



# Cuadernos de Derecho y Comercio **68**

**Consejo General  
del Notariado**

**Diciembre  
2017**







# Cuadernos de Derecho y Comercio 68

Diciembre 2017  
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) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado  
General Martínez Campos, 46 - 28010 Madrid  
Correo de contacto: [cdc@notariado.org](mailto: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](mailto: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](http://www.safekat.com)*

*Imprime:*  
*GRAMADOSA, S.L.*  
*Avda. Moncayo, 2 - Nave 3 - Pol. Ind. Sur - 28703 San Sebastián de los Reyes*

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

## CONSEJO DE REDACCIÓN

|                                                                                                                                    |                                                                                                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Jesús Alfaro Águila-Real<br>Profesor titular de Derecho Mercantil<br>de la Universidad Autónoma de Madrid                          | José Manuel García Collantes<br>Notario de Madrid                                                                    |
| Carmen Alonso Ledesma<br>Catedrática de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Complutense de Madrid                               | Rafael Illescas Ortiz<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Carlos III de Madrid                  |
| Alberto Alonso Ureba<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Rey Juan Carlos de Madrid                            | Josep Massaguer Fuentes<br>Catedrático de Derecho Mercantil de<br>la Universidad Pompeu Fabra de Bar-<br>celona      |
| M. <sup>a</sup> Luisa Aparicio González<br>Profesor titular de Derecho Mercantil<br>de la Universidad Autónoma de Madrid           | Xavier O'Callaghan Muñoz<br>Catedrático de Derecho Civil. Magis-<br>trado de la Sala Primera del Tribunal<br>Supremo |
| José M. <sup>a</sup> de la Cuesta Rute<br>Catedrático emérito de Derecho Mer-<br>cantil de la Universidad Complutense<br>de Madrid | Santiago Ortiz Navacerrada<br>Catedrático de Derecho Procesal                                                        |
| Alberto Díaz Moreno<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad de Sevilla                                            | José Cándido Paz-Ares Rodríguez<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Autónoma de Madrid          |
| José Miguel Embid Irujo<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad de Valencia                                       | Fernando Rodríguez Artigas<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Complutense de Madrid            |
| Salvador Torres Ruiz<br>Notario de Granada                                                                                         | Angel Rojo Fernández-Río<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Autónoma de Madrid                 |
| Gaudencio Esteban Velasco<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Complutense de Madrid                           | Patricio Toscano Romero<br>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 Villacieros           | 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

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Antiguos problemas y nuevas dudas sobre la legitimación para impugnar acuerdos sociales/Old problems and new doubts about legal standing to challenge corporate resolutions, por <i>Josefina Boquera Matarredona</i> .....                                                                                                  | 15 |
| La soledad de las instituciones / The loneliness of institutions por <i>J. Ignacio Navas Olóriz</i> .....                                                                                                                                                                                                                   | 47 |
| La imprescriptibilidad de la acción de cobertura del déficit concursal (art. 172 bis LC): diversos sujetos y varias incógnitas/The non-prescriptibility of of lawsuits to protect insolvency deficits (art. 172 bis of the insolvency act): multiple subjects and several unknowns, por <i>Abel Joan Sala Sanjuán</i> ..... | 95 |

### PRÁCTICA JURÍDICA

|                                                                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La Base de datos de titularidad real. Evolución normativa. Defensa del vigente modelo español/The database of beneficial owners. Regulatory changes. Defence of the current spanish model, por <i>Pedro Rincón de Gregorio</i> ..... | 143 |
| Convocatoria y celebración de la Junta general. Junta universal. Acta notarial/ Convening and holding general meetings. Universal general meetings. Notarial minutes, por <i>Ricardo Cabanas Trejo</i> .....                         | 163 |

## SUMARIO

### ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

#### *Derecho contractual*

- Comentario a la STS 15 noviembre 2017 sobre la nulidad parcial de los préstamos hipotecarios en divisas/Comment on the Supreme Court Judgment dated november 15th, 2017, on the partial nullity of mortgage loans in foreign currencies, por *Francisco Pertíñez Vilchez* ..... 221

#### *Derecho societario*

- La sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2017 («POLBUD»), por *Blanca Villanueva García-Pomareda* ..... 239

#### *Derecho concursal*

- Un final *made in Hollywood* para el cierre en falso del concurso/A Hollywood ending for papering over insolvencies, por *Ricardo Cabanas Trejo y Leticia Ballester Azpitarte* ..... 245

- Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017, sobre los requisitos para la cancelación registral de las cargas por mandamiento judicial en un concurso de acreedores/Commentary on the judgment of the supreme court of November 21, 2017, on the cancellation of the charges by court order in a bankruptcy proceeding, por *Guillermo Pérez-Olivares Delgado* ..... 253

### RECENSIONES

- García Vidal, Ángel (dir.): *Derecho de las obtenciones vegetales*, Valencia Tirant lo Blanch, 2017, 1156 páginas, por *José Miguel Embid Irujo* ..... 265

## **ESTUDIOS DOCTRINALES**



# **ANTIGUOS PROBLEMAS Y NUEVAS DUDAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR ACUERDOS SOCIALES**

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA

*Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad de Valencia*

## **RESUMEN**

En este trabajo analizamos las reformas realizadas por la Ley 31/2014 relacionadas con el derecho de información de los socios y la legitimación para la impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital (art. 206 LSC), prestando especial atención a los problemas no resueltos y a las dudas que plantea la nueva regulación.

**Palabras clave:** legitimación, acuerdos sociales, impugnación, defecto formal, denuncia.

# **OLD PROBLEMS AND NEW DOUBTS ABOUT LEGAL STANDING TO CHALLENGE CORPORATE RESOLUTIONS**

JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA

*Full Professor of Business Law  
University of Valencia*

## **ABSTRACT**

This paper presents an analysis of the reforms carried out by Law 31/2014 regarding the right to information of the shareholders of listed and unlisted companies and the challenging of corporate resolutions and agreements. Special attention is paid to recent case law on this issue and to the unresolved problems and doubts raised by the new regulation.

**Keywords:** legitimation, corporate resolutions, challenging, formal defects, denunciation.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 1.—Sujetos legitimados: 1.1. Los socios: 1.1.1. Adquisición de la condición de socio antes de la adopción del acuerdo. 1.1.2. Titularidad, individual o conjunta, al menos, del uno por ciento del capital social. 1.2. Cualquiera de los administradores. 1.3. Los terceros que acrediten un interés legítimo. 1.4. Legitimación activamente para la impugnación de acuerdos sociales por normas especiales. 1.5. Legitimados para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público. 2. La exigencia de la denuncia previa de los defectos de forma para la impugnación de los acuerdos sociales. 2.1. Los defectos formales denunciabiles y los defectos formales impugnables. 2.2. Sujetos obligados a realizar la denuncia previa de los defectos formales. 2.3. «El momento oportuno» de la denuncia previa y la forma de la denuncia previa de los defectos de forma. 3. Derecho de resarcimiento del daño ocasionado por el acuerdo impugnado.—III. LEGITIMACIÓN PASIVA. 1. La sociedad. 2. Intervención de los socios en defensa de la validez del acuerdo impugnado\*.

---

\* Trabajo para el Programa I + D + i, «Reformas en la organización y gobierno corporativo de las sociedades de capital» (DER 2014-52831-R).

# INTRODUCCIÓN



## I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo* (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014), reformó profundamente la impugnación de acuerdos sociales tanto en lo relativo a los acuerdos que son impugnables<sup>1</sup> como a la caducidad de la acción de impugnación y la legitimación para la impugnación (arts. 204, 205 y 206 LSC).

La impugnación de acuerdos sociales es un medio para el control de los socios mayoritarios y un instrumento adecuado para la protección de los derechos del socio (minoritario o no)<sup>2</sup>. Pero puede tener consecuencias patrimoniales perjudiciales para la sociedad, los socios e incluso para el impugnante, pues puede paralizar operaciones societarias beneficiosas para la empresa y acarrear la pérdida de confianza de los inversores y suponer un coste para la sociedad y el socio o socios impugnantes.

---

<sup>1</sup> Se abandona la distinción entre acuerdos nulos y anulables y se califican los acuerdos de impugnables e inimpugnables. Tampoco se trata la nulidad de la Junta, solo de los acuerdos. La jurisprudencia admite en ocasiones la distinción entre la nulidad de la Junta general y la nulidad de uno o varios acuerdos de la misma. Por ello, cabe plantearnos si los defectos formales provocan la nulidad de la Junta o puede afectar únicamente a determinados acuerdos adoptados por la misma. Resulta muy interesante y clarificadora la SAP de Madrid de 22 de enero de 2010, pues afirmó que la «infracción legal determinante de la nulidad del acuerdo puede producirse respecto de normas sustantivas que regulan el contenido de los acuerdos sociales y en tal caso será nulo exclusivamente el acuerdo que infrinja la norma legal, por defectos intrínsecos, pero no los demás adoptados en esa Junta general o en ese Consejo de administración».

<sup>2</sup> Las acciones de impugnación deben ser el remedio ante el ataque a los intereses de los socios por el incumplimiento de la Ley, los estatutos o los reglamentos en la adopción de acuerdos sociales o su adopción, lesionando el interés de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o terceros.

La Exposición de Motivos de la Ley 31/2014 (apartado IV, *in fine*) dice que en la reforma del régimen jurídico de la impugnación «*se han ponderado las exigencias derivadas de la eficacia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico*». Por ello «*se adoptan cautelas en materia de vicios formales poco relevantes para evitar los abusos que en la práctica pueden producirse*». Además, la citada Exposición de Motivos añade que el objetivo de la reforma de la legitimación para la impugnación de acuerdos es evitar situaciones de abuso.

El legislador justifica esta reforma en la necesidad de evitar la abusividad<sup>3</sup> del socio impugnante que, en ocasiones, «crea» la causa de impugnación<sup>4</sup>. Se quiere evitar un ejercicio abusivo y oportunista del derecho de impugnación. Parece pensarse que la restricción del derecho de impugnación puede evitar los posibles abusos de la minoría.

La reforma ha pretendido reducir las causas de impugnación en aquellos casos que la jurisprudencia ya consideraba menores y, por tanto, el legislador ha asumido la regla de la relevancia [art. 204.3 a) vicios procedimentales y defectos de información] y la regla de la resistencia [art. 204.3 d), votos ilegítimamente emitidos]<sup>5</sup>.

Se mantienen formalmente las tres categorías de actos impugnables: contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos y lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios (art. 204 LSC). Se añade la infracción al reglamento de la Junta general, lo cual puede ser relevante en sociedades cotizadas, aunque debemos ser conscientes de que la mayor parte de los reglamentos simplemente reproducen los estatutos sociales o las normas legales sobre funcionamiento de la Junta general. Además los reglamentos pueden contener normas de distinta

---

<sup>3</sup> Utilizamos la palabra «abusividad», aunque no está en el diccionario de la Real Academia Española, por ser expresiva de la realidad a la que se refiere.

<sup>4</sup> Por ejemplo, antes de la reforma, el socio que planteaba una batería de preguntas sobre las cuentas y consideraba que se le lesionaba su derecho de información por no satisfacer su petición.

<sup>5</sup> El régimen de la impugnación (arts. 204 a 208 LSC) es aplicable a la impugnación de los acuerdos de la Junta general y del Consejo de administración (art. 251 LSC) y de las decisiones del socio único, tanto de las sociedades anónimas cotizadas y no cotizadas, como de las sociedades anónimas europeas domiciliadas en España, las sociedades de responsabilidad limitada (incluidas las sociedades nueva empresa), las sociedades comanditarias por acciones (art. 3.2 LSC), sociedades laborales (Disposición final tercera de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas), sociedades de garantía recíproca (art. 39 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca) y sociedades de capital riesgo (art. 26.2 de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva).

relevancia: obligatorias u orientativas. Y también se añaden los acuerdos sociales que se imponen de manera abusiva por la mayoría (art. 204.1, *in fine*, LSC).

Sin embargo, la LSC, al regular la impugnación de acuerdos, utiliza expresiones como «requisitos meramente procedimentales», «información esencial», «ejercicio razonable», «error determinante», «carácter esencial o determinante de los motivos de impugnación», «socio medio», ... que producen inseguridad jurídica y se dejan a la apreciación por el juez.

Pero en este estudio nos vamos a centrar en la reforma del régimen de la legitimación para impugnar los acuerdos sociales (art. 206 LSC)<sup>6</sup>, donde comprobaremos que, aunque se ha tenido presente la jurisprudencia de nuestros Tribunales de los años 70 hasta la actualidad y la doctrina mercantilista<sup>7</sup>, no se han resuelto algunos problemas y aparecen nuevas dudas.

<sup>6</sup> El artículo 390 de la LSC regula a la legitimación para la impugnación del acuerdo de aprobación del balance de liquidación.

<sup>7</sup> Véanse sobre legitimación para la impugnación de acuerdos sociales, entre otros, ALCALÁ DÍAZ, M. A.: «Revisión del derecho del socio a la impugnación de acuerdos de la Junta general y tutela de la minoría en la sociedad cotizada», en VV. AA., *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, Dirección Rodríguez Artigas y otros, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, t. I., págs. 617 a 682, y *El derecho de impugnación del socio en las sociedades anónimas cotizadas*, Ed. La Ley, Madrid, 2006; ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Cómputo del plazo entre convocatoria y celebración, abuso en la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de requisitos procedimentales», en Blog Derecho Mercantil, entrada del miércoles 17 de abril de 2013 y «Naturaleza jurídica de las acciones de impugnación de acuerdos sociales: la distinción entre acuerdos impugnables y acuerdos nulos», en Blog Derecho Mercantil, entrada del martes 27 de enero de 2015; BAENA BAENA, P. J.: *Legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: «Impugnación de acuerdos sociales (acuerdos impugnables)», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998; BOQUERA MATARREDONDA, J.: «La exigencia de la denuncia previa de los defectos de forma para la impugnación de los acuerdos sociales (art. 206.5 LSC)», en AAVV (Drs. F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, págs. 497 a 520; CASTIÑEIRA, J.: «Impugnación de acuerdos sociales y sistemas indemnizatorios: algunas reflexiones sobre su (in) compatibilidad (arts. 204.2 II y 206.1 II LSC)», en AAVV. (Drs. F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, págs. 200 a 214; ESPINOS, A.: *Impugnación de los acuerdos sociales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007; FARRANDO, I.: «El nuevo régimen de la legitimación de la impugnación de acuerdos sociales (art. 206.1 a 4 LSC)», en AAVV. (Drs. F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena), *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, págs. 415 a 452, «Cuestiones y propuestas sobre impugnación de la Junta de socios», en AAVV., *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, págs. 319 y ss., y «Los déficits informativos como causa de impugnación de los acuerdos sociales [arts. 197.5 y 204.3.b) LSC]», en AAVV., *Junta general y Consejo de administración en la sociedad cotizada*, Roncero Sánchez, A. (coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, t. I., págs. 415-440; GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Impugnación de acuerdos sociales. Una visión práctica», en AAVV. (Drs. F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, págs. 53 a 55); LATORRE CHINER, N.: «La

## II. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La legitimación activa es el carácter con la que el sujeto de derecho pretende su reconocimiento a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). El artículo 206.1 de la LSC regula la legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales<sup>8</sup> y simplifica bastante la situación de los sujetos legitimados respecto a la regulación anterior, pues establece una regla general que dispone que son sujetos legitimados: 1. Cualquiera de los administradores. 2. Los terceros que acrediten un interés legiti-

---

impugnación de acuerdos por infracción de requisitos procedimentales [art. 204.3 a) LSC]», en AAVV. (Dirs. F. Rodríguez Artigas, I. Farrando y R. Tena) *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, págs. 215 a 235; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.T.: «El nuevo régimen de impugnación de las Juntas Generales en las Sociedades de Capital: las causas de invalidez y los motivos de inimpugnabilidad», *RDBB*, 2015, núm. 137, págs. 63 a 114; MASSAGUER FUENTES, J.: «Artículo 206. Legitimación para impugnar», en *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014), sociedades no cotizadas*, VV. AA., (Coord. Javier Juste Men-  
cía), Ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, págs. 248 a 269; PÉREZ DAUDÍ, V.: «Comentario al artículo 117», en AA. VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades anónimas*, Coord., Ignacio Arroyo y José Miguel Embid, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, t. II., págs. 1201 a 1240; PÉREZ MORIONES, A.: «Algunas consideraciones sobre el alcance de la legitimación activa para la impugnación de acuerdos sociales nulos: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012», *Diario La Ley*, n.º 8000, 14 de enero de 2013; PRIETO GARCÍA-NIETO, I., GABALDÓN CODESIDO, J.: «Conclusiones de las Jornadas de los magistrados especialistas en Mercantil celebradas en Pamplona los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015», *RDM*, 2015, núm. 299, págs. 491 a 516; PICO I JUNOY, J.: «Cuestiones procesales de la impugnación de acuerdos de sociedades de capital», en AAVV., *Reforma de las sociedades de capital y mejora del gobierno corporativo*, (Dirs. Calavia Molinero, J. M. y Vázquez Albert, D.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 91 a 110; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «El sistema de impugnación de acuerdos sociales: necesidad de una reforma», en *La Junta general de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*, (Coord. Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I., González Castilla, F., y Tena Arregui, R.), Ed. Colegio Notarial de Madrid, 2009, págs. 77 a 86, «Bases para una revisión del Derecho de impugnación de los acuerdos sociales», en VV.AA., *La modernización del Derecho de sociedades en España*, (Dirs. Alonso Ledesla, Alonso Ureba y Esteban Velasco), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 261 a 292 y «La reforma del régimen de la impugnación de acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades», en AAVV. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (Dirs. Morillas Jarillo, Perales Viscasillas y Porfidio Carpio), Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 2015, pág. 803; ROJO, A.: «Artículo 206. Legitimación para impugnar», en AAVV. *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Dirs. Rojo y Beltrán), Ed. Civitas, Madrid, 2011, t. I., 1453 a 1464; SÁNCHEZ CALERO, F.: *La Junta general en las sociedades de capital*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, págs. 351 a 432; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «Propuestas de revisión de la impugnación de acuerdos (Especial referencia a las sociedades cotizadas)», en VVAA. *La Junta general de las sociedades de capital. Cuestiones actuales*, (Coord. Rodríguez Artigas, F., Farrando Miguel, I., González Castilla, F., y Tena Arregui, R.), Ed. Colegio Notarial de Madrid, 2009, págs. 397 a 425; VALLS GOMBAU, J. F.: «La legitimación en los procesos de impugnación de acuerdos sociales», en *Los órganos de la sociedad de capital*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, t. I., págs. 487 a 514; y YANES EVANGELISTA, J.: «Abuso de derecho en la impugnación de acuerdos societarios por defectos formales», en VV. AA., *Orientaciones actuales del derecho mercantil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 85 a 91.

<sup>8</sup> Estas normas no pueden modularse estatutariamente (facilitar o dificultar su ejercicio), salvo que así se prevea (art. 206.1, *in fine*, LSC).

mo. 3. Los socios. Aunque, como veremos, a estos últimos se les imponen dos condiciones importantes.

Así mismo, se mantiene la regla especial para los acuerdos sociales contrarios al orden público, pues en estos casos existe una legitimación más amplia con el fin de combatirlos más eficazmente (art. 206.2 LSC). Así están legitimados cualquier socio, los administradores y los terceros. No opera la exigencia de que el tercero acredite el interés legítimo y el socio está legitimado sin las exigencias de la regla general que analizaremos a continuación<sup>9</sup>.

Por supuesto, habrá que alegar en la demanda la condición que se ostenta y conviene indicar desde cuándo concurre esa condición. No hay que olvidar que el demandante puede pertenecer simultáneamente a más de una categoría de legitimados (ej., socio y administrador) y que el juez debe comprobar si el demandante está o no legitimado.

Por su interés analizaremos los sujetos legitimados en orden diverso al establecido en la norma. En primer lugar, los socios; en segundo, los administradores y, por último, los terceros.

## **1. Sujetos legitimados**

### *1.1. Los socios*

El artículo 206.1 LSC se refiere al socio sin ninguna matización. Es decir, el socio, ya sea socio ordinario, privilegiado, sin voto (art. 102 LSC), moroso (art. 83 LSC), copropietarios de acciones o participaciones (art. 126 LSC), siempre que reúna los requisitos del artículo 206.1 LSC, puede impugnar los acuerdos sociales.

El socio está legitimado por el solo hecho de serlo. Al socio no se le exige una posición respecto al acuerdo a impugnar (no haber asistido, ni votado en contra, ni constar su oposición en el acta, ni haber sido privado del derecho de voto).

Los copropietarios de acciones y participaciones tendrán que nombrar un representante para que ejerza el derecho de impugnación (art. 126 LSC).

---

<sup>9</sup> Son casos de acuerdos contrarios al orden público: los acuerdos inexistentes (Junta universal simulada o inexistente); la vulneración de los derechos fundamentales, la vulneración de la Constitución; el ilícito penal (delito fiscal, blanqueo de capitales); la alteración de los principios configuradores del tipo o los principios esenciales de la sociedad (derechos y libertades del socio) y los acuerdos contra la moral y las buenas costumbres.

En el caso de usufructo de acciones o participaciones se puede haber pactado estatutariamente que el ejercicio del derecho de impugnación le corresponda al usufructuario (art. 127 LSC). En el supuesto de prenda de acciones o participaciones, estatutariamente se puede establecer que el acreedor pignoraticio ejercerá el derecho de impugnación (art. 132 LSC).

El derecho de impugnación de acuerdos sociales deja de ser un derecho individual (aunque no se modifica la redacción del art. 93 LSC) y pasa a regularse como un derecho de minoría, dado que al socio se le exige el cumplimiento de dos requisitos: A) La condición de socio en un determinado período (antes de la adopción del acuerdo) y B) La titularidad (individual o conjuntamente con otros socios) del uno por ciento del capital social en el momento de la adopción del acuerdo impugnado o del uno por mil en el caso de sociedades cotizadas [art. 495.2 b) LSC].

#### 1.1.1. ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO ANTES DE LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO

El socio debe adquirir la condición de tal «antes de la adopción del acuerdo» que se pretende impugnar (art. 206.1), salvo que el acuerdo sea contrario el orden público, pues en este caso cualquier socio está legitimado para impugnarlo, aunque esa condición la adquiera después de la adopción del acuerdo (art. 206.2)<sup>10</sup>.

Como señala MASSAGUER<sup>11</sup>, la acción de impugnación deriva del incumplimiento del contrato de sociedad, por ello el impugnante debe formar parte de ese contrato o, lo que es lo mismo, tener la condición de socio cuando se adopta el acuerdo.

El artículo 206.1 de la LSC quiere cerrar un largo debate jurisprudencial y doctrinal sobre la condición de socio para la impugnación, pues hasta la reforma de 2014 se discutía sobre conceptos como «que fuera socio antes de la convocatoria de la Junta» o «antes de la celebración de la Junta» o «que mantuviera la condición de socio».

Con la exigencia legal de adquirir la condición de socio antes de la adopción del acuerdo se elimina la polémica planteada por los socios que adquirirían, con

---

<sup>10</sup> En todo caso, es el impugnante quien debe acreditar que ostentaba la condición de socio antes de la adopción de acuerdo que impugna.

En el reconocimiento de la condición de socio antes de la adopción del acuerdo juega un papel muy importante la lista de asistentes a la Junta general (art. 192 LSC), pues determina el carácter con que acude un sujeto a la Junta y el número de participaciones o acciones con las que concurre. La mesa de la Junta realiza un reconocimiento de los sujetos como socios de la sociedad.

<sup>11</sup> Ob. cit., pág. 254.

posterioridad a la celebración de la Junta general, acciones o participaciones para poder impugnar lo acordado. Por tanto, quien no sea socio en la fecha de adopción del acuerdo no podrá impugnarlo, aunque el plazo de caducidad de un año no haya transcurrido (art. 205 LSC)<sup>12</sup>.

La reforma del artículo 206.1 LSC no impide que, desde la convocatoria de la Junta general hasta su celebración, un sujeto pueda adquirir acciones o participaciones<sup>13</sup>. Sin embargo, evita los problemas de reconocimiento de un sujeto como socio de la sociedad, pues la sociedad ya lo habrá hecho a los efectos de permitirle el ejercicio del derecho de asistencia y voto en la Junta general<sup>14</sup>.

La LSC no exige no haber votado a favor del acuerdo o manifestar la oposición al acuerdo. El socio podrá impugnar el acuerdo aunque haya votado a su favor, si votó en contra o si se abstuvo, haya asistido o no a la Junta en la que se adoptó el acuerdo, lo haya hecho personalmente, mediante medios electrónicos o por medio de representante.

Conviene recordar dos cuestiones sobre la condición de socio. La primera, que en el caso de acciones propias o participaciones propias, la sociedad tiene en suspenso los derechos políticos, incluido el derecho de impugnación [art. 142 y 148 a) LSC], así como en el supuesto de que una sociedad posea más del 10% del capital de otra sociedad y no se lo haya notificado (art. 155.1 LSC). Por tanto, aunque sean socios antes de la adopción del acuerdo, tienen en suspenso los derechos políticos y con ellos el derecho de impugnación. Además, la sociedad no puede impugnar sus propios actos, es decir, no puede ser a la vez demandante y demandada<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Véase la SAP de Toledo de 18 de marzo de 2015 (AC 2015, 456) en la que el demandante pide la declaración de la validez de la transmisión de las participaciones sociales y por tanto la condición de socio demandante, pero a la vez pide que se suspenda el procedimiento por prejudicialidad. Véanse también las SSAP de Madrid de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016, 94213) y 6 de mayo de 2016 (JUR 2016, 150786) sobre la falta de legitimación activa por no tener el demandante la condición de socio al tiempo de la celebración de la Junta, y la SAP de Segovia de 31 de mayo de 2016 (JUR 2016, 173511), en la que la copropietaria de participaciones sociales carece por sí sola y sin contar con el otro copropietaria de legitimación activa para impugnar los acuerdos de la Junta general.

