la consideración de renta del ahorro, así como las imputaciones de renta a que se refieren los artículos 85, 91, 92 y 95 de esta Ley y el Capítulo II del Título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. El artículo 46 de la Ley 35/2006 describe las rentas del ahorro y establece que constituyen rentas del ahorro:

«a) Los rendimientos del capital mobiliario previstos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 25 de esta Ley.

Formarán parte de la renta general los rendimientos del capital mobiliario previstos en el apartado 2 del artículo 25 de la Ley del Impuesto, correspondientes al exceso del importe de los capitales propios cedidos a una entidad vinculada, respecto del resultado de multiplicar por tres los fondos propios, en la parte que corresponda a la participación del contribuyente en esta última.

A efectos de computar dicho exceso, se tendrá en consideración el importe de los fondos propios de la entidad vinculada reflejados en el balance correspondiente

al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de devengo del Impuesto y el porcentaje de participación del contribuyente existente en esta fecha.

En los supuestos en los que la vinculación no se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, el porcentaje de participación a considerar será el 25 por 100.

b) Las ganancias y pérdidas patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales.»

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, se puede concluir que el comprador de vivienda a quien, en el concurso del promotor, se le reconoce un crédito ordinario, podrá anotarse una pérdida patrimonial en su declaración de renta en el momento en que desaparece la posibilidad de recuperación o cobro del crédito. Ello sucederá cuando, tramitado el concurso, la administración concursal presente la rendición final de cuentas, y de la misma se derive la imposibilidad de pago del crédito del comprador. La pérdida anotada se integrará en la base imponible general del contribuyente, al no derivar de la transmisión de un elemento patrimonial. Por otra parte, la cantidad entregada no dará derecho a deducción al no haberse producido la adquisición de la vivienda.

Una vez llegados a este punto, procede cuestionar las implicaciones que puede tener el hecho que el adquirente cobre posteriormente de una entidad financiera, en virtud de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo.

Si el contribuyente, a pesar del concurso y la falta de cobro, no se dedujo en su momento la pérdida patrimonial, por entender que, en un futuro, la situación podría revertirse, de manera que mantuvo en su activo el derecho de cobro, la recuperación posterior de los importes entregados no supone una alteración patrimonial y, en consecuencia, no existirían derivadas tributarias.

Si, por el contrario, el contribuyente reflejó en su declaración una pérdida patrimonial en el momento en que se produjo, al recibir el reintegro de la entidad financiera se produce una alteración patrimonial, en sentido inverso, que deberá ser declarada como ganancia patrimonial e integrarse en la base general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

*(Trabajo recibido el 27/04/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)*

RECENSIONES

LAS ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN COMO CRITERIO DELIMITADOR DE LAS RESPONSABILIDADES DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Autor: ALFREDO MUÑOZ GARCÍA

Tesis doctoral dirigida por Adolfo Javier SEQUEIRA MARTÍN,
catedrático de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho
de la Universidad Complutense de Madrid

CRISTINA FERNÁNDEZ CÁMARA

Notaria

La tesis doctoral escrita por Alfredo MUÑOZ GARCÍA, bajo la dirección de Adolfo Javier SEQUEIRA MARTÍN, fue presentada el pasado 18 de enero de 2016 en la Universidad Complutense de Madrid, obteniendo la máxima puntuación, «sobresaliente *cum laude*, por unanimidad». El trabajo será publicado en breve en dos monografías.

La investigación no parte de bases tradicionales, ni se limita a analizar, desde el punto de vista del Derecho positivo, los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para la responsabilidad de los administradores. El autor amplía su óptica al campo del Derecho Civil, e incluso del Derecho Penal, para analizar primero los fundamentos de la responsabilidad civil indemnizatoria, y después los fundamentos de cada una de las responsabilidades de los administradores, buscando cuál es el interés jurídico protegido en cada caso y la finalidad (indemnizatoria, sancionatoria, preventiva, coercitiva...) de cada tipo de responsabilidad.