<sup>13</sup> También es factible que un socio adquiera acciones o participaciones desde la convocatoria de la Junta hasta su celebración y alcance el porcentaje exigido por el artículo 206.1 de la LSC.

<sup>14</sup> Respecto a la forma de probar la condición de socio se puede utilizar cualquier medio (ej., libro-registro de acciones nominativas, certificado de legitimación de anotaciones en cuenta, extracto del libro de socios, escritura de constitución de sociedad unipersonal, exhibición de las acciones al portador...).

<sup>15</sup> También en el supuesto de las participaciones recíprocas (art. 155.1 LSC). Otros supuestos en los artículos 60.3 y 69.8 LMV.

La segunda cuestión es que estatutariamente puede otorgarse el ejercicio del derecho de impugnación a los usufructuarios de acciones o participaciones (art. 127.1, *in fine*, LSC) y a los acreedores pignoratícios de aquéllas (art. 132.1 LSC).

Ahora bien, la legitimación del socio demandante sigue planteando dos dudas. La primera, relativa a la necesidad de mantener la condición de socio en la fecha de presentación de la demanda de impugnación. Y la segunda, sobre la necesidad o no de mantener la condición de socios durante todo el proceso de impugnación, es decir, las consecuencias de la pérdida de la condición de socio por el demandante durante el proceso.

La doctrina<sup>16</sup> sí se ha pronunciado sobre este punto y ha recordado que el socio debe ostentar la condición de tal en la fecha de interposición de la demanda de impugnación del acuerdo social<sup>17</sup>. Es decir, hay que aplicar el principio general

---

<sup>16</sup> Véanse, entre otros, MASSAGUER, J.: ob. cit., pág. 255, y FARRANDO, I.: ob. cit., págs. 432 a 436.

<sup>17</sup> Véanse las SSTs de 19 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6139), 15 de abril 1998 y 30 de enero de 2002 (RJ 2002, 2311) sobre si es preciso ser accionista en el momento de formular la demanda o basta con serlo cuando se adoptaron los acuerdos que se impugnan.

En la STS de 30 de enero de 2002 (RJ 2002, 2311) se afirma: «La legitimación activa (primera cuestión) no puede considerarse una excepción procesal, sino que es atinente al fondo, como presupuesto preliminar de la relación procesal y en el caso de la acción de impugnación de un acuerdo social sólo puede ejercitarla el accionista o el que tenga interés legítimo, en el momento de tal ejercicio, es decir, de interponer la demanda; no el accionista que lo fue en su día, en el momento en que se tomó el acuerdo. Este ha sido el criterio de esta Sala, que lo ha expresado en dos Autos de la misma fecha, de 11 de junio de 2001, en sendos recursos de casación números 2574/1996 y 2216/1997, confirmados por Autos que desestimaron los respectivos recursos de súplica, de 17 de julio de 2001 y, asimismo, en el Auto dictado en el recurso de casación 3971/1996, de 5 de diciembre de 2001». El TS añade que «la desestimación del motivo segundo viene dada por lo expuesto anteriormente: se alega la infracción del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y del 117 del Texto Refundido de la misma, aprobado por Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre, que atribuye, el primero, legitimación activa a todos los accionistas para pretender la nulidad de acuerdos sociales, lo que la jurisprudencia extendió a todo el que tuviera interés legítimo, extensión que ha sido recogida por el artículo 117.1 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas». Además, «la desestimación del motivo se debe a que tal legitimación no se discute: la tiene el accionista o incluso el que tiene interés legítimo. Pero no se le puede reconocer a la demandante, que dejó de ser socio, por transmisión a tercero de sus acciones, varios años antes de ejercitar la acción de impugnación, ni tenía interés legítimo; no puede pretender una declaración sobre acuerdos de una sociedad de la que ya no forma parte, ni tiene interés porque ya no le pueden afectar, tanto más cuanto se relacionan con el patrimonio social, que se vio engrosado por la falta de acuerdo sobre reparto de dividendos, de lo cual se benefician los accionistas, que lo era en aquel momento; no puede pretender posteriormente alterar la marcha y el funcionamiento de la sociedad, de la que es ajena».

La STS de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8175) niega la legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales, no porque no hubiera sido accionista al tiempo de adoptarse los acuerdos, sino porque tampoco lo había sido después, al formularse la demanda. Aunque con ocasión de la casación, el actor amparó su legitimación en un «interés legítimo» que no adujo en el momento adecuado ni probó, y el TS consideró, al resolver el recurso de casación, «la evidente situación de indefensión que ello supondría para las entidades demandadas, con la consiguiente conculcación del artículo 24 de la Constitución».

de determinación de la legitimación activa al inicio del proceso (art. 413.1 LEC). En consecuencia, quien pierde la condición de socio después de la Junta que adopta el acuerdo impugnado no podrá impugnarlo como socio, pero podrá presentar la demanda legitimándose activamente bajo otra cualidad (ej., tercero con interés legítimo)<sup>18</sup>. Los adquirentes de acciones o participaciones después de la Junta que adopta el acuerdo impugnado no pueden impugnar esos acuerdos como socios, pues no eran socios «antes» de su adopción<sup>19</sup>.

Sobre esta cuestión, aunque anterior a la reforma de la ley 31/2014, es muy acertada, clara y rotunda, la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6850), cuyo ponente fue SANCHEZ GARGALLO. En ella, las actoras carecían de la condición de socias cuando se celebró la Junta y con posterioridad adquieren la condición de nudas propietarias de las participaciones de su madre y, por tanto, la cuestión discutida radica en precisar si, por no haberlo sido al tiempo de celebrarse la Junta, dejan de estar legitimadas. El Tribunal Supremo afirma que: «Cuando el art. 117.1 TRLSA se refiere a los accionistas (socios en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada), debemos entender que lo hace, en cualquier caso, a quien lo era en el momento de celebrarse la Junta y adoptarse los acuerdos impugnados y lo sigue siendo al ejercitar la acción de impugnación. En realidad, la legitimación deriva de ser titular de las participaciones al tiempo de celebrarse la Junta, por verse entonces afectado por los acuerdos en ella adoptados y como mecanismo legal para reaccionar frente a las irregularidades que de forma relevante vician la Junta o los acuerdos en ella adoptados. Pero se entiende que si *inter vivos* o *mortis causa* transmite después sus participaciones, aunque sea la nuda propiedad, transmite con ello la legitimación para impugnar. Lo que no quiere decir que quien hubiera sido socio al tiempo de celebrarse la Junta impugnada, o en la que se adoptaron los acuerdos impugnados, y no lo sea al interponer la demanda de impugnación, carezca en todo caso de legitimación, sino que tendrá que aducir y justificar su “interés legítimo” en el momento de impugnar»<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Véase la STS de 7 de julio de 2003 (RJ 2003, 4332), en la que el socio que ostentaba la condición de consejero en la fecha de presentación de la demanda de impugnación de acuerdos del Consejo de administración, cesa como administrador, pero conserva la condición de socio. El TS mantiene que «la acción de impugnación de un acuerdo social puede ejercitarla quien en el momento de proponer la demanda se halle debidamente legitimado. Luego, si la demanda es admitida, se produce la llamada *perpetuatio legitimacionis*, con efecto retroactivo al día de la presentación de dicho escrito, con la finalidad de que en la sentencia se decida acerca de la situación jurídica controvertida, tal y como la misma se hallaba en la fecha indicada (SSTS de 17 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1940) y de 25 de febrero de 1983)».

<sup>19</sup> Cuando un socio adquiere las acciones o participaciones por sucesión *mortis causa*, por adquisición forzosa o a título universal después de la Junta tendrá interés legítimo y podrá impugnar un acuerdo adoptado por la Junta general antes de su entrada en la sociedad, pero no estará legitimado como socio.

<sup>20</sup> En esta STS, las actoras, mediante la adquisición de la nuda propiedad de las participaciones que, al celebrarse la junta impugnada (24 de febrero de 2004), eran titularidad de su madre, adquirieron la legitimación para impugnar la nulidad de aquella Junta, celebrada antes de su adquisición.

Por otra parte, los magistrados de la Audiencia provincial de Navarra Ildefonso PRIETO GARCÍA-NIETO y Jesús GABALDÓN CODESIDO, en las «Conclusiones de las jornadas de magistrados especialistas en mercantil», celebradas en Pamplona los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015, señalan que ante la pregunta de si la restricción de la legitimación activa del adquirente debe entenderse limitada solamente a la transmisión por actos *inter vivos* o abarca también la *mortis causa*, dicen que *«se convino en que si la adquisición de la condición de socio tuvo lugar por acto “mortis causa” también será posible tener legitimación tras la adopción del acuerdo, no jugando la restricción del art. 206.1, pero en el caso de que la adquisición fuera por acto “inter vivos” el socio adquirente de tal condición con posterioridad al acuerdo carecerá de legitimación (siempre claro está que no se trate de acuerdo contrario al orden público). Se apuntó la opinión de que ese socio podía ser considerado en ciertos casos como tercero con interés legítimo a efectos de legitimación para impugnar»*.

Al respecto hay que decir que no es que no juegue la restricción del artículo 206.1 de la LSC, sino que el heredero de las acciones o participaciones sucede «al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones» (art. 661 CC.) y que, en virtud del artículo 16 de la LEC, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que éste a todos los efectos.

Como demuestra la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6850), es bastante frecuente que durante el procedimiento de impugnación el socio demandante pierda la condición de tal por decisión propia (ej., enajenación de todas sus acciones o participaciones) o por otras circunstancias (ej., reducción del capital<sup>21</sup>; amortización de acciones o participaciones; ejercicio del derecho de exclusión, ...) <sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de febrero de 2009 (RTC 2009, 40) sobre vulneración de la tutela efectiva al no reconocer legitimación activa en el proceso de impugnación de acuerdos sociales por haber perdido la condición de socios accionistas como consecuencia de los acuerdos (acuerdos simultáneos de reducción a cero y ampliación de capital), cuya nulidad se pretendía. (Véase el comentario a dicha sentencia por GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: ob. cit., págs. 53 a 55).

<sup>22</sup> Hasta hace unos años, la doctrina procesalista y mercantilista mantenía que, si iniciado el proceso sobreviene la pérdida de la condición del socio demandante, ocurría la pérdida sobrevenida del interés legítimo para recurrir y, en consecuencia, era procedente la terminación del proceso (arts. 22.1 y 413.1 LEC). Pero esta tesis se ha superado al entender que el demandante, pese a la pérdida de su condición de socio, mantiene un interés legítimo en el proceso dadas las alegaciones realizadas en la demanda.

PÉREZ DAUDÍ, V. (ob. cit., págs. 1201 a 1240), afirma, aunque respecto de la reforma de la LSA, que un sector doctrinal también exige que se mantenga la condición de accionista a lo largo de todo el proceso debido al carácter personalísimo del derecho subjetivo a impugnar. Justifican esta posición alegando que en este caso nos encontraríamos ante un supuesto de falta de acción o de interés para obtener una sentencia de fondo. Añade que esto no sería necesario, pues el art. 410 LEC establece que «la litispendencia con todos sus efectos procesales se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida» y que uno de sus efectos es la *perpetuatio legitimationis*. La pérdida del interés legítimo se produce cuando se logra la satisfacción extraprocetal o «por cualquier otra causa» (art. 411 LEC).

Pero, como mantiene la citada sentencia, se transmite con ello la legitimación para impugnar. Además, en virtud de los artículos 16 y 17 de la LEC, se permite la sucesión procesal del socio impugnante por el socio adquirente de las acciones o participaciones. El socio impugnante que transmite sus acciones o participaciones iniciado ya el proceso hace posible la sucesión procesal por el socio adquirente en la posición del mismo en el proceso.

En conclusión, la condición de socio se requiere antes de adoptar el acuerdo, al interponer la demanda y durante el proceso hasta que se decida sobre la legitimación. Si después se transmiten las acciones o participaciones existirá sucesión procesal por la transmisión de aquéllas<sup>23</sup>.

Además hay que recordar que el propósito de la reforma del artículo 206 LSC es impedir que se realicen transmisiones de acciones o participaciones con la finalidad de otorgar legitimación a quien no era socio en el momento de la Junta.

#### 1.1.2. TITULARIDAD, INDIVIDUAL O CONJUNTA, AL MENOS, DEL UNO POR CIENTO DEL CAPITAL SOCIAL

La LSC otorga legitimación al socio que tenga la condición de tal antes de la Junta *«siempre que sea titular individual o conjuntamente, al menos, del uno por ciento del capital»* si la sociedad no es cotizada (art. 206.1 LSC) y del uno por mil si se trata de una sociedad cotizada [art. 495.2 b) LSC]<sup>24</sup>, aunque añade que estatutariamente se pueden reducir esos porcentajes (art. 206.1, *in fine*, LSC).

La exigencia de dichos porcentajes es la gran novedad de la reforma del régimen de impugnación de acuerdos sociales y produce un cambio radical, pues el derecho de impugnación deja de ser un derecho individual para ser un derecho de minoría con la consiguiente restricción<sup>25</sup>.

---

PÉREZ DAUDÍ, V. (ob. cit., pág. 115), dice que «... la mera transmisión de la titularidad de las acciones durante la pendencia del proceso no ocasiona la pérdida de interés legítimo. Debemos tener en cuenta que nos hallamos ante un supuesto de acción declarativa en la que el accionista tiene un interés indudable en que se declare la ineficacia de un acuerdo a través de la acción de nulidad. La declaración surtirá efectos desde el momento de la producción de la litispendencia. Por ello, para que se perdiera este interés legítimo, debería concurrir alguna circunstancia que implicara la satisfacción extraprocésal de la pretensión. Actualmente, afirmar que debe mantenerse la condición de accionista durante el transcurso del proceso implica restringir la legitimación para impugnar la nulidad del acuerdo social nulo, además de ser contrario a la institución de la litispendencia».

<sup>23</sup> Véase VALLS GOMBAU, J. F.: ob. cit., pág. 500.

<sup>24</sup> Hay que entender que se refiere al capital nominal en el momento de la adopción del acuerdo.

<sup>25</sup> A favor de la transformación de un derecho individual en un derecho de minoría se ha manifestado QUIJANO, J., en «Bases para una revisión del derecho de impugnación de los acuerdos sociales», cit., pág. 283.

La razón alegada para imponer dichos porcentajes es evitar las impugnaciones promovidas por socios con una escasa participación en la sociedad y el ejercicio abusivo del derecho de impugnación. El legislador siempre ha buscado la estabilidad de los acuerdos sociales y limitar la legitimación parece un buen medio para lograrlo.

El porcentaje establecido por la Ley para las sociedades no cotizadas, el uno por ciento, no es relevante; es bastante usual que en una sociedad cerrada un socio alcance ese porcentaje. Sin embargo, el uno por mil para impugnar los acuerdos de sociedades cotizadas implica que la acción de impugnación sea casi imposible. Resulta un porcentaje muy elevado, excesivo. En consecuencia, la reducción estatutaria del porcentaje tiene todo su sentido en las sociedades cotizadas (art. 206.1, *in fine*, LSC)<sup>26</sup>.

La exigencia del porcentaje del capital social y su posible reducción estatutaria plantea varias dudas interpretativas:

1.<sup>a</sup> ¿Cuándo se debe reunir ese porcentaje, antes de la Junta o antes de la presentación de la demanda? «El antes de la Junta» solo es predicable de la condición de socio, no de la tenencia del porcentaje de capital social. Al tratarse de un derecho de minoría se puede buscar después de la Junta a otros socios para lograr el porcentaje y así poder ejercer el derecho de impugnación.

El artículo 206.1 LSC exige a los socios para estar legitimados para impugnar los acuerdos sociales que representen, individual o conjuntamente, al menos, el uno por ciento del capital. Para lograr conjuntamente dicho capital, los socios deben buscar a otros socios con los que agruparse y alcanzar el porcentaje legal de capital social que legitima para la impugnación de acuerdos sociales<sup>27</sup>.

2.<sup>a</sup> Si se impugna un acuerdo que reduce la participación del socio en el capital social (ej., enajenación o amortización de acciones de socio moroso), con lo que no le permite alcanzar individualmente el porcentaje legal, ¿tiene el socio el derecho a impugnar el acuerdo? La contestación debe ser positiva, pues se trata de perseguir la ilicitud del acuerdo.

3.<sup>a</sup> Si un socio, en virtud de la adopción del acuerdo impugnable, alcanza individualmente el porcentaje legal de capital para poder impugnarlo, ¿estará legitimado? La respuesta debe ser afirmativa. Debe hacerse una interpretación flexible de

---

<sup>26</sup> El inciso final del artículo 206.1 LSC utiliza en plural el término porcentaje, aunque el apartado anterior sólo se refiere a un porcentaje. Dicho precepto parece tener presente el porcentaje establecido en el artículo 495.2 b) LSC.

<sup>27</sup> Ahora bien, en las sociedades pequeñas y medianas, la agrupación de participaciones o acciones puede ser una solución inviable dadas las probables posturas enfrentadas de los socios.

los requisitos de legitimación. En el momento de interposición de la demanda alcanza el porcentaje y ya era socio en el momento de la adopción del acuerdo.

4.<sup>a</sup> La reducción durante el procedimiento de impugnación del porcentaje de la participación en el capital del socio demandante (ej., venta de parte del paquete de participaciones o acciones que reduce la titularidad por debajo del 1 % del capital social) impide continuar el procedimiento? La respuesta debe ser negativa, pues no existe pérdida sobrevenida del interés legítimo para la impugnación del acuerdo (arts. 413.1 y 22 LEC).

5.<sup>a</sup> ¿Es posible una cláusula estatutaria que permita impugnar los acuerdos por los socios que tengan un porcentaje del capital social, lo que equivaldría a su derogación? Estatutariamente no se puede elevar el porcentaje legal, pues sería contrario a la norma imperativa, pero su reducción a la propiedad de una acción o una participación también es contraria a la norma. La norma legal pretende impedir impugnar al socio con una participación poco significativa y con dicha cláusula estatutaria convertiríamos el derecho de impugnación en derecho de todo socio (derecho individual). No tendríamos éxito para su inscripción en el Registro mercantil.

6.<sup>a</sup> ¿Cabría emitir acciones o participaciones con el privilegio de poder ejercer el derecho de impugnación? Aunque no se encuentra entre las prohibiciones establecidas en el artículo 96 de la LSC, iría en contra de la finalidad del artículo 206 LSC al conferirse la legitimación a un socio con una participación no significativa.

Finalmente, como analizaremos más adelante, el artículo 206.1, *in fine*, de la LSC dispone que si el socio no alcanza el porcentaje para impugnar tiene derecho al resarcimiento del daño que le cause el acuerdo impugnado<sup>28</sup>.

## 1.2. Cualquiera de los administradores

Se trata de una legitimación a título individual, no como órgano. Están legitimados cada uno de los administradores que constituyen el órgano de administración<sup>29</sup>. Se trata de una impugnación en su propio nombre y a su propia costa. Su fundamento es la defensa del interés social, pues los administradores tienen el deber de velar por el interés de la sociedad (arts. 227 y 236 LSC)<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Véase el epígrafe II. 3 de este trabajo.

<sup>29</sup> El administrador podrá demostrar su condición de tal mediante el acta de la Junta donde se aprobó su nombramiento, el documento de su aceptación o la certificación de la inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil.

<sup>30</sup> Debemos tener en cuenta que el ejercicio de la acción de impugnación por el administrador le permite eludir la responsabilidad solidaria, pues puede demostrar que hizo todo lo conveniente para evitar el daño por la adopción del acuerdo (art. 237 LSC).

El administrador (persona física o persona jurídica)<sup>31</sup> únicamente necesita que su cargo esté vigente en el momento de interponer la acción de impugnación (ni ser socio, ni interés personal legítimo, ni antigüedad en el cargo, ni ser consejero de una determinada clase ...)<sup>32</sup>.

La duda surge respecto a los acuerdos adoptados con anterioridad a su nombramiento o su aceptación del cargo y a los adoptados tras su renuncia o cese<sup>33</sup>. ¿Pueden impugnarlos sobre todo si se trata de acuerdos que pueden incidir en su responsabilidad como administrador<sup>34</sup>? ¿O pasa a estar legitimado como un tercero con interés legítimo?

Como señala FARRANDO<sup>35</sup>, el administrador sólo está legitimado para impugnar los acuerdos durante el período que ostenta esta condición, pues ello es acorde con lo exigido al socio y evita conductas oportunistas. El administrador que es cesado ya no lo es y, consecuentemente, ha perdido la legitimación como tal<sup>36</sup>.

Cuando los administradores son sustituidos por los liquidadores (art. 375.2 LSC) o por los administradores concursales [art. 33.1. a). 6.ª LC], éstos pasan a estar legitimados activamente para impugnar los acuerdos sociales.

El administrador que no lo era en el momento de la adopción de un acuerdo irregular, pero que debe ejecutarlo, si quiere salvaguardarse de eventuales responsabilidades, estará legitimado para impugnar el acuerdo (art. 237 LSC). Debe hacer «todo lo conveniente para evitar el daño» y por esto puede impugnar el acuerdo viciado de ilegalidad (arts. 237 *in fine* LSC).

MASSAGUER<sup>37</sup> entiende que la pérdida de la condición de administrador a lo largo del proceso, aunque fuera el único título de legitimación activa alegado, no determina por sí sola la pérdida sobrevenida del interés legítimo en obtener la

---

<sup>31</sup> El administrador de hecho no está legitimado para impugnar los acuerdos sociales. Véase al respecto ESPINÓS, A., ob. cit., pág. 397.

<sup>32</sup> El artículo 251.1 de la LSC, que regula impugnación de acuerdos del Consejo de administración, legitima a los administradores para impugnar no solo los acuerdos del Consejo, sino también los acuerdos de «cualquier otro órgano colegiado de administración». Por ejemplo, los acuerdos de la comisión de retribuciones.

<sup>33</sup> Véase BAENA BAENA, P.: ob. cit., págs. 118 y ss.

<sup>34</sup> Véase el artículo 241 bis de la LSC sobre la prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores.

<sup>35</sup> Ob. cit., pág. 425.

<sup>36</sup> Véase la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 16 de mayo de 2016 (JUR 2016, 140508) en la que se aprecia la falta de legitimación activa del actor por no acreditar su condición de tercero con interés legítimo. El impugnante fue cesado como administrador mancomunado y ya no era socio. En la demanda no hace mención a su condición de tercero, ni alega ni prueba interés que legitime la interposición.

<sup>37</sup> Ob. cit., pág. 257.

ineficacia del acuerdo impugnado. En consecuencia, no impide la continuación del proceso (arts. 22.1 y 313.1 LEC).

Es lógico entender que si un administrador impugna un acuerdo de la Junta general, la sociedad lo cese a la mayor brevedad posible. Por ello, interpuesta y admitida la demanda con la legitimación del administrador, se aplica la *perpetuatio legitimationis*<sup>38</sup>.

Por último, cabe preguntarnos si el socio-administrador que vota a favor del acuerdo puede posteriormente impugnarlo como administrador. ¿Es aplicable la doctrina de los actos propios o la falta de buena fe del administrador (arts. 7 CC. y 57 del CCom.)? Sobre esta cuestión, la doctrina está dividida, pues para algunos la impugnación como administrador es independiente de su posición como socio, ya que los administradores tienen el deber de defender el interés social. El administrador que propicia la adopción de un acuerdo y posteriormente lo impugna no actúa de buena fe (art. 7.1 CC.).

El artículo 206 de la LSC no se ha pronunciado sobre los problemas que hemos señalado y que la jurisprudencia ha abordado. Quizá la razón sea que la solución se encuentra en normas procesales.

### 1.3. Los terceros que acrediten un interés legítimo

Cuando la LSC utiliza el concepto de «tercero» a efectos de la legitimación activa para impugnar los acuerdos sociales se refiere a un sujeto que no ostenta ninguna de las categorías anteriores (ni socio, ni administrador).

Pueden tener la condición de terceros con interés legítimo los socios actuales que no lo eran en el momento de la adopción del acuerdo impugnado<sup>39</sup>; los socios que han perdido la condición de tales antes de la interposición de la demanda<sup>40</sup>;

<sup>38</sup> Véase la citada STS de 7 de julio de 2003 (RJ 2003, 4332).

<sup>39</sup> Véase la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6850), donde «las actoras, si bien cuando se celebró la Junta de 24 de febrero de 2004 carecían de la condición de socias, con posterioridad (en septiembre de 2007) adquirieron la condición de nudas propietarias de las participaciones que hasta entonces eran titularidad de doña Coro, quien a partir de entonces se quedó con el usufructo. De este modo, al tiempo de ejercitarse la demanda de impugnación de acuerdos sociales, el 12 de febrero de 2008, las actoras eran nudas propietarias y, por tanto, a los efectos del art. 117 TRLSA, eran socias. La cuestión radica en precisar si, por no haberlo sido al tiempo de celebrarse la Junta, dejaban de estar legitimadas».

<sup>40</sup> Véase la SAP de Madrid de 10 junio de 2011 (AC 2011, 1447), que afirma «... para el ejercicio de la acción de nulidad (hipótesis en la que se encuentra sin ningún género de dudas la impugnación de la aprobación de cuentas por causa de no reflejar fielmente la imagen de la sociedad), el art. 117-1 de la hoy derogada Ley de Sociedades Anónimas —lo mismo que hace actualmente el art. 206-1 de la Ley de Sociedades de Capital— confería legitimación activa no solamen-

el socio nudo propietario que no tiene atribuido el derecho de impugnación por estar legitimado el usufructuario (estatutariamente) o el socio deudor pignoraticio por estar legitimado el acreedor pignoraticio; el socio de la matriz respecto de la filial; el comisario del sindicato de obligacionistas<sup>41</sup>; los administradores que dejan de serlo al tiempo de interponerse la acción de impugnación; los titulares de derechos reales sobre acciones o participaciones; los trabajadores; los acreedores sociales...

El interés legítimo debe ser un interés propio, objetivo y directo del tercero al relacionarse con la sociedad<sup>42</sup>. En todo caso, los terceros deben acreditar el interés legítimo<sup>43</sup>. Para ello deben alegarlo en el momento adecuado y probarlo<sup>44</sup>. La carga de la prueba del interés legítimo le corresponde a quien lo alega. Está en manos del juez determinar si el interés es suficiente y legítimo, pues la LSC no se pronuncia sobre qué debemos entender por interés legítimo.

La STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6850) mantiene que «el art. 117.1 TRLSA reconoce legitimación para impugnar un acuerdo adoptado por la Junta de socios de una sociedad anónima o limitada a cualquiera que ostente un interés legítimo, aunque presume en todo caso este interés en el caso de los socios y de los administradores. Si el actor invoca su condición de socio, ya no tiene que justificar su «interés legítimo», sino únicamente que goza de tal condición. Si se trata de un tercero, tiene que invocar en la demanda su «interés legítimo» para que

---

te al socio y al administrador, sino también a cualquier tercero que acreditase interés legítimo, interés cuya presencia no puede negarse en quien, habiendo sido socia de la entidad, es desposeída de tal condición por una sentencia con la que se encuentra en desacuerdo y contra la que tenía interpuesto un recurso de apelación que aún se estaba sustanciando en la fecha de interposición de la demanda. Por tanto, si en esa fecha concurría el grado de interés capaz de otorgar a la actora legitimación «ex» art. 117-1 L.S.A., ninguna circunstancia posterior puede hacerlo desaparecer por virtud del principio de la «perpetuatio legitimationis» anteriormente enunciado. Se opone la apelante a esa clase de planteamiento por entender que en su demanda la actora únicamente fundó su legitimación en la condición de socia que decía ostentar. Pero no hay tal. Si se repara en el contenido del escrito rector puede advertirse sin dificultad que la actora solamente aludió a su condición de socia a propósito de la acción impugnatoria por razón de anulabilidad fundada en la lesividad social de los acuerdos, pero no a propósito de la acción de nulidad, que es la que, en definitiva, ha prosperado en la sentencia apelada. De hecho, a la hora de fundamentar jurídicamente su legitimación «ad causam», la demandante se limitó a invocar el art. 10 de la L.E.C. que, como es sabido, atribuye tal cualidad no solamente a quien se presenta en el proceso como titular de la relación jurídica controvertida, sino también a aquél que, sin ostentar dicha titularidad, tenga atribuida legitimación por virtud de algún precepto legal específico, papel que en nuestro caso cumpliría, precisamente, el art. 117-1 L.S.A ya comentado.

<sup>41</sup> Véase el artículo 421.6 de la LSC.

<sup>42</sup> Véase MASSAGUER, J.: ob. cit., pág. 258.

<sup>43</sup> A los socios y administradores se les presume el interés directo, pero los terceros han de probarlo.

<sup>44</sup> Véanse la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6850) en la que al denegarse la legitimación como socio se pretende la legitimación como tercero con interés legítimo y la STS de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8175), donde el interés legítimo tampoco fue oportunamente invocado.

pueda ser contradicho por la sociedad demandada. De este modo, en un supuesto como el que ahora nos corresponde juzgar y como el acaecido en la referida sentencia 908/1993, de 9 de octubre, en que las actoras tan sólo han invocado su condición de socias para justificar su legitimación, no cabe tener en consideración otro «interés legítimo» que no fue oportunamente invocado»<sup>45</sup>.

#### *1.4. Legitimados activamente para la impugnación de acuerdos sociales por normas especiales*

En virtud de otras normas de la LSC o de leyes especiales se otorga legitimación a algunos sujetos para impugnar acuerdos sociales. Así, el artículo 390.2 de la LSC legitima para la impugnación del acuerdo de aprobación del balance final de liquidación de la sociedad a los socios que no han votado a favor del mismo en el plazo de dos meses desde la fecha de su adopción. Dicha norma es mucho más restrictiva que el artículo 206.1 de la LSC, pues no otorga legitimación ni a los liquidadores ni a los terceros con interés legítimo (ej., los acreedores sociales).

El artículo 60.3 de la Ley del Mercado de Valores legitima a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para impugnar los acuerdos adoptados por la Junta general de las sociedades cotizadas mediando participación de quien tiene los derechos suspendidos por no formular una oferta pública de adquisición. Y el artículo 69.8 de la misma Ley otorga legitimación activa a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para impugnar los acuerdos adoptados mediando participación de quien adquirió o incrementó su participación en el capital o derecho de voto en una empresa de servicios de inversión sin comunicarlo a la entidad supervisora.

El artículo 20 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de Crédito, otorga legitimación al Banco de España para

---

<sup>45</sup> La SAP de Barcelona de 30 de enero de 2014 (JUR 2014, 54937) denuncia el error en que incurrió la sentencia de la primera instancia al considerar que el actor, al ser un tercero no socio, carecía del interés legítimo que requiere el art. 206 LSC. Mantiene que el demandante no carece de interés legítimo para impugnar los acuerdos adoptados en la Junta, pues el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento de ejecución no declaró saldada totalmente la deuda mantenida por Secundino con su hermano y hoy actor. En dicha resolución sólo se determina y concreta el valor de las obras de arte, mobiliario y objetos decorativos en poder de Secundino y muy especialmente en las fincas. Nada se determina en dicho auto acerca de las joyas de la madre del actor y de Secundino, que fueron reseñadas en la demanda, ni de las acciones, depósitos y saldos bancarios existentes a nombre de la causante en el extranjero. De ahí que no pueda entenderse totalmente satisfecha la deuda de Secundino con el actor, resultante de la sentencia firme dictada en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 30 de Barcelona, pues, satisfecha por la demandada la mitad de la legítima y sus intereses, quedan aún pendientes de cumplimiento otros pronunciamientos de condena de la sentencia que se ejecuta.

impugnar los acuerdos adoptados por las Juntas generales de los bancos con el voto decisivo de las participaciones adquiridas irregularmente.

El artículo 22 bis 3 a) del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, otorga a la Dirección General de Seguros legitimación activa para impugnar los acuerdos adoptados mediando participación de quien adquirió o incrementó su participación irregularmente en el capital o en el derecho de voto en una entidad aseguradora.

Finalmente debemos destacar que el artículo 539 de la LSC no confiere legitimación para la impugnación de acuerdos sociales a las asociaciones de accionistas de las sociedades cotizadas, pero los accionistas pueden conferir la representación a la asociación para el ejercicio del derecho de impugnación (representación respecto a «los demás derechos reconocidos en esta Ley»)<sup>46</sup>. No se asumió el texto del artículo 393 de la Propuesta de Código de sociedades mercantiles<sup>47</sup> que propugnaba que tanto las asociaciones de accionistas como la CNMV estuvieran legitimadas para impugnar los acuerdos sociales.

### *1.5. Legitimados para la impugnación de acuerdos contrarios al orden público*

Mediante la Ley 31/2014 se decidió ampliar la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público, dado que el apartado 2 del artículo 206 de la LSC dispone que en este supuesto estará legitimado cualquier socio, cualquier administrador o tercero.

Para impugnar los acuerdos contrarios al orden público, el socio no tiene que reunir los requisitos exigidos por el artículo 206.1 de la LSC (ostentar la condición de socio antes de la fecha de adopción del acuerdo y reunir el porcentaje de

---

<sup>46</sup> A favor de dicha posibilidad, véase QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «El sistema de impugnación de acuerdos sociales: necesidad de una reforma», cit., págs. 77 a 86, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: Ob. cit., pág. 422.

<sup>47</sup> «Artículo 393.— Impugnación de acuerdos sociales de sociedades cotizadas:

1. Los acuerdos nulos o anulables adoptados por las Juntas generales o especiales de sociedad cotizada podrán ser impugnados por la minoría, por las Asociaciones de accionistas y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. 2.2. La impugnación de acuerdos sociales de sociedad cotizada tendrá la consideración de hecho relevante a los efectos de la legislación sobre mercado de valores.

3. La demanda de impugnación de acuerdos sociales que formule la Comisión Nacional del Mercado de Valores se anotará preventivamente en el Registro mercantil en el que la sociedad figure inscrita.

4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá solicitar en el escrito de demanda la suspensión del acuerdo impugnado.»

capital legal o estatutario) y tampoco es necesario cumplir la exigencia de denuncia previa (artículo 206.5 LSC), que analizaremos a continuación.

Además, el artículo 206.2 de la LSC precisa que «*estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo*»<sup>48</sup>. El precepto zanja las dudas sobre si puede recurrir el socio que no lo era al adoptarse el acuerdo.

Al tercero no se le exige acreditar un interés legítimo y a los administradores no se les somete a limitaciones temporales<sup>49</sup>. Incluso es admisible que el administrador actúe contra sus propios actos.

En conclusión, el legislador, con la intención de lograr eliminar los actos contrarios al orden público, no exige las limitaciones generales de la legitimación activa impuesta en el párrafo 1 del artículo 206 LSC.

## **2. La exigencia de la denuncia previa de los defectos de forma para la impugnación de los acuerdos sociales**

El apartado 5 del artículo 206 LSC recoge la jurisprudencia<sup>50</sup> que reconoció la obligación, derivada de la buena fe, de poner de manifiesto en tiempo y forma, es decir, denunciar previamente los posibles defectos de forma de la convocatoria, constitución y celebración de la Junta para poder impugnar los acuerdos adoptados en esa Junta<sup>51</sup>.

En muchas sentencias los tribunales desestimaron la impugnación de los acuerdos porque el socio demandante (normalmente minoritario<sup>52</sup>) era conocedor de los vicios o defectos de los acuerdos y no los denunció. Se consideró que no fue leal, pues participó en la Junta, incluso en ocasiones pidiendo información sobre los puntos del orden del día, o era socio-administrador conocedor de todos los datos, y no denunció las infracciones legales ante el órgano social<sup>53</sup>. La fina-

---

<sup>48</sup> Este precepto tiene una incorrección gramatical, pues utiliza el término *hubieran* en lugar de *hubiera*.

<sup>49</sup> A la sociedad demandada le compete la carga de alegar y probar que el tercero que impugna no tiene interés legítimo para impugnar.

<sup>50</sup> Véanse, entre otras, las SSTS de 13 de octubre de 1961 (RJ 1961, 3297), 23 de noviembre de 1970 (RJ 1970, 4485), 29 de septiembre de 1971 (ECLI:ES:TS:1971:92), 12 de mayo de 1976 (ECLI:ES:TS:1976:1278) y 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1259).

<sup>51</sup> Sobre la exigencia de denuncia previa de los defectos de forma para la impugnación de los acuerdos sociales, véase BOQUERA, J.: ob. cit., págs. 497 a 520.

<sup>52</sup> En ocasiones, la minoría impugna acuerdos, sin haber resultado perjudicada por ellos, sólo para bloquear injustificadamente el funcionamiento de la Junta general (fines obstruccionistas y abuso de la minoría).

<sup>53</sup> Véanse, entre otras, las SSTS de 6 de febrero de 1987 (RJ 1987, 6859), de 31 de julio de 2002 (RJ 2002, 8437) y de 23 de julio de 2010 (RJ 2010, 6570).

lidad de su impugnación era únicamente hacer patente su descontento con la sociedad. En estos supuestos, los jueces entienden que los defectos de la convocatoria o de la constitución de la Junta general o del Consejo de administración son intrascendentes y no dañan los intereses del socio.

Con la exigencia de la denuncia previa de los defectos formales, el legislador pone de manifiesto un deber de colaboración por parte de quien pretende impugnar los acuerdos sociales. Se desea que el socio demuestre su intención de resolver los problemas y de no perder tiempo, ni causar gastos a la sociedad, es decir, su buena fe y su lealtad para con la sociedad. Por supuesto también reducir las impugnaciones de acuerdos sociales por motivos formales.

Advertir, en un momento previo a la adopción del acuerdo, la existencia de defectos que lo harán impugnables y que éstos se corrijan, permitirá ahorrar tiempo y dinero, pues no habrá que acudir al juez para que declare su nulidad y obligue a la sociedad a convocar otra Junta general para adoptar el acuerdo.

Se intenta impedir el ejercicio antisocial del derecho de impugnación o el abuso de este derecho.

Cumplir el requisito de la denuncia previa, establecido por el artículo 206.5 LSC, es necesario para que prospere la acción de impugnación. Este artículo dispone que *«no podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción de acuerdos quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho»*.

La sociedad, en la contestación de la demanda, puede alegar la falta de denuncia previa (excepciones materiales) (art. 405.1 y 2 LEC) y el juez resolverá con el fondo del asunto y reconocerá que decae la legitimación por no haber intentado impedir la iniciación de la Junta general o del procedimiento de adopción de acuerdos afectado por un defecto de forma.

La doctrina entiende que la exigencia de la denuncia previa es una especie de agotamiento de la facultad de impugnar<sup>54</sup>, o una causa de decaimiento de la legitimación por actuaciones contrarias al deber de lealtad y al ejercicio del derecho de impugnación conforme al principio de la buena fe.

### *2.1. Los defectos formales denunciables y los defectos formales impugnables*

Son denunciables con carácter previo a la Junta todos los defectos formales que se producen en el procedimiento de adopción de un acuerdo social. Este pro-

---

<sup>54</sup> Véase QUIJANO, J.: «Bases para una revisión...», cit., pág. 285.

cedimiento, que se inicia con la convocatoria de la Junta, sigue con su constitución en tiempo y forma y finaliza con la votación del acuerdo. Pero debemos tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 204.3 a) LSC y recordar que declara inimpugnables *«la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la Junta y del Consejo para la convocatoria o la constitución del órgano para la adopción del acuerdo»*. Existen, pues, defectos formales denunciabiles, pero no impugnables, y defectos formales denunciabiles e impugnables.

Son impugnables, según el precepto últimamente citado, los defectos que son *«una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos»* y cualquier infracción *«que tenga carácter relevante»*<sup>55</sup>.

Son infracciones relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria: la convocatoria de la Junta por persona no competente (art. 166 LSC); la convocatoria que no incluye los asuntos a tratar solicitados por la minoría (art. 168 LSC); la inclusión de un complemento del orden del día en las sociedades anónimas sin cumplir lo establecido por el artículo 172 LSC; la convocatoria sin la forma o el contenido exigido por los artículos 173 y 174 LSC; el no respetar el plazo entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión (arts. 176 y 177) o sin utilizar el medio establecido en la Ley o los estatutos para realizar la convocatoria (art. 173 LSC). En todos estos casos el socio asistente a la Junta deberá denunciar el defecto formal si quiere impugnar los acuerdos adoptados.

Entre las infracciones de las reglas esenciales para la constitución del órgano o las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos están el incumplimiento de las reglas sobre el derecho de asistencia (ej., negar el derecho de asistencia, celebrar la Junta en lugar u hora distinta a la prevista en la convocatoria...) (arts. 179 y 189 LSC); el impedimento de la asistencia telemática en las sociedades anónimas (art. 182 LSC) y el incumplimiento de las reglas sobre representación (ej., no aceptar la representación debidamente otorgada) (arts. 183 a 187 LSC). En estos casos, el socio perjudicado no habrá podido asistir a la Junta y realizar la denuncia previa.

Otras infracciones de las reglas esenciales de constitución del órgano o de las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos son los defectos de constitución de la mesa de la Junta (art. 191 LSC); la falta de quórum de constitución en la Junta de la sociedad anónima (arts. 193 y 194 LSC) o el cómputo erróneo de las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos (arts. 198 a 201 LSC).

---

<sup>55</sup> La determinación del carácter esencial de la infracción se plantea como cuestión incidental de previo pronunciamiento (art. 204.3. *in fine* LSC).

Los asistentes a la Junta pueden denunciar en el momento oportuno la existencia de esos defectos formales.

Igualmente sucederá cuando los defectos formales se produzcan en relación con las reglas relativas al derecho de voto (votación sin separar asuntos —art. 197 bis LSC—; cómputo de votos de socios en conflicto de intereses —art. 190 LSC—, no alcanzar las mayorías exigidas —arts. 198 a 201 LSC...).

Con la intención de reducir considerablemente las acciones de impugnación de acuerdos sociales, el artículo 204 LSC introduce supuestos de improcedencia de su impugnación de acuerdos sociales, admitidos ya por la jurisprudencia, como los defectos en la adopción de acuerdos por incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, salvo que dicha información 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. 204.3. b) LSC].

Tampoco se considera defecto relevante que impida la impugnación de acuerdos sociales la participación en la Junta de personas no legitimadas, salvo que su participación haya sido determinante para la válida constitución del órgano [art. 204.3. c) LSC] y la invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo sea determinante para la consecución de la mayoría exigible [art. 204.3 d) LSC], es decir, que supere la llamada «prueba de resistencia»<sup>56</sup>.

La conservación de los acuerdos sin defectos graves y sin perjuicio a la mayoría y a la buena fe de los socios en la impugnación son los argumentos fundamentales de la reforma sobre la impugnación introducida por los artículos 206.5 y 204.3 a) de la LSC.

## 2.2. *Sujetos obligados a realizar la denuncia previa de los defectos formales*

Debemos analizar quiénes son los sujetos que han tenido ocasión de denunciar los defectos formales de la convocatoria, de la constitución de la Junta general o de la adopción de los acuerdos sociales, puesto que el artículo 206.5 de la

---

<sup>56</sup> Tampoco procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro que puede ser adoptado antes o después de interpuesta la demanda de impugnación (art. 204.2 LSC) y ante la mera infracción de los requisitos procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la Junta y del Consejo para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relevante [art. 204.3 a) LSC]. La referencia a los reglamentos de la Junta y del Consejo, obligatorios en las sociedades cotizadas, es nueva.

LSC establece que no podrá alegar defectos de forma «*quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos*» no lo hubiera hecho.

La norma no exceptúa a nadie y por ello podemos afirmar que se refiere a todos los legitimados para el ejercicio de la acción de impugnación (administradores, terceros y socios). Podrán denunciar los defectos de forma todos los sujetos enumerados en la Ley, pero tendrá mayor efectividad, por el momento en que puede realizarse la denuncia, la del socio y la del administrador.

La denuncia es necesaria para que el sujeto que la realiza logre que su acción prospere, pero en el caso del socio-denunciante que se une a otros socios para alcanzar conjuntamente el porcentaje legal para poder impugnar el acuerdo también beneficia a los restantes socios agrupados.

En el caso de la convocatoria de la Junta general, será raro que los administradores realicen la denuncia previa del defecto formal, pues ellos son los competentes para convocar la Junta general y establecer el orden del día (arts. 166 y 167 LSC)<sup>57</sup>. Si aprecian un defecto o error en la convocatoria deben proceder a subsanarlo antes de la celebración de la Junta general.

También será muy extraño que un tercero pueda acreditar interés legítimo en la convocatoria de una Junta general.

La norma se refiere principalmente, aunque no lo dice expresamente, a los socios asistentes a la Junta (presentes, representados o asistentes remotos) y a los administradores asistentes, pues ellos son los que tendrán la ocasión de denunciar los defectos formales. Pero ello no significa que exija la asistencia a la Junta general, ni que el socio que denuncia no pueda participar en la votación de los acuerdos, ni impida su legitimación activa<sup>58</sup>.

Los socios no asistentes a la Junta general podrán impugnar los acuerdos de conformidad con los artículos 204 y siguientes de la LSC, pero no existirá denuncia previa, pues no han tenido ocasión de denunciar los defectos. Lo que pretende

---

<sup>57</sup> Los administradores serán los competentes para eliminar el defecto del complemento de la convocatoria con la inclusión de un nuevo punto del orden del día (art. 172 LSC).

<sup>58</sup> Véase la STS de 23 de julio de 2010 (RJ 2010,6570) en la que, ante la alegación de la vulneración de la doctrina de los actos propios, al haber recogido una socia los balances y cuentas sociales sin haber puesto tacha a su legibilidad, con lo que se vulneran los artículos 7.1 del CC y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que requieren la existencia de buena fe en las relaciones entre las partes; afirma que «la doctrina de los actos propios, en cuya virtud la persona que realiza una conducta con significación inequívoca de vincularse jurídicamente en un determinado sentido no puede posteriormente contradecirla válidamente, no es aplicable a los supuestos de falta de protesta inmediata por el incumplimiento o irregular cumplimiento de un deber jurídico por otra persona».

lograr la norma es que quien pudo evitar que el acuerdo se adoptase al existir un defecto formal lo haga y que la Junta general no adopte ese acuerdo o no tenga que subsanarlo posteriormente.

La norma sigue el refrán «quien calla otorga», es decir, «*quien no presenta objeción alguna y se mantiene callado da a entender que muestra su aprobación a lo que se ha propuesto*». La existencia de la denuncia previa y de la representación, individual o conjunta, al menos, del uno por ciento de capital requerido por la Ley deberá probarlas el impugnante para demostrar su legitimación para impugnar.

El socio que denuncia los defectos formales, antes de reunirse la Junta, lo que hace es solicitar la subsanación de errores para que la Junta quede convocada correctamente y celebrarse sin problemas<sup>59</sup>.

Los socios asistentes (presentes, representados o asistiendo remotamente) y los administradores también tendrán ocasión de denunciar la constitución con defectos de la Junta general y la adopción irregular de los acuerdos. Estos podrán realizar la denuncia *in situ*, en la sesión, cuando el presidente se disponga a declarar la Junta válidamente constituida o ya la haya declarado. La finalidad de la denuncia es oponerse a esa declaración o manifestar su oposición a la declaración realizada.

El defecto formal tiene que ser relevante para la celebración y constitución de la Junta o la adopción del acuerdo [art. 204.3. a) LSC]<sup>60</sup>, pero si los socios han adoptado el acuerdo sin perjuicios e indefensión para nadie, o si el acuerdo adoptado no pasa la prueba de resistencia [art. 204.3. d) LSC], si la participación de persona no legitimada no ha sido determinante para la constitución del órgano [art. 204.3. c) LSC], la información no facilitada o incorrecta no ha sido esencial para el ejercicio del derecho de voto o derecho de participación [art. 204.3. b) LSC], no prosperará la acción de impugnación ejercida por persona legitimada pese acreditar la denuncia previa de los defectos formales. Es decir, se defiende la estabilidad societaria y el mantenimiento de los acuerdos sociales en beneficio de la seguridad jurídica y la confianza del mercado.

---

<sup>59</sup> Los socios, antes de la celebración de la Junta general, pueden haber solicitado la subsanación de errores o defectos formales en el anuncio de la convocatoria que aparezca en el texto del anuncio elaborado por los administradores y publicado en la *web*, en el BORME (art. 427 RRM) o en un diario.

<sup>60</sup> En las Conclusiones de las jornadas de magistrados especialistas en mercantil de Navarra figura la de que «sin perjuicio de dejar que sea la jurisprudencia la que en cada caso vaya perfilando el concepto de “relevante”, será un vicio o defecto relevante de convocatoria o de constitución de la Junta cuando afecte a derechos esenciales del socio, como el derecho de asistencia y voto».

### 2.3. *El momento oportuno y la forma de la denuncia previa de los defectos de forma*

El «momento oportuno» para la denuncia previa será distinto según se trate de defectos de forma en la convocatoria, en la constitución del órgano o en la adopción del acuerdo. En el supuesto de defectos en la convocatoria, el momento oportuno para denunciarlos es al iniciarse la sesión de la Junta, antes que el presidente la declare constituida. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia que aplicó la legislación anterior, pues negó la acción para impugnar los acuerdos sociales a los asistentes a la Junta que no denunciaron los vicios de la convocatoria y de su constitución al iniciarse o al abrirse la sesión de la Junta general.

El presidente de la Junta puede no dejar hablar al socio antes de haberse iniciado la sesión y declarar constituida la Junta. Por ello es aconsejable que se utilice la forma escrita para la denuncia previa, con documento fehaciente presentado ante la mesa de la Junta, con el fin de que quede constancia.

En el caso de la constitución del órgano habrá que presentar la denuncia ante la mesa de la Junta (art. 191 LSC) o ante el presidente y el secretario del Consejo de administración. En el escrito se hará constar que se han incumplido los requisitos formales de constitución del órgano (defectos en la formación de la mesa —art. 191 LSC, en la lista de asistentes y en el derecho de asistencia —arts. 179 a 182, 189 y 192 LSC, en la representación de los socios —arts. 193 a 187 LSC, en el quórum de constitución en la sociedad anónima —arts. 193 y 194 LSC).

En los demás casos, la denuncia debe presentarse cuando se manifiesten los defectos. Por ejemplo, ante los defectos en la adopción de acuerdos (ej., voto de socios en conflicto de intereses —art. 190 LSC, defecto en la votación separada de asuntos —art. 197 bis, defecto en el cómputo de las mayorías — arts. 198 a 201); el momento oportuno puede ser antes de votarse o una vez que se ha votado y se han contado los votos.

La LSC no regula la forma en que debe presentarse la denuncia previa por defectos de forma en el procedimiento de adopción del acuerdo, tanto en la convocatoria de la Junta general como en la constitución del órgano o en la adopción del acuerdo. Sin embargo, el artículo 97.1. 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del RRM exige que en el acta consten los datos relativos a la convocatoria. Un dato relevante sobre la convocatoria sería que uno o varios socios considerasen que la Junta general no ha sido convocada correctamente, pues adolece de defectos formales que pone de manifiesto la denuncia previa.

El artículo 97.1. 5.<sup>a</sup> del RRM dispone que consten en el acta de la Junta las intervenciones de las que se haya solicitado constancia y la denuncia previa oral se pedirá que conste en acta con el fin de demostrar su existencia. Y si bien puede

presentarse a la mesa de la Junta un escrito con la denuncia previa, es más normal que se intervenga oralmente y se pida que conste en el acta la denuncia previa por defectos formales.

Si se denuncia la convocatoria antes del inicio de la sesión habrá que hacer constar mediante un documento fehaciente que se realizó la denuncia (ej., burofax enviado al órgano de administración). Pero si no se celebra la reunión, no habrá nada que impugnar.