El objetivo del autor es construir un modelo teórico-jurídico de las principales responsabilidades de tipo extracontractual, para luego poder diferenciar las distintas responsabilidades existentes en nuestro ordenamiento en relación con los administradores de las sociedades de capital, en particular la responsabilidad civil, la responsabilidad por deudas (art. 367 LSC) y la responsabilidad concursal (art. 172 bis LC).

Para ello, la obra se estructura en dos partes: una primera parte dedicada a analizar las estructuras de imputación en la responsabilidad sancionadora y en la responsabilidad civil; y una segunda relativa a la delimitación de las responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital.

Así, en la *primera parte*, para construir el modelo teórico, MUÑOZ GARCÍA parte del Derecho Sancionador, en particular del Derecho Penal, para pasar después a la responsabilidad civil indemnizatoria. A juicio del autor, esta institución se encuentra aún en una situación muy incipiente en su construcción dogmática. Ello se debe, principalmente, a dos motivos: por un lado, la persistencia de un fuerte vínculo con el Derecho Penal, lo que motiva la importación –sin la debida adaptación– de algunas instituciones, como la imputación objetiva o la negligencia, y por otro, la práctica inexistencia de una teoría de imputación en los casos de atribución del daño a quien debió evitar el curso causal lesivo, que en el Derecho Penal se conoce como «garante». En esta fase se realiza un minucioso estudio de la evolución histórica de la responsabilidad civil y del artículo 1902 CC, para determinar la función que actualmente cumple esta clase de responsabilidad. Para el autor, la responsabilidad civil indemnizatoria tiene una función que va más allá de la mera reparación del daño; pretende tutelar los intereses jurídico-públicos a través de la amenaza de la condena a indemnizar (función preventiva) y a través de la reparación del daño (función indemnizatoria). Además, en el marco del Análisis Económico del Derecho, se analiza la viabilidad o no de utilizar la responsabilidad civil como instrumento de prevención de los costes derivados de los «accidentes» (en la terminología de esta disciplina).

Una vez decidida la función de la responsabilidad civil, el autor elabora una estructura de imputación atendiendo a tres elementos esenciales: la imputación del daño, la antijuridicidad y la culpa. En cuanto a la imputación del daño, puede producirse tanto por una acción causal como por una omisión de un deber de actuar (si el obligado se halla en posición de garante, ya sea de riesgos o intereses). En el caso de la acción causal, la clave es determinar cuándo existe esa causalidad, para lo que se van desgranando distintos criterios (causalidad fáctica, criterios de imputación objetiva importados del Derecho Penal y criterios propios) para conseguir arrojar claridad en esta espinosa cuestión. En materia de antijuridicidad, destaca el análisis que MUÑOZ GARCÍA efectúa en torno al consentimiento, preguntándose si el consentimiento del titular del interés jurídico protegido es suficiente para la exoneración de responsabilidad.

En la *segunda parte*, destinada, como decimos, a las responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital, se parte de un presupuesto muy innovador: al contrario de lo que se pueda pensar, la obligación de reparar un daño, de compensar al acreedor o de asumir un crédito contraído frente a un tercero no es –para el autor– el elemento central de la responsabilidad de los artículos 236 LSC, 367 LSC y 172 bis LC, sino más bien un elemento accidental que no afecta a la esencia de la responsabilidad indemnizatoria, por deudas o concursal.

Comenzando por la **responsabilidad por daños**, la estructura de imputación definida en la primera parte permite al autor solucionar algunos problemas existentes en el ámbito de la responsabilidad civil por daños a la sociedad (arts. 238 y ss. LSC) o a los acreedores y a los socios (art. 241 LSC), como la ausencia de la culpa en la imputación del daño, la existencia de la antijuridicidad en todo daño imputado a los administradores (salvo estado de necesidad o cumplimiento de un deber), la relevancia de la culpa para exonerar y fomentar actuaciones arriesgadas de los administradores en la gestión del patrimonio, o la falta de relevancia del consentimiento societario.