Los socios y los administradores, legitimados para impugnar los acuerdos, tendrán derecho a solicitar una copia del acta para poder justificar que realizaron la oportuna denuncia. La carga de la prueba de la denuncia previa y oportuna compete al impugnante, que podrá aportar copia del acta, pero también grabación de la Junta (ej., Junta que se transmite *on line*) o prueba de testigos.

### **3. Derecho de resarcimiento del daño ocasionado por el acuerdo impugnabile**

El artículo 206.1, *in fine*, de la LSC reconoce al socio que no alcance el porcentaje legal o estatutario para la impugnación de acuerdos sociales el derecho al resarcimiento del daño que le ha ocasionado el acuerdo impugnabile. Es decir, cuando el socio no puede impugnar el acuerdo por falta de legitimación.

El legislador parece haber seguido el ejemplo del artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales y de los artículos 197.5 y 204.2, *in fine*, de la LSC. En estos casos, el legislador prevé el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el acuerdo ante la imposible impugnación de la fusión (artículo 47.1 LME), la vulneración de la información (artículo 197.5 LSC) y el acuerdo dejado sin efecto o sustituido por otro válido (artículo 204.2, *in fine*, de la LSC). Pero en el caso que nos ocupa (artículo 206.1, *in fine*, LSC), el acuerdo sí es impugnabile por otros socios o legitimados, aunque el socio que no alcance el porcentaje legal no lo pueda impugnar<sup>61</sup>.

Se reconoce una acción resarcitoria, que no exige ejercer la acción de impugnación, pero que tiene o puede tener una gran dificultad y complicación la prueba del daño patrimonial producido. Es una alternativa o remedio compensatorio que permite la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por un acuerdo que no se puede impugnar por el socio que ejerce la acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

---

<sup>61</sup> En el caso de un socio legitimado para impugnar el acuerdo deberá impugnar el acuerdo solicitando su invalidez y, si lo desea, reclamar los daños que dicho acuerdo le haya podido originar. Pero será necesaria la previa declaración de invalidez del acuerdo.

El reconocimiento de este derecho de resarcimiento del socio que no alcanza el porcentaje de capital puede dar lugar a pactos con la sociedad para evitar acudir a los tribunales.

No es necesario que el acuerdo se haya impugnado por otros sujetos legitimados, ni declarado inválido por el juez. Estamos ante acciones independientes. El juez que conoce de la acción de resarcimiento deberá declarar que existe el daño al socio que solicita su resarcimiento y la sociedad deberá pagar los daños ocasionados por el acuerdo, dado que es lesivo para el patrimonio del socio que no puede impugnarlo.

Podrá suceder que el acuerdo no se impugne por nadie y que el juez se pronuncie sobre la lesión ocasionada por el acuerdo, pero sólo a los efectos de resarcir los daños al socio que no pudo impugnar. El acuerdo no será declarado ineficaz, pues ello no figurará en el *petitum* de la demanda.

Sin embargo, también podría suceder que se impugne el acuerdo por socios legitimados y a su vez se ejercite la acción de indemnización de daños por el socio que no puede alcanzar el porcentaje para la legitimación de la impugnación. En este caso, en virtud del artículo 43 de la LEC, y si no fuera posible la acumulación se podrá decretar la suspensión de actuaciones hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

La norma plantea varias dudas:

1.<sup>a</sup> ¿Es indemnizable cualquier tipo de daño o solo los daños patrimoniales? Son indemnizables los daños patrimoniales, pues estamos ante una acción para lograr la compensación por el perjuicio patrimonial ocasionado por el acuerdo impugnado a quien no puede impugnarlo por no alcanzar el porcentaje exigido.

2.<sup>a</sup> ¿Esta acción de indemnización puede ser acumulada a la acción de impugnación? La naturaleza de dicha acción nos lleva a responder negativamente. La norma deja claro que se trata de un derecho reconocido a «quien no puede impugnarlo por no alcanzar el porcentaje exigido». La norma no está pensando en el socio que sí alcanza el porcentaje y no quiere ejercitar la acción de impugnación, pero sí el resarcimiento de daños y perjuicios<sup>62</sup>. La acción de impugnación y la acción de resarcimiento del artículo 206.1, *in fine*, de la LSC son incompatibles. Un mismo sujeto no podrá interponer las dos acciones (art. 71 LEC).

---

<sup>62</sup> Algún autor, como QUIJANO («Bases...», cit., pág. 285), se pronuncia sobre la posibilidad de acumular, por ser compatibles, la facultad de impugnar y la de reclamar el daño, pero al ejercitar la acción de impugnación.

En virtud del artículo 72 de la LSC, sí cabría que varios socios que no pueden impugnar ejerciten la acción de resarcimiento (acumulación subjetiva de acciones), pues entre esas acciones existe un nexo por razón del título o causa de pedir.

La norma parece que aboga por la permanencia del acuerdo, pero protege al socio lesionado por el mismo. No tiene en cuenta si el acuerdo se ha impugnado por otros socios, si se ha declarado o no contrario a la ley, o que si se opone a los estatutos o al reglamento de la Junta.

Finalmente debemos señalar que la caducidad de la acción de indemnización no será la establecida por el artículo 205 LSC para la acción de impugnación (un año), pues no es una acción de ese tipo. Por ello, según lo dispuesto por el artículo 947 CCom., la caducidad será de tres años.

## II. LEGITIMACIÓN PASIVA

### 1. La sociedad

Cuando se impugna un acuerdo de la Junta general o del Consejo de administración se impugna un acuerdo de la sociedad, por ello es ésta la legitimada pasivamente. Así lo dispone el párrafo 3 del artículo 206 de la LSC al establecer que *«las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad»*<sup>63</sup>.

La representación de la sociedad en juicio le corresponde a los administradores (art. 233.1 LSC) y, si la sociedad estuviera en la fase de liquidación, le corresponde a los liquidadores (art. 375.2 LSC)<sup>64, 65</sup>.

La competencia para nombrar representante es de la Junta general. Ésta puede haber realizado el nombramiento con carácter general o preverlo en una cláusula estatutaria. Pero también puede suceder que no exista dicha previsión y se produzca el nombramiento cuando se adopte el acuerdo impugnado o en una Junta posterior. Dicho nombramiento puede recaer en un socio o en un tercero.

---

<sup>63</sup> Véanse las SSAP de Madrid de 24 septiembre de 2012 (JUR 2012, 358275) y de Alicante de 3 de abril de 2014 (JUR 2014, 155862).

<sup>64</sup> En la sociedad anónima europea constituida en España, que se haya decidido por el sistema dual de administración, la representación de la sociedad corresponde a la dirección (arts. 477, 478 y 479 LSC).

<sup>65</sup> Nada impide que se impugnen los acuerdos de una sociedad en concurso o de una sociedad cancelada registralmente. Véase FARRANDO, I.: «El nuevo régimen de la legitimación de la impugnación de acuerdos sociales (art. 206.1 a 4 LSC)», cit., págs. 415 a 452, y MARTÍNEZ FLOREZ, A., RECALDE CASTELLS, A.: «Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital», en VV. AA. *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias Prada* (Dir. J. García de Enterría), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 589 a 738.

Cuando el impugnante (administrador único, administradores mancomunados o todos los administradores de la sociedad) ostenta la representación exclusiva de la sociedad es necesario nombrar otro representante de ésta<sup>66</sup>. Así, el párrafo 3 del artículo 206 de la LSC prevé que si el demandante es a su vez el representante exclusivo de la sociedad demandada y la Junta no ha designado a nadie como sustituto para estos casos, será el juez de lo mercantil que conozca de la impugnación el que nombrará a la persona que ha de representar a la sociedad en el proceso. Pero dicho nombramiento se hará a uno de los socios que hubiera votado a favor del acuerdo impugnado.

El nombramiento judicial de representante de la sociedad únicamente podrá realizarse si se cumplen los dos requisitos establecidos en la norma: 1.º Administrador «representante exclusivo de la sociedad». 2.º Que la Junta «no hubiera designado a nadie a tal efecto».

Estamos ante un incidente de previo pronunciamiento (arts. 387 y 390 LEC). Admitida a trámite la demanda de impugnación del administrador, que debe comunicar al juez que es el representante exclusivo de la sociedad y comprobado por el juez que la sociedad no ha nombrado representante, procederá el nombramiento judicial. Ello exige que el juez tenga conocimiento de los socios que han votado a favor mediante certificación del acta donde consten los votos. Y parece lógico que se nombre a un socio que aún lo sea en el momento de la presentación de la demanda.

El socio será el representante de la sociedad en ese juicio y los gastos en el proceso son a cuenta de la sociedad. La LSC no toma en consideración si el socio puede negarse a ser nombrado, ni si su actuación necesita acuerdo previo de la Junta o si el socio puede allanarse sin autorización de la sociedad, pero es lógico afirmar que el socio-representante no podrá declinar el nombramiento, salvo que exista una causa justificada, y que debe actuar atendiendo las indicaciones e instrucciones de la sociedad, sobre todo si se trata de allanarse.

## **2. Intervención de los socios en defensa de la validez del acuerdo impugnado**

El apartado 4 del artículo 206 de la LSC prevé, por último, la posibilidad de que los socios que han votado a favor del acuerdo que ahora se impugna puedan intervenir en el proceso para mantener su validez, pero a su costa.

---

<sup>66</sup> Se trata de un supuesto anómalo, pues si un administrador impugna un acuerdo de la Junta es porque existe con anterioridad un problema o conflicto con la sociedad y previsiblemente esa situación se habría zanjado con el cese y la sustitución del administrador.

La intervención voluntaria de los socios en el proceso de impugnación exige solicitud por su parte y admisión por el juez, al que se le deberá probar que el socio que quiere intervenir votó a favor del acuerdo impugnado<sup>67</sup>. Este socio será parte en el proceso y podrá defender las pretensiones presentadas por la sociedad con sus propias alegaciones<sup>68</sup>. También podrá continuar en la causa aunque la sociedad se aparte por cualquier motivo y podrá recurrir las resoluciones contrarias, incluso si la sociedad no lo hace.

Para la intervención adhesiva o intervención voluntaria bastará con acreditar ser titular de un interés directo y legítimo.

Pero, como afirma MASSAGUER<sup>69</sup>, el artículo 206.4 de la LSC es una norma innecesaria, dado que el artículo 13 de la LEC regula la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados y que el socio que votó a favor del acuerdo impugnado podrá acreditar su interés directo y legítimo en el resultado del pleito. Es decir, en el mantenimiento del acuerdo impugnado.

*(Trabajo recibido el 20/07/2017  
y aceptado para su publicación el 01/09/2017)*

---

<sup>67</sup> Mediante el acta de la Junta (arts. 202 LSC y 97 RRM) se podrá probar que el socio que quiere intervenir en el proceso votó a favor del acuerdo impugnado.

<sup>68</sup> Véase el artículo 13.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>69</sup> Ob. cit., pág. 266.

# **LA SOLEDAD DE LAS INSTITUCIONES (UNA APROXIMACIÓN A LA INCOHERENCIA DE NUESTRA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA)**

J. IGNACIO NAVAS OLÓRIZ

*Notario*

## **RESUMEN**

El presente trabajo aborda, desde una perspectiva de técnica jurídica, la creciente tendencia a la incoherencia de los subsistemas jurídicos en el Ordenamiento español.

Esta tendencia se aprecia fundamentalmente en todos aquellos subsistemas (hipotecario, consumo, inmobiliario, etc.) que son fronterizos con la economía en el derecho financiero.

La coherencia, como eje que vertebra la seguridad jurídica y, por ende, económica de un país, ha de ser principio inspirador de cualquier Ordenamiento jurídico.

Es un valor esencial de la seguridad y de la justicia.

**Palabras clave:** Titulización, participaciones hipotecarias, bonos, cancelaciones, ejecuciones hipotecarias.

# **THE LONELINESS OF INSTITUTIONS (AN APPROACH TO THE INCONSISTENCY OF OUR MORTGAGE LEGISLATION)**

J. IGNACIO NAVAS OLÓRIZ

*Notary Public*

## **ABSTRACT**

The present paper discusses, from the perspective of legal techniques, the growing trend towards inconsistency in the legal sub-systems in the Spanish legal system.

This trend is fundamentally visible in all those sub-systems (mortgage, consumer affairs, real estate, etc.) bordering on the economy in financial law.

Consistency as the axis structuring legal certainty and, therefore, economic certainty in a country has to be the principle inspiring any legal system.

It is an essential value for public safety and justice.

**Keywords:** Securitization, mortgage securities, bonds, cancellations, mortgage foreclosures

**SUMARIO:** I. LA COHERENCIA COMO EJE VERTEBRADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y REQUISITO IMPRESCINDIBLE PARA CONFORMAR UN SISTEMA JURÍDICO. 1. Introducción. 2. Justificación.—II. PLANTEAMIENTO Y PRECISIÓN DEL PROBLEMA. DATOS Y ACLARACIÓN DE CONCEPTOS. LA ECONOMÍA REGULADA. 1. Cesiones de créditos. 2. Titulizaciones. III. VAYAMOS A LO CONCRETO: EN BÚSQUEDA DE LA INCOHERENCIA. CESIÓN DE CRÉDITOS. 1. De su posibilidad. 2. De sus características. 3. Cuestiones que plantea la cesión de créditos desde una perspectiva documentalista.—IV. TITULIZACIONES. 1. Cédulas hipotecarias. Bonos hipotecarios. 2. Participaciones hipotecarias. 3. Instituciones con las que las figuras examinadas guardan parentesco en su naturaleza jurídica. Breve referencia a la novación. 4. Visión práctica. Resumen del supuesto y solución.—V. TITULIZACIONES *STRICTO SENSU*. 1. Regulación. 2. Un poco de historia. 3. Concepto. 4. Sociedades gestoras. 5. Fondos de titulación y sus compartimentos. 5.1. Activo de los fondos de titulación. 5.2. Modos de adquisición y transmisión de activos. 6. Riesgos del inversor. 7. Perspectiva documentalista.—VI. CONCLUSIONES.

## **I. LA COHERENCIA COMO EJE VERTEBRADOR DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y REQUISITO IMPRESCINDIBLE PARA CONFORMAR UN SISTEMA JURÍDICO**

### **1. Introducción**

He elegido este título con la intención de resaltar de un modo casi publicitario el problema en el que comienza a encontrarse inmerso nuestro sistema jurídico, el Ordenamiento Jurídico español, como consecuencia de la sucesiva descoordinación de sus instituciones.

El legislador debe enfrentarse a su tarea mirando de frente aquella realidad que quiere regular, y mirando de reojo al resto de las instituciones, al resto de la legislación. No puede ni debe perder de vista al resto del ordenamiento; la interrelación de las instituciones jurídicas no lo permite.

Nuestro sistema, como cualquier otro ordenamiento jurídico, es un sistema vivo, que se retroalimenta. Se podría comparar a un ecosistema, que, como es conocido, está compuesto de partes que interactúan dinámicamente entre ellas junto con los organismos, las comunidades que integran y también los componentes no vivos de su entorno. La visión integradora de la ecología plantea el estudio científico de los procesos que influyen en la distribución y abundancia de los organismos, así como las interacciones entre los organismos y la transformación de los flujos de energía. La visión integradora de nuestro Ordenamiento Jurídico plantea el estudio de los procesos que influyen en la producción jurídica, en la regulación legal y jurisprudencial de los seres humanos, así como las interacciones entre ellos y la transformación de esas relaciones en complejas relaciones jurídicas. En el ordenamiento hipotecario y, sobre todo, en el subsistema de titulizaciones, esta comparación es muy clara: se trataría de que el capital reclamado por los prestatarios para aplicarlo a la adquisición de sus viviendas (merca-

do primario) sea obtenido de la venta de títulos emitidos por las entidades y adquiridos por inversores (mercado secundario) que busquen una inversión rentable y segura. Y como en un ecosistema, también en el subsistema hipotecario se produce lo que se conoce como disbiosis, que es el nombre con el que se conoce el fenómeno que se da en nuestra zona digestiva que produce la alteración del equilibrio de las bacterias residentes en esa zona, muchas de ellas beneficiosas porque confieren integridad a la mucosa intestinal.

En pequeñas cantidades, las colonias microbianas se establecen en o sobre el cuerpo, siendo benignas o beneficiosas en la mayoría de los casos. Este beneficioso y adecuado tamaño de las colonias microbianas realizan una serie de funciones provechosas y necesarias. También protegen el cuerpo de la penetración de microbios patógenos. Estas colonias microbianas beneficiosas también compiten las unas contra las otras, de modo que ninguna colonia microbiana específica domina<sup>1</sup>. Consiguen un equilibrio.

En el subsistema hipotecario, la disbiosis consistiría en la pérdida del equilibrio entre las normas legales o jurisprudenciales, y los problemas sociales, pero el equilibrio derivado de ese primer desequilibrio no siempre es beneficioso para el cuerpo jurídico. Perdóneme el lector esta digresión ecológica-digestiva, pero es otra manera, distinta, de evidenciar las conexiones existentes en todos los Ordenamientos jurídicos.

Se legisla, a veces, de manera apresurada y al hilo de algún suceso de resonancia mediática, sin tener en cuenta el efecto colateral que la nueva legislación ejerce sobre las otras instituciones, lo que determina que, a veces, parezcan islas desiertas en el océano legislativo. Es lo que llamo la soledad de las instituciones.

## 2. Justificación

Los Ordenamientos jurídicos, contemplados en su totalidad y en su integridad, y con independencia del sistema en el que se encuadren (Common Law y Derecho Continental o compilado), tienen todos ellos, entre otras, la misión de dar una respuesta organizada y planificada a cualquier supuesto, e incluso resolver certeramente cualquier caso práctico que genere discrepancias o dudas de aplicación. El estudioso del Derecho valora la previsibilidad en la respuesta a cualquier problema que se plantee, como una de las características de la seguridad jurídica.

Esa respuesta, además de ser organizada, es decir, encuadrada en un *corpus iuris* determinado, por tanto localizada y localizable en algún sistema legal o

---

<sup>1</sup> es.wikipedia.org. 25/09/2017.

jurisprudencial, o en alguna costumbre que la ampare, ha de ser una respuesta planificada, es decir, ha de responder a una intención o decisión expresa y publicada del legislador o del órgano jurisprudencial; pero sobre todo ha de ser coherente con el resto de disposiciones legales o jurisprudenciales del Ordenamiento al que pertenezca. Y es con relación a este último requisito de coherencia donde se fundamenta la eficacia, justicia y previsibilidad de un Ordenamiento jurídico.

Un Ordenamiento jurídico puede reunir en sus respuestas las dos primeras características de ser respuestas organizadas y planificadas, pero si no ofrece la de la coherencia no puede ser ni justo, ni eficaz, ni previsible, y responderá con discrecionalidad, lo que le aleja de los ideales de justicia y seguridad y le acerca a la sorpresa, a la imprevisibilidad y, por tanto, al descontento social. Se trata, por hacer una frase que me sirva de emblema, de que un Ordenamiento jurídico considere importante el que se dé tratamiento de importante a lo que ha de considerarse importante.

Por tanto, se trata de que nuestro Ordenamiento jurídico, en su sentido integral, en su consideración de sistema, considere importante dar tratamiento de importante a lo que verdaderamente es importante, es decir, a la coherencia en el tratamiento y resolución de los problemas, lo que significa soluciones similares a problemas similares.

Un sistema jurídico ha de poseer dos características<sup>2</sup>: orden y unidad. El orden implica coherencia interna racionalmente captable. La unidad reconduce a unos principios básicos. «La exigencia del orden resulta sin más del reconocido postulado de justicia de que se ha de tratar lo igual de modo igual y lo diferente en proporción a su diferencia...» La unidad trata de garantizar que el Ordenamiento jurídico esté exento de contradicción.

Santi ROMANO (1857-1947), en *L'ordinamento giuridico*<sup>3</sup> expuso su doctrina pluralista, al considerar que toda manifestación social, por el mero hecho de serlo, estaba dotada de dimensión jurídica.

ROMANO considera al Derecho como un ente superior resultante de la abstracción y unificación de las conciencias individuales, de los miembros de la sociedad. El Derecho no está integrado sólo por normas, sino por otros variados elementos, entre los que se encuentra la propia sociedad. Esta concepción supuso una bocanada de aire fresco en el ambiente jurídico de la posguerra, dominado por la concepción positivista (aún vigente en nuestra patria), que consideraba el Derecho como formado por la suma o totalidad de sus normas. Éstas resultan

<sup>2</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm: *El sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, 1998.

<sup>3</sup> ROMANO, Santi: *L'ordinamento giuridico*, 1917.

aplicables *per se*, con independencia de la conciencia individual y de la conformidad de quienes deben observarlas.

Su aportación supuso un duro golpe para los partidarios del dogma positivista de la estatalidad del Derecho.<sup>4</sup>

ROMANO no quiso referir tampoco su concepto de Derecho a las relaciones jurídicas que se establecen entre los distintos sujetos o entre las distintas entidades. El Ordenamiento jurídico para ROMANO es una entidad con sustantividad propia, una unidad de distintos elementos que, implicando la existencia de relaciones, no queda reducido a ellas, sino que configura el marco para que tales relaciones se manifiesten y desarrollen dentro del ámbito de la juridicidad.

Para Santi ROMANO el Ordenamiento jurídico como institución tiene como elementos esenciales: la sociedad (sólo los grupos organizados producen su propio Derecho); el orden social (toda manifestación social aparece ya ordenada para la consecución de un fin que viene determinado por el Derecho, por lo que se excluye la arbitrariedad y la fuerza); y la organización (el Derecho antes que norma es organización, es estructura, posición de la sociedad misma en que se manifiesta. La organización es anterior a las normas, que sólo es una de sus manifestaciones).

Parece claro que, según la teoría institucionalista, el Estado no tiene el monopolio de la creación de normas jurídicas y que grupos sociales no estatales organizados pueden generar su propio Derecho. Toda manifestación de convivencia humana es jurídica y ha de estar, por tanto, regulada por el Derecho. Al identificar toda clase de sociedad organizada como institución sólo quedan excluidos de tal concepto las manifestaciones individuales de los miembros de la sociedad.

Esto nos conduce a estimar y valorar la fuerza expansiva del Ordenamiento jurídico, que actuaría como gas que rellena la esfera en la que una determinada organización social se desarrolla y vive. Esa fuerza expansiva determina, entre otras consecuencias, la inexistencia de vacíos reguladores y la capacidad de autorregulación de las Organizaciones sociales.

Cada institución cuenta con su propio Derecho objetivo, con un Ordenamiento jurídico peculiar, y el Estado está siempre vinculado a un Ordenamiento jurídico determinado que representa al régimen estatal.

Lo que me interesa de la teoría de Santi ROMANO es, además de su posición alternativa al positivismo normativista, su idea de la unificación por el Derecho

---

<sup>4</sup> GARCÍA MIRANDA, Carmen: «La Unidad en el concepto de Ordenamiento Jurídico de Santi Romano», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, 1998.

de los elementos que integran la Institución. Esa unidad delimitada y permanente de los elementos, cohesionados y organizados por el Derecho, determina que éste no pierda su integridad al cambiar sus elementos concretos.

La Institución se renovarí, pero continuarí siendo la misma y mantendrí siempre una entidad propia, independiente de aquellos elementos que le dan vida.

Es la función organizadora del Derecho lo que dota de estabilidad a los elementos que unifican en la Institución. Yo añadirí que lo que le dota, además, de coherencia.

En opinión de MARTÍN RETORTILLO<sup>5</sup>, Santi ROMANO, con su tesis ordinamental, abre el camino para afrontar nuevos y viejos problemas, máxime si consideramos que la línea por la que en nuestros días marcha la ciencia del Derecho es, fundamentalmente, la que con su genial agudeza intuyó hace ya medio siglo Santi ROMANO, de modo especial al referirse a los dos puntos de su construcción que han de ser realizados: insuficiencia, por una parte, del orden positivo para explicar en su totalidad el orden jurídico; por otra, la consideración que el precepto jurídico debe recibir como resultado del Ordenamiento general, en conexión con el cual debe explicarse y aplicarse.

Por otra parte, para autores más actuales, como HABERMAS<sup>6</sup>, las normas expresan un acuerdo existente en un grupo social. Todos los miembros de un grupo para los que rija determinada norma tienen derecho a esperar que en determinadas ocasiones o situaciones se ejecuten u omitan, respectivamente, las acciones obligatorias o prohibidas. El concepto central de observancia de una norma significa el cumplimiento de una expectativa generalizada de comportamiento. (Este modelo normativo de acción es el que subyace a la teoría del rol social).

Históricamente, el marco legal mediante el cual los sujetos privados se dan un orden autorregulador de sus actuaciones, fue ganando sistematicidad con la aparición del orden jurídico codificado, el cual dista mucho de lo que significó para el derecho romano la codificación del emperador Justiniano. No es una simple compilación de normas y principios agrupados en un solo texto legal; el código moderno recoge y unifica toda la normativa institucionalizada en torno a las materias específicas de actuación y de intercambio comercial; los sujetos se atienen a una normativa sistematizada, no dispersa, simplificada. Pero además la codificación normativa moderna implica la instauración de principios y de reglas

---

<sup>5</sup> MARTÍN RETORTILLO, Sebastián: «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi ROMANO y algunas de sus aplicaciones en el campo del derecho administrativo», *Revista de Administración pública* núm. 39, 1962.

<sup>6</sup> HABERMAS: *Teoría de la acción comunicativa*, 1981, cit. en NAVAS OLORIZ, José Ignacio: «Seguridad jurídica y deontología. Una aproximación a la Lex Artis notarial», *Escritura pública: Ensayos de actualidad*, Consejo General del Notariado, 2006.

de interpretación técnico-jurídicas que propician la estabilización del sistema jurídico-económico, el cual requiere de un órgano especializado del Estado para su aplicación, cuya responsabilidad recae en los Tribunales de Justicia técnicamente capacitados y dotados de herramientas prácticas y teóricas para cumplir eficientemente con su misión estabilizadora del sistema concurrencial; más aún, capaces de garantizar la seguridad jurídica del sistema calculista, limpiándolo de ambigüedades.

La calculabilidad —como objetivo de la codificación— es una exigencia de la producción mercantil: el empresario precisa saber de antemano el costo de producción de los bienes, el de su circulación en el mercado y los costos transaccionales.

Estos últimos dependen principalmente del derecho, pero indirectamente también dependen de él los otros dos. La exigencia de calculabilidad se traduce en el plano del derecho en la exigencia de seguridad jurídica.

Es lo que, en términos más familiares para nosotros, los notarios, hemos venido llamando previsibilidad. Cualquier sujeto que se aproxime a un notario solicitando su ministerio lo hace *previendo* un resultado, que la propia práctica notarial se encarga de confirmar y ratificar como *previsible*.

Adelanto parte de mi pensamiento señalando que a mi parecer la deseada capacidad de autogestión normativa que, según HABERMAS, reclaman los agentes sociales de manera que se les «entregue acabadamente... su propia capacidad de autorregulación y de juridificación de las relaciones que se suscitan en el ámbito de la esfera privada», capacidad que se expresaría en «normas (que) expresan un acuerdo existente en un grupo social» y que a través de la codificación llega a perfilarse como una exigencia de calculabilidad, no puede quedar excluida la ética o la moral, pues no lo está en el universo jurídico-económico en el que se desarrolla e influye la autogestión normativa.<sup>7</sup>

Siguiendo con aquella primera reflexión, la ética debe ser la inspiradora del fondo de cultura profesional, que encontrará su acomodo al ejercicio de esa profesión en la deontología que proporciona las reglas inmediatas aplicables a ese concreto trabajo y que variarán en función del mismo.

Dicho de otro modo, la ética ofrece el marco, los criterios; la deontología, las herramientas, la norma definida.

HABERMAS mantiene que la pretensión de legitimación del derecho positivo no puede agotarse en la validez moral. Una norma jurídica es tal en la medida en

---

<sup>7</sup> NAVAS OLÓRIZ, José Ignacio: «Seguridad jurídica y deontología. Una aproximación a la Lex Artis notarial», *Escritura pública: Ensayos de actualidad*, Consejo General del Notariado, 2006.

que se agrega un componente empírico, el de su imposición a todas las personas por igual. Ya tenemos de nuevo a la coherencia como condición imprescindible de legitimación y aplicación de la norma.

A todo lo señalado he de añadir otro de los más altos valores de un sistema: la seguridad jurídica, pero no entendida en sentido material de solución previsible, que también, sino en el sentido que le concede CANARIS<sup>8</sup> en su obra ya citada, y que supera y desborda aquél; me estoy refiriendo al sentido de tendencia que «fuerza, en casi todas sus formas —ya sea como cognoscibilidad y previsibilidad del derecho, como estabilidad y continuidad de la legislación y la jurisprudencia o simplemente como practicabilidad de la aplicación del derecho—, a la formación de un sistema, pues todos esos postulados pueden ser mucho mejor cumplidos a través de un derecho consecuentemente ordenado, dominado por pocos principios abarcables, es decir, un derecho orientado al sistema, que por una inabarcable pluralidad de normas particulares inconexas y, con ello, fácilmente susceptibles de contradecirse».

Bien: por un lado —ROMANO<sup>9</sup>—, y por otro —HABERMAS<sup>10</sup>—, llegamos a un fenómeno insuficientemente estudiado y de gran actualidad: la autogestión social. El cambio vertiginoso de los paradigmas sociales y religiosos, que ha propiciado la globalización y la inmediatez entre la noticia y sus consecuencias, junto a su enorme difusión a través de las nuevas tecnologías (Internet, Facebook, Twitter, etc.), ha generado nuevos comportamientos, nuevas costumbres y nueva normativa, en un sentido amplio, tal y como indica ROMANO, pero también en sentido estricto, como defendería cualquier jurista positivista español. Nueva normativa que va dictándose en función de las necesidades y exigencias evidenciadas por esa autogestión social.

Así nos encontramos, de una parte y de nuevo, con la insuficiencia del orden positivo para explicar en su totalidad el orden jurídico; y por otra, la consideración que el precepto jurídico debe recibir como parte integrante del Ordenamiento general, en conexión con el cual debe explicarse y aplicarse. Estos aspectos deberían ir orientados hacia la creación de un Sistema jurídico coherente.

Lo cierto es que en nuestro Ordenamiento jurídico hay disfunciones e incoherencias en algunas de las respuestas que el Derecho Jurisprudencial ofrece, al responder de manera diferente a problemas similares o incluso iguales en su esencia jurídica. Esa diversidad de respuestas que reciben problemas idénticos, según quien sea el órgano judicial que responde al problema planteado, constituyen por sí mismas una anomalía, una excrecencia de una norma legal mal diseñada, mal planificada y absolutamente incoherente con el resto del Ordenamiento.

---

<sup>8</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm: *op. cit.*

<sup>9</sup> ROMANO, Santi: *op. cit.*

<sup>10</sup> HABERMAS: *op. cit.*

No quiero decir con esto que la respuesta ha de ser siempre la misma, pues acabaríamos sustituyendo a todos los operadores jurídicos por máquinas expendedoras de títulos, sentencias y resoluciones. No, la diversidad y la diferencia están presentes en las células del sistema jurídico, y a esa diversidad deben su aplicación. Se trata solamente de que la incoherencia no se presente en la regulación y desarrollo de una Institución, en esa acabada, desarrollada y publicada regulación normativa.

Los notarios, de esto sabemos un poco. El Derecho se nutre de hechos jurídicamente relevantes, un contrato celebrado sin testigos, en la estricta y privada intimidad contractual, sin evidencia social, sin que nadie más tenga noticia del mismo, no constituye un dato jurídico observable, y por tanto poco importa al Derecho; por ello, si quiere hacerse valer e imponer su contenido, será necesaria su publicidad a través de los mecanismos que el Derecho ha determinado para su eficacia frente a terceros. Pero si aquel contrato es objeto de corroboración por parte de otras personas —jueces o notarios—, salimos de inmediato del terreno de los hechos y de las obligaciones morales para entrar en el de los títulos jurídicos.

El juez casi siempre ignora los hechos, sabe de ellos lo que dicen las partes en el proceso, e incluso en aquellos casos en los que el juez comprueba por sí mismo la realidad de un hecho —por ejemplo, los linderos de una finca—, tiene que acudir, necesariamente, a ese referente corroborador que es el título. Así son las cosas. Será necesario que compruebe la realidad de esa finca. La apariencia de los hechos puede no corresponderse con la realidad del derecho. De aquí la enorme importancia de la coherencia regulatoria que ampara la elaboración de ese título.

Por otro lado, el Derecho constituye —pero no solo eso— una colosal herramienta de pacificación de la contienda a través del orden social diseñado por la propia norma jurídica. El coste económico y social de la controversia o contienda judicial es enorme. El Derecho trata de evitar ese coste mediante la prefiguración de controles rigurosos de carácter preventivo: los notarios, a los que sitúa en la vanguardia de ese orden social.

Una parte importante de ese orden se auto-realiza dialécticamente a través de las sentencias de los tribunales. Primero es la norma y después la sentencia, la resolución judicial que en cuanto resulta pacificadora o resolutoria se hace derecho en sentido real e individual para quienes ha sido dictada. Pero la norma solo indica o regula. Es la libertad del ciudadano la que determina su cumplimiento o incumplimiento y éste último determina, en definitiva, su análisis por el juzgador, quien a la hora de realizar tal análisis habrá de tener en cuenta otra serie de datos y normas cuyo incumplimiento o aceptación puede no haber estado debatido. Volvemos con ello a los títulos jurídicos. De ahí la enorme importancia que para la aplicación eficiente del Derecho a través del título, y para la resolución de los conflictos por los tribunales de justicia, tiene la coherencia del sistema.

Una gran parte de los filósofos del derecho del siglo pasado y del actual, como OLIVECRONA<sup>11</sup>, afirman que «lo que realmente interesa en los litigios es el título legal y no el derecho. En nuestra ideación, el derecho se concibe como algo creado por el título, algo que se ubica entre el título y la sentencia y que constituye el fundamento inmediato de ésta», así pues esos títulos o «equivalentes jurídicos» parecen definitivos en la resolución del litigio.

Entre el mero ocupante y quien exhibe escritura de propiedad prevalecerá la razón de este último. La escritura se muestra como un dato observable para el juzgador que le muestra una evidencia jurídica acerca de un hecho sobre el que tiene que juzgar y sentenciar. Ha de ser, por tanto, fiable y descansar en regulaciones coherentes y fiables.

Es cierto que en el escenario constituido por las desigualdades que las relaciones económico-sociales generan, y su contrapunto: el afán político falsamente igualatorio, se puede producir el espejismo de que existe la voluntad de corregir o compensar los desequilibrios que los abusos en el consumo de bienes o servicios producen. Se trata, es cierto, de un espejismo, de un reflejo de esas continuas y sucesivas apariencias jurídicas que son ilusiones políticamente convenientes, que se nos muestran como nuevas realidades de hecho, que el derecho trata de legitimar o perseguir. Anhelamos una regulación que evite los conflictos, pero creamos la ilusión de que los conflictos son nuevos y hace falta más regulación. Es el mito de Sísifo, en el que la piedra es sustituida por la norma o por el conflicto. El incumplimiento, por muy perfeccionado que sea el Ordenamiento jurídico, siempre será posible.

Quizá se trate de otra manifestación de lo que John GRAY llama, en su libro «El alma de las marionetas», el conflicto interior, ese aspecto singularmente humano consistente en buscar la satisfacción de nuestros deseos, maldiciéndolos al propio tiempo.

Lo cierto es que sea o no deseado, ese proceso dialéctico entre la nueva norma y las viejas instituciones se produce con cierta frecuencia, dando lugar a disfunciones y desigualdades en su aplicación que evidencian una grave incoherencia.

Estas disfunciones, ¿reflejan una resistencia del órgano judicial a la adecuación de la norma a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada? ¿Se trata de una invasión en la independencia judicial, por principios que tienen una sola, excluyente y, sobre todo, conveniente interpretación? ¿O simplemente se trata de una aplicación forzosamente equivocada de unas normas insuficientes e incoherentes, a las que se contempla en su aparente soledad? Trataré de dar respuesta a estas interrogantes a lo largo de este trabajo.

---

<sup>11</sup> OLIVECRONA, K.: *Lenguaje jurídico y realidad*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.

## II. PLANTEAMIENTO Y PRECISIÓN DEL PROBLEMA. DATOS Y ACLARACIÓN DE CONCEPTOS. LA ECONOMÍA REGULADA

El sistema de ejecución hipotecaria español bien podría denominarse: sistema de incertidumbres en la ejecución hipotecaria. Es un ordenamiento, en algún aspecto, contrario al principio de equilibrio económico y procesal. Hay quien le denomina, injusta y pomposamente, haciendo de la parte el todo, excrescencia procesal de un sistema dominado por una sola de las partes del binomio hipotecario. En fin, podríamos denominarlo con toda una serie de epítetos de escasa utilización en un trabajo jurídico tradicional, pero que han de tener su entrada desde una concepción global del Ordenamiento jurídico, desde una perspectiva sociológica de la norma jurídica.

Las sentencias dictadas por el TJUE y el TS han sentado una doctrina general en materia de constitución de hipotecas y de ejecución hipotecaria absolutamente nueva, si bien las normas legales en las que se basaba toda la doctrina anterior siguen inalteradas. Es una prueba concluyente de la incoherencia de un sistema que lucha por renacer y encontrar su equilibrio.

Hay quien afirma que la protección del consumidor se ha situado por encima de la seguridad jurídica. Esa es, aparentemente, la imagen que esas sentencias a las que luego me referiré producen. Pero los tiempos de cambio, sobre todo en un Ordenamiento jurídico como el español, que ha de convivir y, en ciertos supuestos, subordinarse al Ordenamiento jurídico europeo, producen esos efectos.

La Resolución de 1 de octubre de 2010 se sitúa por la mayoría de los comentaristas en el inicio del cambio. La DGRN nos tiene acostumbrados a una interpretación táctica de las normas, pero en este caso atribuyó al registrador funciones calificadoras que en el paroxismo del nuevo principio alumbrador de la legislación hipotecaria, es decir, el de la protección del usuario y consumidor, habrían de haber sido atribuidas asimismo al notariado, en aras de un elemental principio de la coherencia.<sup>12</sup>

La Directiva 13/93 y las sentencias del TJUE exigen un control preventivo de abusividad. Pero la literalidad del artículo 12 de la LH y del artículo 84 de la LDCyU ponen en evidencia esa incoherencia a la que antes me refería. ¿Protección del consumidor vs. seguridad jurídica?

Antes, y me estoy refiriendo a los años noventa del pasado siglo XX, resultaba enormemente difícil obtener resultados jurisprudenciales de defensa de los dere-

---

<sup>12</sup> Una referencia más amplia de esta Resolución se encuentra en PÉREZ HEREZA, Juan: «La nueva doctrina hipotecaria en relación a la protección del consumidor en los préstamos hipotecarios», *El Notariado del siglo XXI*, núm. 70, 2016.

chos del usuario o consumidor. En la Jurisprudencia primaba la aplicación acrítica del principio constitucional de Libertad de Empresa sobre el principio de Protección del Consumidor, que incluso se discutía si era o no un principio constitucional. Hoy se ha colocado claramente al frente de las Salas de Justicia e inspira cualquier resolución judicial indirectamente emparentada con este principio. ¿Modas jurisprudenciales? Así lo afirman algunos juristas en voz baja y sin demasiado fundamento.

Lo cierto es que nuestro centro directivo —la DGRN— se ha visto también influido por esa imparable corriente a favor del consumidor que ha hecho su entrada en nuestra Jurisprudencia a impulso del TJUE, pero nuestras normas legales siguen inmodificadas y las Directivas sin transposición. Nuevamente nos encontramos con la incoherencia de nuestro sistema hipotecario.

Resulta relativamente fácil para un jurista privatista, y más concretamente hipotecarista, encontrar ejemplos de incoherencia en nuestro Ordenamiento jurídico privado —y *de facto* ya lo hice en una obra sobre la crisis inmobiliaria<sup>13</sup>—, pero prefiero acotar esa búsqueda y centrar mi estudio en las disfunciones que genera la Cesión de Créditos y la Titulización de Activos por parte de las Entidades de Crédito.

Así mismo conviene tener en cuenta que en el espacio del Ordenamiento jurídico en el que me moveré, las influencias económico-financieras son formidables y que el determinante sociológico es decisivo. Nada queda al azar, todo está calculado de antemano, incluso la incoherencia.

En este ámbito, como en todos aquellos en que se perfila un procedimiento de ejecución dineraria, podría afirmarse que cualquier problema jurídico se resuelve en un problema de aplicación.

Esta afirmación de carácter general sitúa la duda en torno al posible resultado a obtener en la solución de cualquier problema jurídico, en una simple y mera técnica de elección y aplicación del derecho que despejaría aquella de una manera sencilla mediante la determinación de la norma que se habría de aplicar a cualquier caso concreto.

No obstante, en la materia en la que me adentraré, esta regla se complica necesaria y gravemente por la incoherencia regulatoria, por la ausencia de normas reguladoras compiladas de una manera ordenada, coherente y sistemática. Pero si a estas características se añade el carácter fronterizo y circunstancial de esta materia con otras complementarias —como lo son las de la LEC relativas a la ejecu-

---

<sup>13</sup> NAVAS OLORIZ, José Ignacio: *Claves para afrontar la crisis inmobiliaria*, ed. La Ley, julio 2009.

ción hipotecaria—, la incoherencia de las normas y de las resoluciones judiciales puede provocar serios problemas.

Me referiré en primer lugar a las cesiones. De éstas, sin perjuicio de lo que más tarde expondré para centrar el problema, poco hay que decir. La cesión del crédito supone la cesión de la garantía hipotecaria sobre el inmueble y la cesión de la garantía hipotecaria supone la cesión del crédito.

Mayor enjundia en la incoherencia de nuestro sistema hipotecario ofrece la titulización. Hoy, diez años después de la crisis económica evidenciada por las hipotecas subprime, el mercado hipotecario se ha movilizado extraordinariamente, buscando una rentabilidad que el préstamo con garantía hipotecaria tradicional no consigue obtener.

## **1. Cesiones de créditos**

En cuanto a las cesiones, expongo en este breve pre-apunte una pincelada que puede servir para centrar el problema: en un sistema en el que la libre cesión del crédito es la regla general, y sin necesidad de notificar al prestatario, los artículos 149 de la LH y 1526 del CC cobran una gran importancia. Simplemente y a modo de entrada recordaré que:

- En la cesión de créditos, el cedente del crédito hipotecario elimina el riesgo de impago de los créditos cedidos, mejora su balance y disminuye el riesgo inmobiliario.
- El cesionario asume el riesgo de los créditos cedidos como nuevo acreedor, créditos que ha adquirido, normalmente, con un importante descuento. El cesionario no tiene por qué ser una entidad regulada, habitualmente son Fondos o Sociedades de oportunidad, que al socaire de la crisis han encontrado nuevas oportunidades de negocio. Tales cesionarios pueden incluso contratar la gestión de esos créditos con la propia entidad financiera.

## **2. Titulizaciones**

La titulización ofrece perspectivas y genera problemas diferentes.

Antes me refería a la enorme influencia que la operativa económico-financiera ejerce sobre las regulaciones de las titulizaciones, y efectivamente, en este ámbito es tal que puede llegar incluso a desnaturalizarlas.

Términos como apalancamiento, desapalancamiento, abaratamiento, desintermediación, etc., ajenos por completo al lenguaje jurídico que requiere precisión

sin especulaciones, determinan en su concepto económico regulaciones *ad hoc* en su vertiente jurídica.

El apalancamiento, es decir, el cociente resultante entre el nivel de deuda y el nivel de los recursos propios o riqueza neta determina actuaciones contables y financieras que han de ser trasladadas al mundo regulado, al Ordenamiento jurídico.

En el mundo financiero, si el nivel de los activos cae por bajar el precio de los productos inmobiliarios, el nivel de apalancamiento sube y pone en riesgo la solvencia de la entidad.

El desapalancamiento, es decir, la reducción del nivel de endeudamiento general en el sistema tiene, por regla general, un recibimiento satisfactorio en el mundo económico, lo que se traduce en nuevas regulaciones menos restrictivas e impulsoras del consumo.

En España, las familias han reducido su nivel de deuda, que en la pasada década había alcanzado niveles altísimos. España ocupa el séptimo puesto en el orden mundial de la sobrevaloración inmobiliaria. Ello significaba que las familias tienen mucha riqueza concentrada en el sector inmobiliario, que está sobrevalorado, como he dicho, por lo que una cantidad o proporción significativa de la renta disponible se destina a amortizar la deuda, a pagar el endeudamiento.

En nuestro país el apalancamiento es mayor que en esos otros países. Empresas y familias están endeudadas. Este dato, de por sí preocupante, se ve compensado por la riqueza neta que es mayor que en otros países, si bien —y esto es un dato a tener en cuenta— esta riqueza neta se concentra fundamentalmente en el sector inmobiliario.

La banca española ha sido esencialmente minorista, por lo que no se ha visto tan expuesta a los catalizadores de la pasada crisis —hipotecas subprime—. A finales del año 2015, el endeudamiento hipotecario de las familias había disminuido cerca de 22.000 millones de euros, situándose en 560.874 millones de euros. Según datos de FUNCAS, un 6 % de los hipotecados, alrededor de 400.000, por un importe agregado de 56.000 millones de euros, debe al banco más de lo que vale su vivienda.

Entre 2004 y 2014 se concedieron cerca de 1,2 millones de hipotecas burbuja, que sumadas al desplome de precios del mercado inmobiliario han lastrado la estabilidad financiera de los hogares. Se concedieron miles de hipotecas por un importe de principal superior al 80% del valor de la vivienda (según datos de FUNCAS alrededor de 500.000 familias), lo que equivale en términos porcentuales a un 14 % del total.

Las razones de la crisis española residen, de nuevo, en nuestras propias características, como ya expuse en mi libro «Claves para afrontar la crisis inmobiliaria»<sup>14</sup>, pero lo cierto es que ese modelo de banca no ha impedido que las entidades financieras españolas hayan protagonizado una gran expansión en ese fenómeno de la titulización.

Con la titulización, ¿qué se busca? Es evidente que la respuesta es la de alcanzar el objetivo de obtener liquidez a medio y largo plazo, sin que se produzca transferencia de riesgo.

En este asunto, como en otros, lo que es malo para unos es bueno para otros. Es sabido que, en nuestro Derecho hipotecario, la responsabilidad del deudor en el pago de la deuda es universal, alcanza a todos sus bienes presentes y futuros y no se contrae al bien hipotecado, salvo que se haya pactado así de manera expresa. Esta circunstancia favorece la calidad del activo titulado, al contrario que en otros países de sistema anglosajón, como se pudo comprobar con la pasada crisis subprime.

Efectivamente, en teoría, las estructuras diseñadas para la titulización en España, favorecen la calidad de los activos titulizados: en los préstamos garantizados con hipoteca, el valor promedio del préstamo es el 70 % del valor del bien inmueble ofrecido en garantía; esa circunstancia y la de la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código civil hace muy difícil que se deje de pagar. Además no olvidemos que la mayoría de las hipotecas se han concedido a tipos de interés variable, lo que supone, asimismo, un argumento a favor de la solvencia de nuestro sistema hipotecario. Esto no significa, repito, que nuestro sistema no haya protagonizado disfunciones muy graves que han significado una violación de los principios sobre los que se asienta significa solamente que mis reproches han de ser específicos y singulares, no generales. Pero no es el momento ni el lugar de formularlos, me remito de nuevo a mi obra antes citada.

La titulización en los países anglosajones persigue: la mejora de la rentabilidad, la gestión del balance y la cesión de riesgos. En estos países se llegó, incluso, a la titulización de la titulización, con lo que se aumentó exponencialmente el riesgo sistémico, hasta alcanzar, como se puso de relieve en la crisis, situaciones auténticamente insostenibles.

Para medir el grado de influencia de todos estos conceptos en la vida cotidiana de nuestra ciudadanía —destinataria, en definitiva, de la norma jurídica—, y en el desarrollo de nuestras Instituciones Financieras, conviene recordar que el abaratamiento del crédito, junto a la desregulación y desintermediación financiera, propició el desarrollo de lo que se ha venido en llamar «sistema financiero en

---

<sup>14</sup> Wolters Kluwer España, julio 2009.

la sombra», diseñado para conseguir sacar fuera del balance de las entidades de crédito todos aquellos préstamos y créditos de dudosa efectividad, mediante su traspaso a sociedades especialmente creadas para ello.

Todos estos conceptos son decisivos a la hora de regular ese especial aspecto del derecho o de nuestro Ordenamiento Jurídico, al que me estoy refiriendo.

### **III. VAYAMOS A LO CONCRETO: EN BÚSQUEDA DE LA INCOHERENCIA. CESIÓN DE CRÉDITOS**

#### **1. De su posibilidad**

Es indudable. El artículo 1.878 CC señala que:

*«El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la ley.»*

Estas formalidades son:

—Conforme a lo establecido en el artículo 149 LH:

*«El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.*

*El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo.*

*El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.»*

—Así pues y conforme a lo dispuesto en el artículo 1526 del CC:

*«La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227.*

*Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.»*

Conforme a estos preceptos, la cesión de un crédito surtirá efecto frente a tercero desde que su fecha deba tenerse por cierta, es decir:

— Desde la fecha de otorgamiento del documento público (art. 1218 CC).

— Desde la fecha en que un documento privado quede incorporado o inscrito en registro público.

- Desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o en la fecha en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio (art. 1.227 CC);
- Y si el crédito se refiere a un inmueble, la cesión no producirá efecto frente a tercero sino desde la fecha de su inscripción en el Registro.

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado el artículo 1.526 CC y el antiguo artículo 149 LH (en su redacción anterior a la Ley 41/2007, de 7 de diciembre) en el sentido de que para la validez de la cesión de créditos hipotecarios no es necesaria la formalización de la cesión en escritura pública, ni su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que ninguna de esas exigencias tiene carácter constitutivo.

La antigua redacción del primer párrafo del artículo 149 LH señalaba que la cesión del crédito hipotecario ha de hacerse en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. A pesar de la literalidad de esta redacción (hoy no vigente), la doctrina<sup>15</sup> y la jurisprudencia han mantenido que dichas exigencias no tienen carácter constitutivo (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989, RJ \ 1989\4797; y de 23 de noviembre de 1993, La Ley 13536/1993). Así, la sentencia de 29 de junio de 1989 dice: «la inscripción es meramente declarativa y, en consecuencia, solo robustece el título inscrito frente a los terceros a los efectos de la fe publica registral y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo».

La nueva redacción del citado párrafo primero del artículo 149 LH no supone en principio alteración alguna, al menos en cuanto a los requisitos y formalidades necesarios para la válida cesión de créditos garantizados por hipoteca. Suprime un requisito favorecedor de los derechos del consumidor, como es la notificación, pero en el aspecto que trato en este momento mantiene una regulación parecida. Esta nueva redacción fue introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario): el primer inciso establece —como ya he reseñado— que «*el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.526 CC*», lo que viene a confirmar la conclusión anterior; el segundo inciso («*la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*») parece pretender la posibilidad de ceder de forma independiente la garantía real de la cesión del crédito que garantiza, pero esa pretendida separación del crédito de la garantía hipotecaria no parece posible. Recordemos que la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (art. 1.528

---

<sup>15</sup> Foro de Actualidad 87, despacho URÍA.