Dentro de esta responsabilidad por daños, MUÑOZ GARCÍA dedica una especial atención al administrador como garante, considerando que tiene una especial obligación de tutela de los intereses societarios frente a cualquier riesgo, y de tutela de los derechos de los acreedores frente al riesgo de la fuente «empresa». De este modo, se señala que «el deber del diligente empresario conlleva la existencia de un deber extracontractual ... que recae sobre los administradores». Para determinar si de esa obligación resulta responsabilidad, es preciso un análisis de la conducta individual del administrador, lo que implica para el autor la quiebra de dos principios de relevancia: la presunción de solidaridad de los administradores del artículo 237 LSC, y la presunción de culpabilidad del artículo 236.1 LSC, que no contempla las omisiones. El análisis de la posición de garante permite al autor defender, por ejemplo, que la formulación de unas cuentas anuales con irregularidades que alteran la imagen fiel y que terminan por provocar decisiones erróneas en inversores o financiadores, puede implicar una imputación jurídica a los administradores sin que sea necesario que exista dolo.

En segundo lugar, el autor, partiendo de la **responsabilidad por deudas** del artículo 367 LSC y de otros casos de responsabilidad existentes en nuestro derecho positivo, realiza una labor inductora, al modo germánico. Así, detecta que, en estos casos, lo que el Derecho persigue es forzar una determinada conducta, exista o no riesgo lesivo, por lo que constituye una «responsabilidad coercitiva», que no se amolda ni a la responsabilidad civil ni a la sancionadora. Ello le permite reducir los requisitos subjetivos del derecho sancionador, relativizar los efectos jurídicos del consentimiento de quien se beneficia con la «sanción» pecuniaria impuesta, así como la posibilidad de enervar o extinguir, por un cumplimiento tardío, la sanción civil. Concluye por ello «que no toda responsabilidad patrimonial impuesta por el incumplimiento de deberes ... se concreta, necesariamente, en una obligación de resarcir lesiones, sino que esto dependerá de sus funciones..., pudiéndose así completar las lagunas mediante una subsunción del supuesto en la institución que se inserta». Así, lejos de postulados teóricos, este análisis del autor tiene unos efectos determinantes sobre la controvertida cuestión de si el administrador tiene o no responsabilidad cuando el tercero conoce la existencia de la causa disolutiva (en particular, la derivada de la existencia de pérdidas graves).

En cuanto a la **responsabilidad concursal**, MUÑOZ GARCÍA analiza la redacción originaria y actual del 172 bis LC, para decidir si incluirla en el marco de la responsabilidad por daños, preventiva o coercitiva. Aún a pesar de estar regulada en el Derecho Privado y de sostener el Tribunal Supremo el carácter resarcitorio de esta responsabilidad, MUÑOZ GARCÍA concluye que su naturaleza es de tipo sancionador, ya que se sostiene sobre el desvalor de la conducta de los administradores, debido a la particular relación que tienen con el interés jurídico protegido, que es aquí la solvencia de la sociedad. Esta conclusión tiene efectos decisivos a la hora de considerar o no relevante, a efectos del artículo 172 bis LC, la asunción, por parte del acreedor, del riesgo de insolvencia de la sociedad.

Además, desde una posición crítica, MUÑOZ GARCÍA señala que condenar al déficit, dotándole únicamente de naturaleza indemnizatoria, tiene una limitación no justificada en el ámbito de los sujetos resarcidos, ya que sólo contempla el daño producido a terceros, pasando por alto el efecto lesivo a la propia sociedad. Para el autor, condenar al déficit no busca reparar los daños societarios, sino el importe debido pendiente de abono, que perjudica el valor de la inversión de los socios. Así, en la indemnización debe incluirse todo el daño, y no sólo un importe que, como máximo, satisfaga los intereses de los acreedores.

Por otro lado, el considerar el ilícito concursal como un ilícito especial permite estimar que, en la esfera del artículo 164.1 LC, las personas distintas a los administradores, liquidadores de hecho y apoderados generales que realizan conductas subsumibles en dicho precepto, aunque actúan de modo atípico para la calificación concursal, tienen la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que les sean imputables.