CC). Para transmitir la hipoteca será necesario transmitir el crédito y, a la inversa, si el crédito se transmite, determina la transmisión de la garantía. A estos efectos poco importa si la inscripción en el Registro tiene o no carácter constitutivo —mi opinión es que no la tiene—, pero se hace necesaria la escritura pública y su correspondiente y consecuente inscripción por imperativo de la imposibilidad de disociación entre crédito e hipoteca.

## 2. De sus características

Para aclarar esta operativa seguiré el esquema de un estudio publicado por Ignacio ALBIÑANA<sup>16</sup>, en el que a tales cesiones les atribuye las siguientes características:

1. Subrogación: el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente, pero el deudor no quedará obligado por el contrato de cesión a más de lo que lo estuviere por el suyo.
2. Consentimiento y puesta en conocimiento del deudor: no es necesario el consentimiento del deudor cedido, a diferencia de la cesión de contrato.
3. Oponibilidad de excepciones: el deudor cedido, salvo que haya consentido expresamente la cesión, podrá oponer al cesionario las mismas excepciones que al acreedor cedente.
4. Derechos accesorios: la venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (art. 1.528 CC). Para transmitir la hipoteca será necesario transmitir el crédito y, a la inversa, si el crédito se transmite, determina la transmisión de la garantía.
5. Existencia y legitimidad: el cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta a no ser que se haya vendido como dudoso (art. 1.529 CC); es decir, responderá de la existencia objetiva del crédito y de su propia titularidad y del poder de disposición sobre él.
6. Insolvencia del deudor: el cedente, salvo pacto en contrario, no responde de la solvencia del deudor.
7. La cesión efectiva implica dar de baja el activo (los créditos) del balance del cedente.

---

<sup>16</sup> Foro de Actualidad del despacho URÍA.

Así es. Ningún crédito cedido puede seguir vivo y anotado en el balance del cedente, sino que, bien al contrario, esa cesión efectiva implica dar de baja el activo —los créditos—, del balance del cedente, y su alta correlativa en el balance del cesionario.

En caso de ventas incondicionales de activos financieros —como los que se han producido a lo largo de estos años de crisis financiera e inmobiliaria—, en las que los riesgos y beneficios se transfieren sustancialmente a terceros, los créditos movilizados podrían darse de baja del balance del cedente, sin que el cedente pueda, en ningún caso, asumir, conforme a la norma 23 de la circular 4/2004, de 22 de diciembre, del Banco de España:

1. Obligaciones de recompra de los créditos cedidos por un precio distinto al valor razonable atribuido en la fecha de la recompra.
2. Garantía o responsabilidad alguna por la insolvencia de los deudores o fiadores, ni por el buen fin de los créditos.

### **3. Cuestiones que plantea la cesión de créditos desde una perspectiva documentalista**

1.<sup>a</sup> De momento, lo reseñado resulta suficiente para hacerse la siguiente pregunta: un notario, a la hora de cancelar la hipoteca constituida sobre un inmueble, en garantía de un crédito que ha sido cedido, ¿puede autorizarla? ¿Cómo dar de «baja registral» una carga, confesando la recepción de un dinero que ha recibido otro, el cesionario, y no el cedente y primitivo titular del crédito? Me estoy refiriendo a una cesión no formalizada en escritura pública y no inscrita.

Sólo podría hacerlo el cedente de un modo: mintiendo.

2.<sup>a</sup> De otro lado, tal y como he expuesto, la inscripción en el Registro no es un elemento constitutivo de la cesión. Por tanto, el cesionario, al subrogarse en todos los derechos y acciones del cedente, debería poder ejercitar, a pesar de no estar inscrita la cesión, todas las acciones que le corresponden como acreedor hipotecario frente al deudor y frente al hipotecante, sea o no deudor, incluida la ejecución hipotecaria. Sin embargo, al faltar la inscripción a favor del cesionario en el Registro de la Propiedad, éste, carente de la titularidad registral exigida, no podría ejecutar la hipoteca valiéndose de los procedimientos ejecutivos sumarios, ni, por consiguiente, subrogarse en la posición procesal del cedente una vez iniciado, en su caso, el procedimiento de ejecución.

Tampoco podrá otorgar la escritura de carta de pago y cancelación de la hipoteca que todo deudor tiene derecho a exigir, una vez amortizado en su totalidad su crédito o préstamo.

En este supuesto, ¿la otorgará el acreedor cedente? Evidentemente, los efectos del pago a un acreedor cedente que no haya notificado a su deudor la cesión sólo serían liberatorios para éste en el caso del art. 1527 del CC: *«El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisface al acreedor quedará libre de la obligación»*.

Y aun en este caso, ¿cómo hacerlo sin que exista la posibilidad de perjudicar los intereses económicos del cesionario? ¿O la imagen corporativa del mismo? ¿O la eficacia contable de tal pago? Demasiadas cuestiones sin respuesta.

Esta sola circunstancia pone de relieve la importancia del documento público de carta de pago y cancelación de hipoteca, aunque sea por vía de negación. Otra forma de actuar, es decir, otorgar carta de pago y cancelación de un préstamo hipotecario o de un préstamo o crédito sin garantía o con garantía personal, por quien no es acreedor por haber cedido su posición a un cesionario, sería falsa y viciada de nulidad radical.

La jurisprudencia permite razonablemente señalar que, en caso de que el cesionario pretenda iniciar acción de ejecución hipotecaria, o subrogarse en la ya iniciada, sería necesario exigirle la inscripción de su título en el Registro de la Propiedad. Creo que podría decirse lo mismo respecto de la cancelación. La pregunta ahora es: ¿pero el cesionario nada ha de decir al respecto? La respuesta no he de darla yo, pero la simple formulación de la pregunta supone trasladar la inseguridad al lado del acreedor cedente y del nuevo acreedor cesionario.

La Resolución de 5 de julio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Denia núm. 1 a hacer constar la subrogación procesal de Banco de Sabadell, SA, en un procedimiento de ejecución hipotecaria, resulta clarificadora al respecto: «Por decreto del secretario judicial se acuerda disponer que “Banco de Sabadell, S. A.” ocupe en el procedimiento de ejecución hipotecaria la posición de parte demandante que venía ocupando «Banco Cam, S.A.U.». La suspensión del registrador se limita a la constancia registral de la subrogación procesal en un procedimiento de ejecución hipotecaria por parte de una entidad («Banco de Sabadell, S.A.»), que ocupa la posición de otra («Banco Cam, S.A.U.»), que ha iniciado el procedimiento y que no es titular registral de la hipoteca (Caja de Ahorros del Mediterráneo).

Dice la DGRN que «por evidentes razones de tracto sucesivo, el defecto debe ser confirmado. La hipoteca aparece inscrita a nombre de persona distinta de aquella que inicia el procedimiento y de la que se subroga después en la condición de demandante (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que se justifique la previa adquisición del derecho» (...). «Pero es que, además, no está previsto en la legislación hipotecaria ningún asiento específico para recoger esta sustitución

procesal como sustitutivo de la previa inscripción del derecho de hipoteca a favor del que ejercita el mismo (...). En cualquier caso, esa necesaria inscripción, en la forma determinada en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria de la titularidad sobre el crédito hipotecario a favor del ejecutante o de su sucesor, es la que permitirá que puedan tener acceso al Registro las vicisitudes ulteriores del procedimiento, y singularmente el decreto de adjudicación, pudiendo hacerse esa inscripción de la nueva titularidad bien con anterioridad a la inscripción de la vicisitud procesal o simultáneamente a ésta, pero sin que la legitimación registral derivada de la inscripción pueda ser suplida, en el ámbito del propio Registro, por la legitimación procesal en el procedimiento...».

El subrayado es mío y trata de destacar la incoherencia que supone esa ausencia de la «eficacia» ejecutoria en caso de impago.

Además de no ser eficiente la norma, por razones de economía procesal, tal incoherencia genera inseguridad y actuaciones colaterales que encarecen el ejercicio de un derecho —cobro del crédito— y retrasan una ejecución, con perjuicio para todas las partes, pero sobre todo para el sistema de ejecución hipotecaria.

#### IV. TITULIZACIONES

Centraré ahora el problema que puede derivarse de la Titulización, haciendo referencia previamente a los antecedentes en esta materia y a las diferencias entre la titulización *stricto sensu* y las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias:

##### i) Antecedentes

La Titulización *stricto sensu* se inició en nuestro país con la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria.

La titulización en sentido amplio comenzó con la publicación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario (LMH) y el RD 716/2009, de 24 de abril, que desarrolla determinados aspectos de la ley 2/1981.

En un principio se construyó a los créditos hipotecarios movilizados mediante participaciones hipotecarias, pero este primer paso se consideró insuficiente para extender el proceso financiero a la titulización de otros créditos diferentes a los de carácter hipotecario, por lo que el Real Decreto-Ley 3/1993, de 26 de febrero, sobre medidas urgentes en materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo, previó en su art. 16 que el Gobierno, previo informe de la CNMV y del Banco de España, podía extender aquel régimen a otros préstamos o créditos.

El RD 926/1998, de 14 de mayo, sobre fondos de titulización de activos y Sociedades gestoras de fondos de titulización, hoy derogado, mantuvo el esquema fiduciario de patrimonios sin personalidad jurídica; y configuró dos tipos de estructuras: cerradas —similares a los fondos de titulización hipotecaria—, y abiertas —para la titulización de flujos a corto y medio plazo.

Actualmente esta materia está regulada por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial en Materia de Titulizaciones, que refunde en una única norma la normativa aplicable en esta materia, y por el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, que actúa como Reglamento, así como la propia LMH.

Pues bien, la cuestión a dilucidar es la de si de nuestro Ordenamiento jurídico permite activar ejecuciones hipotecarias de hipotecas titulizadas, ya que, en principio, la entidad de crédito deja de ser acreedora. Así como la orientación notarialista que ha de darse a la carta de pago y cancelación hipotecaria en esta clase de supuestos. Trataré principalmente de responder a la pregunta siguiente:

¿Nuestro Ordenamiento jurídico permite justificar una posible ejecución hipotecaria sobre una hipoteca titulizada?

## ii) Distinción de figuras

Pero antes creo importante distinguir entre titulizaciones *stricto sensu* y cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

Conforme al art. 13 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, podemos distinguir las siguientes clases de títulos:

«1. Los títulos que se emitan para el mercado hipotecario pueden ser de tres clases: cédulas hipotecarias, bonos hipotecarios y participaciones hipotecarias. Estas denominaciones son exclusivas y quedan reservadas para dichos títulos.

2. Los títulos hipotecarios podrán ser emitidos por todas las entidades a que se refiere el artículo 2, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos que se exigen en este real decreto.»

## 1. Cédulas hipotecarias. Bonos hipotecarios

Estas figuras fueron introducidas en nuestra legislación para tratar de movilizar los recursos financieros de las entidades de crédito, y aliviar los problemas

que pudieran derivarse del largo plazo de amortización de los préstamos hipotecarios que disminuye el volumen del capital del que disponen para financiar la construcción y adquisición de viviendas.

Con estas figuras se posibilita la transmisión de los créditos o la utilización de los concedidos para captación de nuevos recursos, se trata, en palabras de Enrique CARRETERO de conseguir «la movilización de los créditos hipotecarios, de forma que dichos recursos puedan ser nuevamente empleados en la concesión de crédito a la vivienda».

Las cédulas hipotecarias, también llamadas o conocidas en inglés como *Covered Bonds*, son títulos emitidos por entidades financieras que pagan un interés fijo y que tienen como garantía la totalidad de los créditos hipotecarios concedidos por la entidad que los emite. Su emisión está restringida a entidades de crédito oficial, sociedades de crédito hipotecario y Cajas de Ahorros. Su emisión está regulada por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que en sus artículos 12.2 y 13.2 señala que:

*«(...) El capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma (...)» y «(...) El capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en escritura pública, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora (...)».*

Así pues, las cédulas hipotecarias y los bonos hipotecarios cuentan con una doble garantía:

- La del emisor.
- Y la del derecho preferente de los cedulistas (suscriptores de las cédulas hipotecarias) sobre la cartera hipotecaria frente al resto de los acreedores.

Por otra parte, se establece legalmente la prohibición de que el saldo de las cédulas hipotecarias exceda el 80 % de la cartera elegible o seleccionable, lo que constituye otra garantía de límite.

Dicha garantía no alcanza a los bienes sobre los que se haya constituido la hipoteca soporte, pero tampoco a los créditos o préstamos garantizados con ésta, y de los que la entidad emisora era, es y seguirá siendo titular tras la emisión de dichas cédulas hipotecarias.

En el caso de las cédulas esa garantía disminuye o desaparece por la amortización de los créditos o préstamos o por su transmisión o cesión a un tercero.

La garantía especial que a favor de los titulares de las cédulas hipotecarias reconoce la LMH se configura como un reconocimiento legal, a favor de los tenedores de dicha cédulas, de un determinado rango de acreedor con preferencia especial sobre la totalidad de los préstamos o créditos garantizados con hipoteca inscrita a favor del ente emisor, en los términos que resultan del artículo 1923 -3.º del CC:

*«Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: (...) 3.º Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.»*

Rango reforzado por lo determinado en la Ley concursal; así el art. 10 de la LMH señala:

*«Las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe.»*

El mecanismo de las cédulas, en principio, es muy sencillo: el inversor presta dinero al Banco, que ofrece como garantía préstamos hipotecarios ya otorgados. El líquido obtenido lo destinará el Banco a nuevos préstamos. Al ser a largo plazo, el Banco, aunque pague un interés mayor que en un depósito a plazo fijo, obtiene la ventaja de tener un mayor plazo que reduce el riesgo de perder liquidez.

Las cédulas se vinculan a las hipotecas más seguras que poseen los bancos; por tanto, es de suma importancia que se cumplan, a la hora de conceder esos préstamos, las previsiones legales en cuanto a valoración y tasación de los bienes inmuebles que van a servir de garantía. La sobretasación o la infratasación hipotecaria de los inmuebles, o la sobrevaloración de los mismos, que arrastra como consecuencia una sobretasación, pueden dar al traste con este mercado secundario de financiación.

La tasación puede hacerse como valor de mercado, que sería el valor que tiene un inmueble en un momento determinado del tiempo; o como valor hipotecario, que es el valor estable de ese inmueble durante un determinado espacio de tiempo. Este último debe ser el valor empleado para la emisión de las cédulas hipotecarias. ¿Se ha empleado este método hasta ahora? Esta pregunta no puede ser contestada por mí, sólo las entidades emisoras pueden dar una respuesta fiable.

Lo cierto es que la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario establece:

*Artículo quinto: «Los préstamos y créditos a que se refiere esta Ley habrán de estar garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca...*

*El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación...».*

*Artículo séptimo: «Uno. Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación ...».*

Es público y notorio que en la pasada crisis una de las disfunciones que dieron lugar a ella fueron precisamente las tasaciones, que en muchos casos se hicieron al dictado de las entidades de crédito y que originó que los inmuebles fueran tasados de manera poco profesional y poco independiente, y fueran puestos en garantía por un valor irreal, fundado en las expectativas de revalorización que marcaba la burbuja inmobiliaria. Corolario lógico de estas maniobras interesadas es el de que las cédulas y bonos emitidos sobre este tipo de hipotecas también estarían afectados.

Formalmente no superaban —aquellas hipotecas— el 80 % del valor de tasación, por lo que la disposición legal se cumplía, pero sustantivamente no. Podríamos preguntarnos: ¿esa tasación respaldaba un valor real del inmueble?

Solamente en el caso de que se hubiese constituido el aval al que hace referencia el art. 5 del RD 716/2009, al que luego me referiré, podrían ser «amnistiad» y esa constitución pertenece a la discreción bancaria y, supongo, que también al Banco de España.

En cuanto a las diferencias entre cédulas y bonos, del contenido del art. 12 de la ley, a cuyo texto ya reproducido me remito, se infiere que, con relación a las cédulas y bonos, el legislador cree suficientes las garantías a las que antes me refería y no concede a sus titulares —como hace con las participaciones hipotecarias, como luego expondré— acción procesal directa sobre las hipotecas soporte, por lo que, en caso de impago del préstamo o crédito de una de esas hipotecas, el legitimado procesalmente para el ejercicio de la acción de ejecución será la entidad titular de los préstamos, acreedor hipotecario y emisor de las cédulas y bonos. No el bonista, ni el suscriptor de las cédulas hipotecarias.

Por su parte, el ya citado Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, establece en su artículo 4 lo siguiente:

—«Artículo 4. La hipoteca.

(...)

3. Las entidades emisoras no podrán posponer las hipotecas existentes a su favor en garantía de préstamos o créditos afectos al pago de bonos o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria, salvo con el consentimiento del Sindicato de Tenedores de Bonos ...

(...)

4. Las entidades emisoras tampoco podrán sin el expresado consentimiento:

a) Cancelar voluntariamente dichas hipotecas por causa distinta del pago...

b) Renunciar o transigir sobre ellas.

c) Condonar en todo o en parte el préstamo o crédito garantizado.

d) En general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca ...».

Por tanto, si bien solo a las entidades financieras corresponde —en caso de haberse emitido cédulas y/o bonos hipotecarios— la legitimación procesal para el ejercicio de la acción de ejecución hipotecaria, se limita su libertad de actuación prohibiéndolas:

- Posponer las hipotecas existentes a su favor en garantía de préstamos o créditos afectos al pago de bonos o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria, salvo con el consentimiento del Sindicato de Tenedores de Bonos o de los tenedores de bonos cuando éste no se haya constituido, o de todos los partícipes del préstamo o crédito, respectivamente.
- Cancelar voluntariamente dichas hipotecas, salvo que se hayan pagado los créditos que garantizaban.
- Renunciar o transigir sobre ellas, con lo que de hecho se las está sacando de la posibilidad de la dación en pago y dificultando cualquier negociación sobre las mismas.
- También se les prohíbe a las entidades de crédito:
- Condonar en todo o en parte el préstamo o crédito garantizado.
- Y, en general, realizar cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del préstamo o crédito.

Una nueva incoherencia, ya que el legislador de la Ley 1/2013, a la hora de señalar excepciones al rigor de la norma hipotecaria fundadas en la especialísima situación económica o familiar del deudor, determina daciones en pago o amortizaciones anticipadas, en fin, reducciones del valor económico de las hipotecas a las que se aplica, y no excluye de la prohibición que acabo de reseñar a las

hipotecas que garantizan los préstamos de ese tipo de deudores, con lo que podríamos plantearnos la duda consistente en que, si la hipoteca a la que se refiere la ley 1/2013 ha servido de soporte a la emisión de bonos hipotecarios, esta circunstancia hace de imposible aplicación la Ley de protección del deudor hipotecario.

¿Cómo se hace posible que se acuerde dación en pago, o novación con condonación parcial o cualquier actuación que disminuya el valor económico de la hipoteca, sin el consentimiento obligado del Sindicato de Tenedores de Bonos o, en su caso, de todos los bonistas? ¿Incoherencia?

Esta incoherencia de nuestro sistema hipotecario determina que la protección de un bien de legítima y necesaria protección, cual es el domicilio familiar, no pase por una excepción de intervención de la entidad en caso de haberse emitido bonos o participaciones hipotecarias. ¿Cuál es el interés a proteger? Decídalo el legislador, pero sin generar incoherencias que ponen en riesgo nuestro sistema y que «obligan» a actuaciones presuntamente irregulares y poco transparentes. La seguridad del tráfico jurídico y económico así lo exigen.

Es verdad que podría argüirse que, al ser de mejor rango la ley 1/2013, prevalecen sus disposiciones sobre lo ordenado por el RD que estoy analizando, pero el principio de jerarquía normativa no parece invocable, pues el caos estaría a la vuelta de la esquina. No quiero ni siquiera imaginar la hecatombe económica que la aplicación de ese principio supondría, pero..., ahí está.

También es verdad que, al parecer, y a pesar de las reformas operadas en esta materia, los bonos hipotecarios no han tenido casi emisiones desde la publicación de la LMH, pero una cosa es su escaso protagonismo económico y otra muy distinta las incoherencias en su regulación.

Así pues, y recapitulando:

1. En el caso de hipotecas soporte de cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios, la legitimación procesal para la ejecución hipotecaria corresponde única y exclusivamente al titular del crédito y de la hipoteca, emisor de dichas cédulas y/o bonos.

El notario podrá cancelar, sin duda alguna, la hipoteca en el registro de la propiedad, pero siempre que sea por pago del préstamo o crédito garantizado.

2. No podrá la entidad ni transigir, ni cancelar parcial o totalmente el préstamo por causa distinta al pago, ni acordar dación en pago, ni reducir de cualquier modo el valor económico de la hipoteca, sin el consentimiento de los bonistas.

Esta limitación solo actúa con relación a los bonos hipotecarios, pero no respecto de las cédulas, ya que, con relación a las mismas, las entidades emisoras

tienen total libertad para modificar, novar, cancelar o transmitir o ceder a terceros los préstamos o créditos hipotecarios de los que sean titulares, sin necesidad del consentimiento de los titulares de las cédulas.

Una manera práctica de abordar este tipo de situaciones sería hacer constar en la escritura correspondiente la manifestación expresa de la entidad de que la hipoteca a la que dicha escritura se refiere no ha servido de soporte para la emisión de bonos hipotecarios.

En materia de tasaciones, establece la Ley citada:

*«Artículo 8. Tasación previa.*

*1. Los bienes inmuebles por naturaleza sobre los que recaiga la hipoteca deberán haber sido tasados con anterioridad a la emisión de títulos por los servicios de tasación... Dicha tasación tiene por objeto estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar aquellos bienes de manera que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participan en el mercado.*

*2. La tasación se acreditará mediante certificación de los servicios correspondientes y, si se hubiera practicado antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca, se hará constar en dicha escritura y en la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. En este caso, el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración (...).*»

La regulación es confusa. El primer párrafo establece que la tasación deberá haberse realizado antes de la emisión de los títulos, y parece indicar que dicha tasación equivale a la valoración que hacen los servicios de tasación de la entidad u otros homologados. En el segundo señala que en la escritura de constitución de la hipoteca que ha de servir de soporte y garantía de los títulos, «el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración».

Pero no olvidemos que, según establece la propia LMH en su art 5.º-2: «El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley...». Por otra parte, cuando se trata de financiación para la adquisición de vivienda habitual, esta tasación no puede ser inferior al 75 % de la valoración del bien que haya hecho la entidad, ¿a qué tasación se está refiriendo este precepto?

Es obvio que de este precepto resultan, en la práctica, dos clases de tasación: la que determinaría la valoración de los bienes por parte de la entidad a la hora de

determinar qué cantidad estaría dispuesta a prestar y la tasación procesal, es decir, la que serviría de tipo en la subasta. Es a esta última tasación a la que se refiere el segundo párrafo *in fine* de este precepto cuando señala que «*el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, dicha valoración*».

Esta materia viene regulada por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

La Orden 805/ 2003 señalaba que las valoraciones se harían por las entidades tasadoras aplicando los siguientes principios:

- a) *Principio de anticipación.*
- b) *Principio de finalidad.*
- c) *Principio de mayor y mejor uso.*
- d) *Principio de probabilidad.*
- e) *Principio de proporcionalidad.*
- f) *Principio de prudencia.*
- g) *Principio de sustitución.*
- h) *Principio de temporalidad.*
- i) *Principio de transparencia.*
- j) *Principio del valor residual.*

De todos estos principios, el que me interesa destacar aquí es el de prudencia, según el cual, ante varios escenarios o posibilidades de elección igualmente probables, se elegirá el que dé como resultado un menor valor de tasación.

Este principio será de aplicación obligatoria cuando el valor de tasación se utilice para alguna de las finalidades señaladas en el artículo 2.a), b) y d) de esta Orden.

Por tanto, y según los preceptos citados, cuando se trate de valoraciones dirigidas, entre otras finalidades, a:

—La garantía hipotecaria de créditos o préstamos que formen o vayan a formar parte de la cartera de cobertura de títulos hipotecarios emitidos por las entidades, promotores y constructores a que se refiere el artículo segundo del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario (esta última modificada a su vez por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

Será de aplicación obligatoria y preferente este principio de prudencia, que determina la elección del menor valor de tasación de entre los diferentes escenarios contemplados.

Estos principios han de ser aplicados en función de unos valores que se tratan de obtener y que, entre los que son definidos en la propia norma, destacaré:

- Valor de mercado o venal de un inmueble (VM). Es el precio al que podría venderse el inmueble, mediante contrato privado entre un vendedor voluntario y un comprador independiente en la fecha de la tasación, en el supuesto de que el bien se hubiere ofrecido públicamente en el mercado, que las condiciones del mercado permitieren disponer del mismo de manera ordenada y que se dispusiere de un plazo normal, habida cuenta de la naturaleza del inmueble, para negociar la venta.
- Valor de tasación (VT). Es el valor que la presente Orden establece como tal para cada tipo de inmueble o derecho a valorar. Dicho valor será el valor jurídico o con efectos jurídicos para las finalidades integrantes del ámbito de aplicación de la misma.
- Valor hipotecario o valor a efecto de crédito hipotecario (VH). Es el valor del inmueble determinado por una tasación prudente de la posibilidad futura de comerciar con el inmueble, teniendo en cuenta los aspectos duraderos a largo plazo de la misma, las condiciones del mercado normales y locales, su uso en el momento de la tasación y sus usos alternativos correspondientes.

En la determinación a que se refiere el apartado anterior no se incluirán los elementos especulativos.

- Valor máximo legal (VML). Es el precio máximo de venta de una vivienda sujeta a protección pública establecido en la normativa específica que le sea aplicable.

Por otra parte, establece la Orden cuáles son los métodos técnicos de valoración que pueden ser utilizados, y éstos son los siguientes:

- a) El método del coste.
- b) El método de comparación.
- c) El método de actualización de rentas.
- d) El método residual.

Dichos métodos permiten obtener el valor de mercado, el valor hipotecario y el valor de reemplazamiento y, cuando se trate de obtener el valor hipotecario, a

la hora de aplicar dichos métodos, necesariamente se habrán de eliminar los elementos especulativos.

Esta regulación ha venido a ser modificada por la Orden EHA/564/2008, de 28 de febrero, por la que se modifica la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

Justifica esta disposición la modificación, señalando que el objetivo se encuentra en la valoración legal del suelo y su relación con las normas de valoración de bienes inmuebles para determinadas finalidades financieras, pero en lo que aquí acabo de analizar no contiene modificación alguna.

Pues bien, es evidente que de la regulación analizada resulta que el valor de tasación ha de ser el valor hipotecario, nunca el de mercado, lo que equivaldría a señalar un valor sostenible en el tiempo y nunca el valor en un momento determinado del tiempo.

La pasada crisis demostró que un gran número de tasaciones no se hicieron conforme marca la normativa. Nueva incoherencia que afecta a la solvencia de las cédulas y bonos emitidos, teniendo como soporte las hipotecas concedidas con unas tasaciones inadecuadas. La incoherencia, en este caso, está referida al sistema financiero y al subsistema hipotecario y hubiera podido provocar un cataclismo económico y un escándalo jurídico.

## **2. Participaciones hipotecarias**

Son un instrumento legal de cesión de los préstamos o créditos de los que una entidad de crédito sea titular. No constituyen, por tanto, un instrumento de endeudamiento del emisor, sino que éste cede a un tercero suscriptor la totalidad o parte de un préstamo o crédito hipotecario, del que era hasta ese momento único titular, mediante la emisión de esos títulos-valores llamados participaciones hipotecarias.

La Ley de Regulación de Mercado Hipotecario establece en su art. 15:

*«Las Entidades (...) podrán hacer participar a terceros en todo o en parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera mediante la emisión de títulos valores denominados participaciones hipotecarias.*

*No serán susceptibles (...) los créditos hipotecarios que sirvan de garantía a la emisión de bonos hipotecarios...*

*El titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la Entidad emisora, siempre que el incumplimiento de sus obligaciones no sea con-*

*secuencia de la falta de pago del deudor en cuyo préstamo participa dicha persona. En este caso, el titular de la participación concurrirá, en igualdad de derechos con el acreedor hipotecario, en la ejecución que se siga contra el mencionado deudor, cobrando a prorrata de su respectiva participación en la operación y sin perjuicio de que la Entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo y el cedido en la participación, cuando éste fuera inferior. El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución (...).*»

De esta detallada descripción se obtiene una definición de la participación hipotecaria como títulos-valores por los que sus tenedores se hacen partícipes de uno o varios créditos de la cartera de la entidad emisora. El titular tiene acción ejecutiva contra la entidad, salvo si es por falta de pago del deudor, en cuyo caso participará en la ejecución y cobrará a prorrata de su participación, cubriendo la entidad la diferencia en menos.

El Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, señala a este respecto:

*«Artículo 30. Acción ejecutiva.*

*1. La ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31.*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora para la efectividad de los vencimientos de la misma por principal e intereses, según el porcentaje de participación y lo establecido en la emisión, siempre que el incumplimiento de tal obligación no sea consecuencia de la falta de pago del deudor del préstamo o crédito hipotecario participado.»*

La regulación a efectos de ejecución hipotecaria, en materia de participaciones hipotecarias, es completamente diversa a la establecida para las cédulas y bonos hipotecarios. En estos últimos, el bonista o suscriptor de las cédulas carece de acción directa contra el deudor cuya hipoteca ha sido titulizada en caso de incumplimiento de la obligación de pago; en las participaciones hipotecarias sí la tiene, pero en forma de igualdad procesal, sin iniciativa en la acción de ejecución, salvo que sea para compeler a la entidad a iniciar ésta.

No sólo concurrirá con el acreedor hipotecario, en pie de igualdad, y a prorrata de su participación, sino que además puede compeler al acreedor para que inicie el procedimiento de ejecución. Esta última posibilidad probablemente sea de escasa aplicación, ya que para su ejercicio se requiere una información de la que no dispone el participante, salvo que deje de percibir el interés prometido, por morosidad del deudor. Incumplido el requerimiento por la entidad, surge a favor del participante el derecho a ejercitar la acción por subrogación:

Del art. 31 RD citado resulta que, si el incumplimiento fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones tendrán las siguientes facultades:

- a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.
- b) Concurrir en igualdad de derechos con el emisor en la ejecución que éste siga contra el deudor.
- c) Si la entidad no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación.

En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes.

- d) En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.

La acción por subrogación es de carácter personalísimo, ya que se circunscribe a la cuantía correspondiente al porcentaje de la participación, dejando subsistente el resto del crédito.

La posibilidad de la acción es incontestable. Otra cosa diferente es la transparencia e información acerca de las hipotecas soporte y de los avatares de las mismas. Es claro que el inversor sabe que ha adquirido participaciones hipotecarias, pero, probablemente, sea esa toda la información que posea. En un mercado de seguridades, como es el mercado hipotecario, debería de introducirse una operativa consistente en una información continuada al inversor sobre aquellas circunstancias esenciales de los créditos hipotecarios en los que participa. Nueva incoherencia, esta vez sistémica, pues en toda inversión resulta esencial la información del producto sobre el que se invierte. ¿Han sido tasados adecuadamente los inmuebles que garantizan los créditos que se participan? ¿Se están cadenciando adecuadamente las amortizaciones de esos créditos participados? ¿Qué tipo de interés es el que se les aplica en cada momento? ¿Qué plazo resta hasta su total amortización? ¿Han experimentado pagos o amortizaciones anticipadas? ¿Qué tipo de amortizaciones, de plazo, de capital o intereses?

Toda esa información, en el supuesto de que pueda ser facilitada, debería de figurar en una página *web* de la entidad o del Banco de España. La dificultad o

imposibilidad de obtenerla constituye una incoherencia del sistema económico, que se ha trasladado en forma de disfunción regulatoria al subsistema hipotecario.

De lo examinado hasta ahora podemos concluir con una incoherencia grave de nuestro Ordenamiento jurídico, y por inclusión en el subsistema hipotecario, y es la relativa al déficit de información al usuario o consumidor, ya sea del lado pasivo —acreditado o prestatario hipotecado, hipotecante no deudor, fiador, avalista—, como del lado activo —suscriptor de cédulas hipotecarias, bonista, adquirente de participaciones.

Todos ellos sufren una inexplicable e inaceptable desinformación, que se ve agravada por esa política legislativa —palpable con la reforma del art. 149-1.º de la LH— de ir suprimiendo garantías al usuario o consumidor. Resulta llamativo que siendo uno de los paradigmas de nuestro Ordenamiento o Sistema jurídico, el del consentimiento informado, se vaya cercenando en parcelas de actualidad candente.

### **3. Instituciones con las que las figuras examinadas guardan parentesco en su naturaleza jurídica. Breve referencia a la novación**

No quiero acabar este apartado de incoherencia o déficit de información —antes de pasar a analizar la titulización *strictu sensu*— sin hacer una referencia a la novación. Institución con la que la materia estudiada guarda un grado de parentesco indudable.

La novación la regula nuestro CC como modificación de la obligación por cambio de objeto, por sustitución en la persona del deudor y por subrogación en los derechos del acreedor (artículo 1.203).

Esta última modalidad no implica verdadera novación extintiva. Las otras dos parecen responder mejor al concepto romano, pero el concepto actual de novación comprende tanto la modificativa como la extintiva.

Recordaré muy brevemente la teoría general acerca de la novación y sus requisitos:

- 1.º Voluntad de llevar a cabo la extinción o modificación de la obligación primitiva (*animus novandi*).

El TS tiene declarado que la novación nunca se presume, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar, bien por manifestarse con claridad en forma expresa, bien por deducirse de actos de significación concluyente (STS 20 y 31 mayo 1997).

- 2.º Capacidad de las partes para realizar el acto.
- 3.º Obligación preexistente que se modifique o extinga, que ha de ser válida, como resulta del art. 1208 CC.
- 4.º Creación de una nueva obligación válida y perfecta, cuando se trate de novación propia.
- 5.º Disparidad entre ambas obligaciones sucesivas, pues sin este requisito tendríamos un mero reconocimiento de deuda.

En cuanto a la forma:

1. La forma de la novación, en principio, no tiene porqué ser la misma que la empleada para la obligación primitiva.
2. Pero si la ley exigía para el contrato primitivo o para la obligación que sustituye a la anterior una forma determinada y esencial, entonces la novación tendrá que ajustarse a la misma.

Por último, en cuanto a sus efectos, me referiré únicamente a los que produce la novación subjetiva por cambio de acreedor, es decir, la que se realiza sustituyendo un tercero (en todo o en parte) en la posición jurídica del acreedor, que es la que, con relación a la materia que vengo tratando, realmente interesa.

El Código Civil recoge en el artículo 1203 *«la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor»*, que no implica una novación propia, sino impropia, al quedar subsistente la obligación primitiva. No obstante, dado el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), no cabe duda que por virtud de convención podrá efectuarse esta novación extintiva por cambio del acreedor; siempre que se cumplan los requisitos de toda novación y especialmente el consentimiento del deudor.

Los efectos de esta novación impropia se reducen a la simple modificación del vínculo, que perdura aunque con nuevo contenido. Al persistir la obligación subsisten los derechos que garantizaban su cumplimiento.

Pero si la modificación amplía el contenido de la obligación haciéndolo más gravoso, tal modificación no afectará al fiador que no la hubiese consentido.

Emparentada con la subrogación, que es otra modalidad de la novación modificativa, y que se podría definir como aquella forma de pago que, en vez de extinguir la deuda como en el pago ordinario, no hace más que cambiar la persona del acreedor, convirtiendo a quien paga una deuda ajena en acreedor del verdadero

deudor, estaría la cesión del crédito, que ya ha sido examinada. Se diferencia de la subrogación convencional en que el cedente del crédito responde frente al cesionario de la existencia del crédito (art. 1529 y 1532 CC) y en el distinto alcance de la necesidad de ponerla en conocimiento del deudor (art. 1158 en relación con el art.1527 CC).

#### 4. Visión práctica. Resumen del supuesto y solución

Es necesario advertir previamente que de las figuras examinadas únicamente tiene acceso al Registro de la Propiedad la cesión de crédito. Las otras figuras —cédulas hipotecarias, bonos hipotecarios, participaciones hipotecarias—, no lo tienen. Las actuaciones o intervención notarial respecto de ellas tienen como única fuente de información la que quiera o pueda suministrar la entidad. Lo mismo sucede en el Juzgado: en un hipotético procedimiento de ejecución, el juez sólo tendría la información que se deriva de la nota del Registro y la que facilitase el actor en su demanda.

Así pues, y en aras de la transparencia y de la legitimación, tanto notarial como procesal, se hace necesario rellenar ese vacío informativo, por lo que la emisión y comercialización de esos productos financieros procedentes de la titulación de los créditos deberían de publicitarse mediante su inclusión en la página *web* del Banco de España y ser de acceso público.

La información que puede tener el notario depende, por tanto, de la entidad de crédito, es de su exclusiva responsabilidad, lo que constituye una nueva incoherencia y un grave desequilibrio del subsistema hipotecario. Nueva incoherencia, ya que ese déficit de información no permite realizar en plenitud el control de legalidad notarial y la calificación exacta y adecuada del documento, ni al juez decidir acerca de la legitimidad y procedencia de la reclamación judicial.

Los supuestos siguientes analizan esta circunstancia, suponiendo la existencia de una previa información suministrada por la entidad:

- En el Registro de la Propiedad figura inscrita una finca gravada con una carga hipotecaria a favor de una determinada entidad financiera, pero no consta que ésta ya no es la titular de la deuda por haberla cedido a un tercero. Esta cuestión ya ha sido contestada a lo largo de este trabajo, y además de modo terminante: no podrá ser cancelada por el antiguo titular en caso de ser amortizada la deuda que garantiza; no podrá ser ejecutada por el nuevo titular al no figurar en el Registro de la Propiedad como titular acreedor y, por tanto, legitimado activamente como actor procesalmente legitimado para ejercitar la acción de ejecución. (RDGRyN de 1 de agosto de 2014, art. 9.4 LH, 11 RH, 27 RD-L 6/2010, de 9 de abril).

- En el Registro de la Propiedad figura inscrita una finca gravada con una carga hipotecaria a favor de una entidad de crédito, pero no consta que ésta haya emitido cédulas hipotecarias o bonos hipotecarios; puede la entidad iniciar la acción de ejecución por falta de pago del crédito; puede cancelar la carga hipotecaria por pago de la deuda garantizada.
- En el Registro de la Propiedad figura inscrita una finca gravada con una carga hipotecaria a favor de una entidad de crédito, pero no consta que ésta haya emitido participaciones hipotecarias; puede la entidad ejercitar la acción judicial de ejecución por falta de pago, o los titulares de participaciones hipotecarias, en su caso; solo puede cancelar la hipoteca por pago del crédito garantizado la entidad emisora de las participaciones.

La pregunta que habitualmente se formula de ¿cómo puede iniciar la acción de ejecución hipotecaria por la entidad de crédito que no es titular de la hipoteca? Creo que queda claramente contestada.

Si este tipo de actuaciones no tiene acceso al Registro de la Propiedad, ¿cómo saber la situación real de los créditos? No hay otra alternativa que la vía del Banco de España, que habría que arbitrar de alguna manera. Nueva disfunción en información que genera incoherencias en el sistema hipotecario y graves desequilibrios procesales inaceptables en un sistema jurídico transparente y equilibrado.

El anterior cuadro-resumen posibilita la comprensión de las posibles incoherencias que en temas de ejecución hipotecaria se han producido en algunos Juzgados. Así como los posibles silencios culpables que procesalmente se producen en este terreno. No es necesario añadir comentario alguno.

## V. TITULIZACIONES *STRICTO SENSU*

### 1. Regulación

Esta materia fue regulada por primera vez a través de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria.

Al objeto de extender su regulación no sólo a los créditos hipotecarios, sino a otros derechos de crédito, la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 3/1994, y su desarrollo a través del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, se regulan los Fondos de Titulización de Activos y las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización de Activos.

Es a partir de esa fecha cuando la titulización en nuestro país comienza a realizarse a través de unos patrimonios separados y sin personalidad jurídica, denominados Fondos de Titulización de Activos (FTA), que son constituidos y administrados por una Sociedad Anónima de objeto exclusivo, supervisada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), denominadas Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización.

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial, viene a establecer el nuevo régimen de la titulización en España y lo hace asentándose —según afirma en su Exposición de Motivos— sobre tres objetivos:

- Refundir la normativa dispersa.
- Flexibilizar la operativa de los Fondos y
- Fortalecer las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor.

## **2. Un poco de historia**

La Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario, y el Real Decreto que la desarrolló, RD 685/1982, crearon las figuras anteriormente analizadas.

La Ley 19/1992, de 7 de julio, tal y como señalé, permitía la titulización de las participaciones hipotecarias (PH) establecidas en aquel RD 685/1982 y definía los Fondos de Titulización Hipotecaria. Al permitir titular las PH y no los préstamos hipotecarios directamente se agilizaba enormemente el proceso de titulización, puesto que no era necesaria:

- La comunicación al acreedor original.
- Ni modificar la escritura pública de la hipoteca.

Cada PH representaba un préstamo hipotecario de alta calidad, con un principal menor al 80 % del valor de tasación de la vivienda.

El siguiente paso fue permitir la titulización del resto de los préstamos hipotecarios (los que no cumplían ese requisito de calidad) y posteriormente la titulización de los activos no hipotecarios. RD 926/1998 [este RD definió los FTA y reguló las Sociedades Gestoras de Fondos de Titulización (SGFT)].

Por otra parte, se abordó la llamada titulización de pasivos emitidos por las entidades de crédito, en su gran mayoría cédulas hipotecarias.

### 3. Concepto

Mediante la titulización se consigue transformar un conjunto de activos poco líquidos en una serie de instrumentos negociables, líquidos y con unos flujos de pago determinados.

Este proceso puede llevarlo a cabo cualquier empresa, pero son las entidades de crédito las que habitualmente lo desarrollan, debido a su gran capacidad para generar activos financieros.

Mediante este proceso se logra transformar activos de escaso valor y calidades heterogéneas en títulos líquidos de carácter homogéneo de mayor importe y susceptibles de ser transmitidos a un tercero.

La Ley 5/2005 permite titularizar no sólo derechos de crédito existentes, sino también futuros, y es posible hacerlo sobre derechos derivados de préstamos hipotecarios, tarjetas de crédito, préstamos al consumo, para la adquisición de vehículos, derechos de autor, ingresos por arrendamientos, etc.

La Ley 5/2015 mantiene el esquema básico del funcionamiento de los fondos de titulización: la titulización se seguirá realizando a través de patrimonios separados, sin personalidad jurídica y con valor patrimonial nulo, que son gestionados y representados por sociedades gestoras supervisadas por la CNMV.

Desaparece la doble categoría de «fondos de titulización de activos» («FTA») y «fondos de titulización hipotecaria» («FTH»), unificándolos en una sola categoría legal, quedando solo vigente la categoría de FTA.

En cuanto a la estructura básica de los FTA se mantiene la exigencia de que el activo de los FTA esté integrado solo por derechos de crédito presentes o futuros. En cuanto al pasivo, estará compuesto por los valores de renta fija que se emitan y por créditos concedidos por terceros. Se regula la posibilidad de que el patrimonio de los fondos se articule en compartimentos independientes, de tal forma que el activo incorporado a un determinado compartimento responda exclusivamente de los costes, gastos y obligaciones de dicho compartimento.

Los Fondos son entes sin personalidad jurídica respecto de los cuales y conforme a lo dispuesto por el artículo 9.4 de la Ley Hipotecaria, y el art. 11 de su Reglamento, no cabría inscripción alguna en el Registro de la Propiedad. Así lo señaló la STS de 31 de enero de 2001, si bien dicha S señalaba que toda excepción a la previsión legal de aquellos artículos ha de venir amparada por una norma expresamente habilitadora de tales inscripciones, lo que ha ocurrido con el artículo 27 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, tal y como recoge la RDGRyN de 1 de agosto de 2014, a la que más adelante me referiré, y que con-

forma lo que podría denominarse una incoherencia de oportunidad, al permitir la inscripción de inmuebles a favor de los fondos —que carecen de personalidad jurídica— en determinadas circunstancias.

#### **4. Clases de titulización y de fondos**

Pueden ser: tradicionales y sintéticas.

Las tradicionales son aquellas en las que se produce la venta o cesión plena de los activos a una entidad instrumental, con o sin personalidad jurídica, creada con el único fin de adquirir los activos que se titulizan y emitir los bonos de titulización que han de ser colocados en el mercado. Esa entidad financia la compra de los activos.

La titulización sintética podrá hacerse por los fondos de titulización, titulizando préstamos y otros derechos de crédito, asumiendo total o parcialmente el riesgo de crédito de los mismos, mediante la contratación con terceros de derivados crediticios (CDS), o mediante el otorgamiento de garantías o avales a favor de los titulares de tales préstamos o derechos de crédito. Se transfiere a un tercero el riesgo del crédito inherente a un activo, sin vender o ceder el mismo, es decir, sintéticamente.

En éstas no es necesario que haya una emisión de valores. Se utiliza cuando no se persigue obtener financiación, sino una transferencia del riesgo del crédito.

Lo usual en nuestro país son las estructuras tradicionales, que implican la venta de activos a una entidad instrumental, normalmente Fondos de Titulización Hipotecaria (FTH) y Fondos de Titulización de Activos (FTA).

Además, en la inmensa mayoría de los casos, a raíz de la aplicación de la Circular Contable 4/2004 del Banco de España, a la que me referí en su momento, estos activos no han causado baja del balance de las entidades.

Los fondos también pueden ser cerrados y abiertos.

Los fondos cerrados son aquellos que no prevean incorporaciones de activos ni de pasivos después de su constitución, salvo la posibilidad de que los fondos cerrados tengan un período inicial máximo de cuatro meses desde su constitución para incorporar nuevos activos y pasivos hasta un volumen máximo.

Los fondos abiertos son aquellos en los que su escritura de constitución prevea que pueden modificar su activo, su pasivo o ambos.

La Ley contempla la posibilidad de realizar una gestión activa del patrimonio del fondo si así se prevé en la correspondiente escritura de constitución, en cuyo caso estos fondos estarían catalogados como «abiertos». Se entiende por «gestión activa» aquella que, prevista en la escritura de constitución, permite la modificación de elementos patrimoniales del activo con el fin de maximizar la rentabilidad, garantizar la calidad de los activos, llevar a cabo un tratamiento adecuado del riesgo o mantener las condiciones establecidas en la escritura.

#### **4. Sociedades gestoras**

Son las que garantizan los derechos de los tenedores de los títulos emitidos. Se les encomienda la vigilancia de actos de contenido económico, como son que los pagos a los inversores se hagan adecuadamente, o que la documentación exigida legalmente para las titulizaciones se elabore de manera adecuada. Son necesarias, ya que el vehículo o entidad especial de titulización no tiene personalidad jurídica.

Dentro de su objeto social, además de la constitución, administración y representación de los FTA y de los fondos de activos bancarios («FAB»), se incluye la constitución, administración y representación legal de vehículos de inversión de propósito especial análogos a los fondos de titulización constituidos en el extranjero, de acuerdo con la normativa que sea de aplicación. Ninguna persona que no sea una sociedad gestora autorizada por la CNMV podrá desarrollar las actividades legalmente reservadas a las sociedades gestoras.

Las sociedades gestoras serán responsables frente a los tenedores de los valores y restantes acreedores de los fondos que representen por todos los perjuicios que les cause el incumplimiento de sus obligaciones.

Una vez constituidas, para dar comienzo a su actividad, las sociedades gestoras de fondos de titulización deberán inscribirse en el Registro Mercantil y en el correspondiente registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Dicha inscripción deberá producirse en el plazo de seis meses a partir de la concesión de la autorización. En caso contrario se producirá la caducidad de la autorización.

Ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización o sin hallarse inscrita en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, desarrollar las actividades legalmente reservadas a las sociedades gestoras de fondos de titulización.

El uso de la denominación «Sociedad Gestora de Fondos de Titulización» y sus siglas «SGFT» queda reservada a las entidades que hayan obtenido la preceptiva autorización y se hallen inscritas en el correspondiente registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Han de revestir la forma de sociedad anónima, constituida por el procedimiento de fundación simultánea y con duración indefinida. Tener por objeto social exclusivo el previsto como reservado en la Ley. Su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, han de estar situados en territorio español. Han de disponer de unos recursos propios totales y de un capital social mínimo de un millón de euros, totalmente desembolsado en efectivo y representado en acciones nominativas. Los accionistas titulares de participaciones significativas han de ser idóneos, conforme a lo previsto en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

## 5. Fondos de titulización y sus compartimentos

El patrimonio de los fondos de titulización podrá, cuando así esté previsto en la escritura de constitución, dividirse en compartimentos independientes, con cargo a los cuales podrán emitirse valores o asumirse obligaciones de diferentes clases y que podrán liquidarse de forma independiente.

La parte del patrimonio del fondo de titulización atribuido a cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y obligaciones expresamente atribuidos a ese compartimento y de los costes, gastos y obligaciones que no hayan sido atribuidos expresamente a un compartimento en la proporción que se fije en la escritura pública de constitución del fondo o en la escritura pública complementaria. Los acreedores de un compartimento sólo podrán hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio de dicho compartimento.

### 5.1. *Activo de los fondos de titulización*

Podrán incorporarse al activo de un fondo de titulización los activos que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

- a) Derechos de crédito que figuren en el activo del cedente. Se entenderán incluidas las participaciones hipotecarias que correspondan a préstamos que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, así como los certificados de transmisión de hipoteca. Los valores emitidos por fondos de titulización que integren en su activo participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios de la citada Ley 2/1981, de 25 de marzo.
- b) Derechos de crédito futuros que constituyan ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada, y cuya transmisión se formalice contractualmente de modo que quede probada de forma inequívoca y fehaciente la cesión de la titularidad. Como por ejemplo:

- 1.º El derecho del concesionario al cobro del peaje de autopistas.
- 2.º Derechos de naturaleza análoga que se determinen por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

## 5.2. *Modos de adquisición y transmisión de activos*

Los fondos de titulización podrán adquirir la titularidad de los activos por cualquier modo, bien sea a través de su cesión, su adquisición, su suscripción en mercados primarios o a través de cualquier otro modo admitido en Derecho.

Se podrá inscribir en el Registro de la Propiedad el dominio y los demás derechos reales sobre los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización. Igualmente se podrán inscribir la propiedad y otros derechos reales sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes a los fondos de titulización en los registros que correspondan.

La inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los fondos de titulización y sus compartimentos. En todo caso, las cuentas anuales de los citados fondos deberán ser depositadas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

A este respecto, la RDGRN de 1 de agosto de 2014 resolvió un supuesto de inscripción a favor de un fondo de la adjudicación en pago efectuada por el deudor hipotecario del pleno dominio de la finca hipotecada, inscripción que fue rechazada por el registrador basándose en que tales fondos son entes sin personalidad jurídica, respecto de los cuales no cabría inscripción a su favor alguna, por declararlo así el art. 9.4 de la LH, el art. 11 del RH y la STS de 31 de enero de 2001; entendiendo que el art. 27 del RD-L 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo contiene una excepción referida a «que estos fondos sean titulares de los inmuebles resultantes de los remates de la ejecución de los préstamos hipotecarios de los que sean titulares como consecuencia de su titulación», excepción que, como todas, debe ser interpretada en sus términos literales. Opinión contraria mantenía el recurrente. (El art. 11 del RH, en su versión reformada por el RD 1867/1998, contemplaba tal posibilidad, pero fue declarado nulo por la STS antes citada, por estimarlo sujeto a reserva de ley).

La DG considera que tal posibilidad, es decir, la de considerar a los fondos de titulización hipotecaria y fondos de titulización de activos como titulares registrales de fincas o derechos, resulta del citado art. 27 del RD-L 6/2010 y revoca la nota de calificación del registrador.