Finalmente, la utilización de la expresión «podrá condenar» en el artículo 172 bis LC plantea la cuestión de si, en este caso, no sólo el *quantum*, sino el *an* de la condena, quedan al arbitrio del juez. La naturaleza sancionadora defendida para la responsabilidad concursal permite al autor argumentar la interpretación contraria, defendiendo que la norma preceptúa que el juez condene si se cumplen los requisitos para ello, sin que le sea legítimo omitir la condena existiendo los elementos en que ampararla.

En resumen, nos hallamos ante un trabajo de relevante altura doctrinal que penetra en el núcleo irreductible de cada una de las responsabilidades exigidas a los administradores para extraer su fundamento, y así permitir integrar las lagunas y dudas interpretativas que los preceptos legales suscitan, resultando por ello de un interés práctico extraordinario.

*(Trabajo recibido el 03/05/2016
y aceptado para su publicación el 14/06/2016)*

ADDENDA

CORRECCIÓN DE ERRORES

En el número 60 de esta Revista se han advertido los siguientes errores:

- Página 201. Se ha de poner después de «...total seguridad jurídica» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 29, julio-diciembre 2012, p. 72.
- Página 201. Se ha de poner después de «...libremente asumido» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 72.
- Página 201-202. Falta poner comillas desde «...el citado artículo 1255 del Código Civil...(hasta)... teoría general del contrato (art. 1258 CC)».
- Página 202. Se ha de poner después de «...algo querido» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 74.
- Página 202. Se ha de poner después de «...mismas condiciones iniciales» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 74.
- Página 202. Se ha de poner después de «...nuevo equilibrio contractual» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 74.
- Página 202. Se ha de poner después de «...especial operatividad» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 74.
- Página 203. Se ha de poner después de «...propia relación contractual» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 75.
- Página 223. Se ha de poner nota después de «...circunstancias a aquélla» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 83.

- Página 223. Se ha de poner después de «...aun imprevisibles y extraordinarias» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 83.
- Página 224. Se ha de poner después de «...prever y evitarse» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 87.
- Página 224. Se ha de poner después de «...averiguarse o anticiparse» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, pp. 87-88.
- Página 225. Se ha de poner después de «...subjetividad de la imprevisibilidad» la siguiente nota: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 88.
- Página 225. Falta en la nota 52 lo siguiente: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, p. 93.
- Página 225. Falta en la nota 53 lo siguiente: CASTIÑEIRA JEREZ, J.: «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *op. cit.*, pp. 94-95.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- Los trabajos han de ser originales.
- Los trabajos habrán de ser aprobados por la Dirección y por el Comité Evaluador Externo.
- El título del trabajo a publicar ha de figurar en mayúscula.
- Los trabajos tendrán una extensión mínima de 5.000 palabras.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 puntos; interlineado: sencillo.
- Todos los estudios deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés (con un mínimo de seis líneas cada uno), palabras claves en español e inglés (con un mínimo de cinco). Asimismo, los estudios doctrinales irán precedidos de un SUMARIO, que seguirá el siguiente esquema:
- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúscula y numerarse a par tir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1, 1.2, etc.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
 - a) Si se trata de libros:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
 - b) Si se trata de artículos:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del libro», *Título de la revista*, número *, fecha, pp. * a *.

PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica y reflejo de ello son las normas éticas de publicación que siguen:

1. Aceptación de las normas y responsabilidad de los autores

- La remisión de cualquier trabajo a la revista presupone la aceptación de todas las normas editoriales y de publicación de aquélla.
- Todos los autores que suscriben un trabajo a la revista deben haber contribuido de manera real y relevante a su elaboración y no podrán excluir a otros autores.
- Los trabajos que se remitan a la revista han de ser inéditos.
- Todos los datos e informaciones utilizados para la elaboración de los trabajos deben ser reales. Ante cualquier sospecha sobre la posible falsedad o inexactitud de alguno de dichos datos, los autores tienen la obligación de ponerlo en conocimiento de la revista.

2. Normas sobre autoría

Todos los trabajos que sean remitidos a la revista deben ser plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico. A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

3. Obligaciones del Consejo de 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.