## 6. Riesgos del inversor

Las ventajas que ofrece la titulización de activos, como el menor coste de la financiación y de una mejor gestión de los riesgos que se derivan del proceso descrito de transformación de un conjunto de activos poco líquidos y no negociables, en una serie de títulos susceptibles de ser adquiridos por los inversores, y así diversificar sus carteras y obtener rentabilidad, conlleva así mismo una serie de riesgos<sup>17</sup>:

- Riesgo de crédito: si el acreditado o deudor hipotecario no satisface en tiempo y forma las cuotas acordadas, se produce un deterioro del activo que está respaldando los títulos emitidos. Recordemos que con los títulos se transfiere el riesgo. Se transfiere a un tercero el riesgo del crédito inherente a un activo, sin vender o ceder el mismo, es decir, sintéticamente.
- Riesgo de prepago: el derivado de la amortización anticipada, total o parcial, de los activos que respaldan la titulización. Implica que el vencimiento real de los bonos de titulización sea más corto que el contratado. Lo asume el inversor.

Es pertinente recordar a este respecto, cómo estos riesgos se materializaron con la crisis de las hipotecas subprime en el año 2007, determinando el impago de la mayoría de las carteras titulizadas.

## 7. Perspectiva documentalista

Conocido este panorama general de la titulización *strictu sensu*, y conocida la posibilidad de que se incluyan en la titulización otros créditos diferentes de los originados por un préstamo o crédito con garantía hipotecaria, abordaré este apartado desde la misma perspectiva que he aplicado en las figuras anteriormente examinadas.

El artículo 16 de la Ley 5/2005, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, señala que:

*«a los fondos de titulización les será de aplicación, en relación con los préstamos y demás derechos de crédito que adquieran, el régimen que en favor de los titulares de las participaciones hipotecarias se contempla en la ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario».*

---

<sup>17</sup> CATARINEU, Eva y PÉREZ, Daniel: «La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial», *Estabilidad financiera*, núm. 14, Banco de España.

Esto significa que:

- La regulación a efectos de ejecución hipotecaria en materia de participaciones hipotecarias les es trasladable, lo que supone que el titular de títulos o bonos titulizados, sí tiene la acción directa contra el deudor cuya hipoteca ha sido titulizada en caso de incumplimiento de la obligación de pago, pero en forma de igualdad procesal, sin iniciativa en la acción de ejecución, salvo que sea para compeler a la entidad a iniciar ésta.
- No sólo concurrirá con el acreedor hipotecario en pie de igualdad y a prorrata de su participación, sino que además puede compeler al acreedor para que inicie el procedimiento de ejecución. Esta última posibilidad —como ya señalé en su momento— probablemente sea de escasa aplicación, ya que para su ejercicio se requiere una información de la que no dispone el titular, salvo que deje de percibir el interés prometido, por morosidad del deudor. Incumplido el requerimiento por la entidad, surge a favor del titular el derecho a ejercitar la acción por subrogación:

Del régimen examinado a lo largo de este trabajo resulta que si el incumplimiento fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones tendrán las siguientes facultades:

- a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.
- b) Concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que éste siga contra el deudor.
- c) Si la entidad no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación.

En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes.

- d) En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.

La acción por subrogación es de carácter personalísimo, se circunscribe a la cuantía correspondiente del título equivalente al porcentaje de participación, dejando subsistente el resto del crédito.

La posibilidad de la acción es incontestable, pero repito lo que ya señalé en el apartado correspondiente a las participaciones hipotecarias respec-

to a la transparencia e información acerca de las hipotecas soporte y de los avatares de las mismas. Es claro que el inversor sabe que ha adquirido títulos de un FTH, pero probablemente sea esa toda la información que posea. En un mercado de seguridades como es el mercado hipotecario debería de introducirse una operativa consistente en una información continuada al inversor sobre aquellas circunstancias esenciales de los créditos hipotecarios que componen el FTH. Nueva incoherencia, esta vez sistémica, pues en toda inversión resulta esencial la información del producto sobre el que se invierte. Vuelven a ser pertinentes las interrogantes que señalaba: ¿Han sido tasados adecuadamente los inmuebles que garantizan los créditos que se titulizan? ¿Se están cadenciando adecuadamente las amortizaciones de esos créditos titulizados? ¿Qué tipo de interés es el que se les aplica en cada momento? ¿Qué plazo resta hasta su total amortización? ¿Han experimentado pagos o amortizaciones anticipadas? ¿Qué tipo de amortizaciones, de plazo, de capital o intereses?

## VI. CONCLUSIONES

La economía financiera forma parte de nuestra actividad cotidiana. Los flujos de capital, los ahorros de los ciudadanos, los productos financieros de las entidades, son elementos económicos imprescindibles para la vida cotidiana de las personas y al propio tiempo constituyen la materia prima esencial para las entidades de crédito a la hora de generar riqueza, a la hora de generar activos financieros que les permitan transformar activos heterogéneos no negociables en títulos líquidos, homogéneos y negociables, susceptibles de ser vendidos o cedidos a un tercero. Esta actividad transformadora, casi irreal, que genera riqueza y liquidez debe de ser objeto del Derecho, y ha de serlo de una manera neutral y equilibrada, sin imponer impedimentos, pero garantizando las transacciones, facilitando a cada uno de los agentes intervinientes seguridad en el tráfico y rapidez y eficacia en la respuesta.

De lo expuesto en este trabajo se deduce que nuestro Sistema jurídico se va alejando de ese ideal de seguridad y equilibrio, y lo hace a través de atajos que suponen olvido y menosprecio de los derechos de una de las partes del binomio: el inversor.

La coherencia de un sistema jurídico no se evalúa únicamente en alguno de sus subsistemas, sino que ha de evaluarse en su integridad. Nuestro Sistema jurídico se asienta en unos principios informadores que impregnan todas y cada una de las normas que, a modo de alicatado, conforman las diferentes instituciones jurídicas. Esos principios ni son eternos, ni son inmodificables, pero exigen en su proyección una mínima coherencia que determina la eficacia y justicia de un sistema. Ese es la coherencia, el verdadero e inmutable principio informador.

*(Trabajo recibido el 29/09/2017  
y aceptado para su publicación el 16/10/2017)*



# **LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE COBERTURA DEL DÉFICIT CONCURSAL (ART. 172 BIS LC): DIVERSOS SUJETOS Y VARIAS INCÓGNITAS**

**ABEL JOAN SALA SANJUÁN**

*Diplomado en Estudios Avanzados de Derecho Mercantil U.V.E.G.*

*Doctorando en Derecho Mercantil U.V.E.G.*

*Abogado*

## **RESUMEN**

El estudio aborda la línea de investigación que concluye con la imprescriptibilidad de la acción de cobertura del déficit concursal contenida en el art. 172 bis de la Ley Concursal. De suerte que la LC no ha dotado expresamente a dicha acción de un régimen prescriptivo propio, es menester esclarecer si la acción tiene o no un plazo de prescripción y si éste, de aplicarse, tendría un tratamiento diferenciado en función de los sujetos eventualmente responsables

**Palabras clave:** concurso de acreedores, procedimiento concursal, sección sexta, sección de calificación, acción de cobertura del déficit, responsabilidad concursal, prescripción, caducidad, preclusión, imprescriptibilidad, administrador social, liquidador, administrador de hecho, apoderado general, socio.

## THE NON-PRESCRIPTIBILITY OF LAWSUITS TO PROTECT INSOLVENCY DEFICITS (ART. 172 BIS OF THE INSOLVENCY ACT): MULTIPLE SUBJECTS AND SEVERAL UNKNOWNNS

ABEL JOAN SALA SANJUÁN

*Graduate in Advanced Studies of Company Law U.V.E.G.*

*Ph.D. candidate in Business Law U.V.E.G.*

*Lawyer*

### ABSTRACT

The following work analyses the line of research that concludes with the non termination under the statute of limitation of the insolvency liability contained in the art. 172 bis of the Spanish Act on Insolvency (deficit covering liability). So that the Spanish legal system has not been expressly provided with a specific statute of limitations for this liability action, it is necessary to clarify whether the action has a limitation period to exercise it and whether this, if applied, would have a different treatment in the function of the possibly persons declared affected by the classification

**Keywords:** insolvency proceedings, classificaton section, insolvency liability (deficit covering liability), statute of limitations, limitation, termination, director, liquidator, de jure or de facto director, general proxies, shareholder

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN APLICABLE A LOS ADMINISTRADORES Y A LOS LIQUIDADORES, DE DERECHO O DE HECHO: 1. La inaplicabilidad del art. 949 CCom. 2. La prescripción en los supuestos singulares de reapertura del concurso. 2.1. Reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos (art. 179.2 LC). 2.2. Reapertura del concurso a solicitud de cualquier acreedor en el primer año desde la conclusión del concurso por inexistencia de masa (art. 179.3 LC). 3. La prescripción en los supuestos de incumplimiento de convenio (arts. 140 y 143.1.5.º LC). 3.1. Incumplimiento de un convenio «gravoso». 3.2. Incumplimiento de un convenio «no gravoso». 4. La inaplicabilidad del art. 241 bis LSC.—III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN APLICABLE A LOS SOCIOS.—IV. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN APLICABLE A LOS APODERADOS GENERALES. V.— LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EX ART. 60.3 LC. VI.— LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE COBERTURA DEL DÉFICIT. VII.— CONCLUSIONES. VIII.— BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Ni que decir tiene que la prescripción es una institución de tremenda importancia tanto en el plano teórico como en el estrictamente práctico. Decía SAVIGNY, ya en 1847, que la prescripción es una de las instituciones legales más relevantes y provechosas para la sociedad<sup>1</sup>. Me refiero, claro está, a la prescripción extintiva —por contraposición con la prescripción adquisitiva o usucapión—, definida por DíEZ-PICAZO como «un instituto que permite al sujeto pasivo de un derecho subjetivo o de una pretensión defenderse frente a los actos de ejercicio del titular del derecho, cuando tal acto se produce después de un silencio de la relación jurídica, prolongado a lo largo del tiempo marcado por la ley»<sup>2</sup>.

En nuestro Derecho común, el fundamento de la prescripción como causa de extinción de las acciones se encuentra en el segundo párrafo del art. 1930 del Código Civil (en adelante, «CC»): «*También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones de cualquier clase que sean*». En lo sustantivo, la prescripción otorga al sistema un plus de seguridad jurídica a través de la extinción o paralización de las acciones —en nuestro caso, de responsabilidad civil— por su falta prolongada de ejercicio. Y lo hace privando al titular del derecho de un plazo eterno para ejercitar la acción; es decir, que nuestro ordenamiento ha establecido una restricción legal de carácter temporal al ejercicio de la acción, por parte de su titular, para eliminar una exposición *sine die* del sujeto pasivo.

---

<sup>1</sup> Véase, SAVIGNY, M. F. C.: *Sistema del derecho romano actual*, traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Granada, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (Reproducción digital de la 2.ª edición de Madrid, Centro Editorial de Góngora), Alicante, 2009 (edición original de 1847), edición digital.

<sup>2</sup> Véase DíEZ-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pág. 66.

Sobre esta base, el trabajo que el lector tiene en sus manos aborda el análisis concreto de la prescripción de la más rigurosa de las responsabilidades que se depuran en la sección sexta de calificación concursal<sup>3</sup>; ésta es la contenida en el art. 172 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, «LC»), denominada de cobertura del déficit concursal o, impropriamente, *responsabilidad concursal*<sup>4</sup>.

Se trata de una acción de naturaleza sancionadora<sup>5</sup> (responsabilidad de carácter objetivo, por deudas ajenas) destinada a cumplir con una doble finalidad en el

---

<sup>3</sup> Sobre la calificación concursal, en su conjunto, pueden consultarse las siguientes monografías: (i) MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso de acreedores culpable (Calificación y responsabilidad concursal)*, Cizur Menor, Ed. Thomson-Civitas, 2006; (ii) GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: *La calificación del concurso*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2004; (iii) VERDÚ CAÑETE, M. J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, Ed. La Ley, 2008 (Monografía n.º 8/2008 asociada a la RDCyP); y (iv) FRAU I GAIÀ, S.: *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

<sup>4</sup> Desde la entrada en vigor de la LC esta acción ha sido recurrentemente denominada por la doctrina y la jurisprudencia como *responsabilidad concursal*, términos que fueron luego acuñados por el legislador y que dieron título al nuevo art. 172 bis LC (antes, art. 172.3 LC) con la reforma efectuada en el año 2011. Sin embargo, prefiero referirme a ella como acción de cobertura del déficit concursal. Aunque ciertamente la expresión *responsabilidad concursal* ha sido adoptada mayoritariamente por la doctrina para referirse a la acción de cobertura del déficit, no me parece la terminología más adecuada. Al referirnos a la acción de cobertura del déficit patrimonial como *responsabilidad concursal* la estamos dotando de una magnitud de la que en realidad no goza. ¿Acaso no es la acción de daños y perjuicios del art. 172.2.3.º LC también una acción de responsabilidad que se suscita igualmente en el seno del procedimiento concursal? Desde este punto de vista, ésta merecería, igualmente, el mismo apelativo: *responsabilidad concursal* (aunque por daños, no por deudas).

<sup>5</sup> En mi opinión, la naturaleza de la acción de cobertura del déficit concursal del art. 172 bis LC es claramente sancionadora. La doctrina del Tribunal Supremo, por su parte, ha sido cambiante y hasta cierto punto ambigua desde que se pronunció por primera vez al respecto en 2011 —tras una larga disputa doctrinal localizada fundamentalmente entre las audiencias provinciales de Madrid (defensora de la naturaleza sancionadora [cfr. SAP Madrid 05/02/2008]) y Barcelona (defensora de la naturaleza indemnizatoria [cfr. SAP Barcelona 19/03/2007])—. Un hecho que el propio Supremo ha valorado de manera eufemística señalando que se ha producido «cierta evolución y la introducción de algunos matices por una u otra sentencia» (cfr. STS 12/01/2015). Durante el año 2011 defendió que la acción tenía una naturaleza indemnizatoria (cfr. SSTS 23/02/2011, 12/09/2011 y 06/10/2011 [esta última no sin cierta confusión]). En 2012 fluctuó entre naturaleza indemnizatoria (cfr. STS 14/11/2012) y sancionadora (cfr. SSTS 16/07/2012 y 20/12/2012). En 2013 mantuvo la tesis sancionadora (cfr. STS 28/02/2013). Y, finalmente, en su STS de 12/01/2015 declaró, nuevamente con un discurso no especialmente claro, que: «No establece una sanción sino un régimen agravado de responsabilidad civil, cuya función no es penalizar al administrador o liquidador, sino proteger los intereses de los acreedores sociales» (a la que sigue, en términos similares, la STS de 09/06/2016); y lo justifica precisamente en la modificación operada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (en adelante, RDL 4/2014) —más tarde convalidado por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre—, que introdujo el siguiente inciso final en el primer párrafo del art. 172 bis LC: «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia». Así reza, por tanto, la justificación de aquella resolución del Supremo: «Existiendo esta jurisprudencia razonablemente uniforme (a lo que no obsta la existencia de una

seno de la calificación concursal. De un lado, sancionar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y a los apoderados generales<sup>6</sup>, que hayan

---

cierta evolución y la introducción de algunos matices por una u otra sentencia), la introducción de tal inciso en esa reforma legal no puede considerarse como una aclaración o interpretación de la normativa preexistente, sino como la decisión del legislador de modificar el criterio determinante de la responsabilidad concursal e introducir un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador, liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias, a los socios) de la cobertura total o parcial del déficit concursal «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.»

Hubo, no obstante, dos votos concurrentes discrepantes con dicha interpretación de D. Ignacio SANCHO GARGALLO y D. Sebastián SASTRE PAPIOL que no resultan, a mi juicio, especialmente clarificadores.

La citada sentencia parece seguir la interpretación sugerida por PRENDES CARRIL, P. (en «La reforma concursal (RD-Ley 4/2014), algo más que una reforma en materia de refinanciación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Ed. Aranzadi, núm. 882/2014), según la cual, ese inciso final introducido por el RDL 4/2014 supondría la consagración de la naturaleza *causal* o indemnizatoria de la acción de cobertura del déficit del art. 172 bis LC.

No me resulta convincente el argumento basado en la aludida modificación del precepto. En efecto, considero que esa modificación opera como un elemento más de imputación («presupuesto material») —por otra parte, necesario para evitar sanciones injustificadas sobre administradores cuya conducta no merece reproche— y no desvirtúa el carácter sancionador de la norma. Creo que, pese a lo que señala el TS, la dificultad interpretativa obligó al legislador a aclarar y mejorar la deficiente redacción del artículo original; y no pretendía un cambio de criterio que, por otra parte, no se acompañó con otras modificaciones que habrían sido coherentes con aquella tesis resarcitoria como la supresión de la responsabilidad por daños del art. 172.2.3.º LC. La Exposición de Motivos del RDL 4/2014 no aporta ninguna pista de las razones que motivaron al legislador para llevar a cabo esta modificación; tampoco la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que convalidó el citado RDL.

Otros autores han apuntado que tal inciso final está exclusivamente vinculado a la nueva responsabilidad de los socios por la negativa a capitalizar deuda, esencialmente por resultar más acorde con los fines de aquella reforma (en este sentido, véase (i) GARCÍA-CRUCES, J. A.: «Los efectos de los acuerdos de refinanciación en el concurso consecutivo: la calificación», *ADCon*, n.º 33, Ed. Civitas, 2014; y (ii) MAGDALENO, A. y BENEYTO, K.: «Calificación y responsabilidad concursal», *Aspectos procesales de la práctica concursal*, Hospitalet de Llobregat, Ed. Bosch, 2015, págs. 324 y 325).

Tampoco puedo compartir esta interpretación. La propia redacción propuesta por la reforma aboga por una interpretación sustancialmente distinta, de manera que todo el siguiente inciso, «*que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia*», afecta a la totalidad de los sujetos antes referidos en el precepto (administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales y a los socios), y no solamente a los socios, pues no le sigue en la redacción, sino que se sitúa *in fine* después incluso de determinar la responsabilidad a la que se enfrentan todos las personas afectadas por la calificación: la cobertura total o parcial del déficit. De lo contrario, a buen seguro el legislador habría optado por otra fórmula menos enrevesada.

<sup>6</sup> Se trata de una novedad introducida por la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. Antes de esta reforma no se contemplaba otro posible responsable diferente del administrador, salvo que fuera declarado como administrador de hecho.

Sobre la figura del apoderado general y su acomodamiento sistemático en la LC, pueden consultarse LATORRE CHINER, N.: «El apoderado general en la Ley Concursal», *RDCyP*, Madrid, Ed.

actuado cuestionablemente en el desempeño de sus funciones, generando o agravando la insolvencia de la persona jurídica por medio de actos u omisiones dolosas o gravemente culposas; así como a los socios <sup>7</sup> que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación. Y, de otro, aprovechando la imposición de esta condena pecuniaria, cubrir —total o parcialmente, según el grado de implicación de las conductas sancionables con la generación o agravación de la insolvencia— los créditos de los acreedores que, como consecuencia de una insuficiencia patrimonial, no sean satisfechos en la respectiva liquidación. Siempre, claro está, que se cumplan los concretos presupuestos para su ejercicio; éstos son: (i) que la calificación se haya abierto o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, y (ii) que el concurso se califique finalmente como culpable.

*El art. 172 bis LC*<sup>8</sup> reza de la siguiente manera:

*«1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios*

---

La Ley, n.º 19, 2013, págs. 65 a 80; y JUSTE MENCÍA, J.: «El ámbito subjetivo de la calificación. Los apoderados», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia. V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*, en ROJO y CAMPUZANO (Dir.), Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 387 a 415.

<sup>7</sup> Sobre la responsabilidad que asumen los socios en el seno de la calificación concursal y, en concreto, como sujetos pasivos de la acción de cobertura del déficit, puede consultarse RIBELLES ARELLANO, J. M.: «La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (IV. Responsabilidad concursal del socio)», *RDCyP*, n.º 22, 2015, págs. 219 a 221.

<sup>8</sup> La redacción original de la norma que regulaba esta acción de responsabilidad se contenía en el apartado 3 del art. 172 LC y se mantuvo vigente y sin cambios desde el 1 de septiembre de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011. El texto original era el siguiente: «*Art. 172.3 LC.— Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*».

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (B.O.E. de 11 octubre), reubicó la acción y la modificó dotándola de una merecida autonomía en el art. 172 bis LC de nueva creación (introducido por el número 99 del Artículo Único de la Ley 38/2011); vigente, por tanto, desde el 1 de enero de 2012.

El texto se mantuvo, desde entonces, prácticamente inalterado hasta la actualidad, a excepción de la reforma que introdujo a los socios como posibles sujetos pasivos de esta responsabilidad y que fue operada por el RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (posteriormente convalidado por medio de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que no introdujo cambios respecto del texto del RDL 4/2014, a excepción de algunas novedades en materia de administradores concursales).

*que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia.*

*Si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, el juez atenderá para fijar la condena al déficit del concurso tanto a los hechos declarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.*

*En caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso<sup>9</sup>.*

*2. La legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento.*

*3. Todas las cantidades que se obtengan en ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso.*

*4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.»*

Pues bien, el análisis de esta concreta prescripción nace marcado, naturalmente, por la singularidad del proceso concursal y, muy en particular, por el hecho de que la LC carezca, como puede observarse, de un régimen prescriptivo propio para el ejercicio de esta acción de responsabilidad (huelga decir que tampoco contiene uno, con carácter general, para la sección de calificación o para todas las responsabilidades que se depuran en el seno del proceso concursal).

Con carácter previo a entrar en materia, es preciso apuntar que el denominado *elemento temporal* (la mención a la condición de administrador o liquidador, de hecho y de derecho, y apoderado general «dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso» —que por remisión de los arts. 164.1 y

---

<sup>9</sup> El apartado número 1 del art. 172 bis LC fue redactado por el apartado 12 del Artículo Único del RDL 4/2014. Más tarde convalidada dicha modificación por el apartado 21 del Artículo Único de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial («B.O.E.» 1 octubre); vigente, por tanto, desde el 2 de octubre de 2014.

172.2.1.º se aplica a la acción del art. 172 bis LC—) no está, a mi juicio, configurando un plazo de prescripción para la responsabilidad del art. 172 bis LC<sup>10</sup> (tampoco con carácter general para el resto de las responsabilidades que se depuran en la sección sexta). Dicho límite cronológico constituye, en esencia, uno de los diversos elementos de imputación subjetiva de la responsabilidad por el déficit que permite determinar las eventuales personas afectadas por la calificación. Pero tal es su relevancia que cabría plantearse si, en realidad, esa limitación temporal no constituye un elemento de la acción que hace innecesario —en buena parte, por ineficaz— que exista un régimen de prescripción para las acciones de carácter concursal, como veremos luego.

En cualquier caso, resulta extraña esta falta de regulación expresa de la prescripción de la acción porque el precursor francés de nuestra acción de cobertura del déficit, *l'action en comblement du passif* (art. 99 *Loi n.º 67-563 du 13 juillet 1967*), sí fijaba en el texto que sirvió de base para nuestra LC un plazo de prescripción de tres años a contar desde la liquidación definitiva de los créditos («*L'action se prescrit par trois ans à compter de l'arrêt définitif des créances*»). El precepto vigente (L651-2 *C.Commerce*), por su parte, conserva el plazo de prescripción de tres años, aunque sitúa el *dies a quo* en la resolución que decreta la apertura de la liquidación judicial («*L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire*»)<sup>11</sup>. Establece, así, un régimen de prescripción para la acción de cobertura que se configura con indepen-

---

<sup>10</sup> No han faltado autores que, sin embargo, han construido alguna tesis en la que ambos conceptos —límite temporal de imputación y prescripción— están tan íntimamente relacionados que resulta complicado separarlos, como es el caso de GARCÍA-CRUCES, J. A. (en «La responsabilidad concursal», *op. cit.*, edición digital): «ello vendría a suponer —en la práctica— un resultado similar al de la imprescriptibilidad de tal acción. Por ello, y a fin de realizar una exigencia mínima de seguridad jurídica, resulta acertada la opción del legislador delimitando temporalmente —de modo expreso— los sujetos que pueden venir afectados por tal condena». GARCÍA-CRUCES no se planteó esta cuestión en anteriores ediciones de este estudio, en las que se limitó a hacer suyos los argumentos que ya diera ALONSO UREBA (en «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal...», *op. cit.*, págs. 538 y 539), señalando que: «No nos parece en cambio congruente con la propia configuración legal de la responsabilidad concursal el limitar el posible alcance subjetivo de la misma a quienes hayan ostentado la condición de administrador, de hecho o de derecho, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, pues del presupuesto material o sustantivo de la responsabilidad se deriva que lo único relevante es quiénes sean los administradores a los que quepa imputar la generación o agravamiento del estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave, sin perjuicio, eso sí, de la prescripción de la responsabilidad concursal de los administradores en base al artículo 949 del Código de comercio, es decir, cuando ya hayan transcurrido cuatro años desde que por cualquier motivo cesaren en el cargo de administrador; no apreciamos motivos para establecer a este respecto un régimen diferenciado del general o común aplicable a los administradores sociales por el referido artículo 949 del Código de comercio». No parece que se percatara, según vemos, de que tal régimen de prescripción era, en realidad, inaplicable a la acción de cobertura del déficit concursal por su manifiesta ineficacia, como se detallará a continuación en el texto principal.

<sup>11</sup> Véase, DRAY, M. J.: «Le point de départ de la prescription en cas de responsabilité pour insuffisance d'actif», *Lega Vox*, 20 de abril de 2015, edición digital.

dencia de la fecha en la que se llevó a cabo el acto lesivo, la conducta negligente o el cese en el cargo del sujeto en cuestión. Y ello incluso a pesar de que la regla general de prescripción en el ordenamiento francés para la responsabilidad de los administradores sociales, aunque también es de tres años, fija el *dies a quo* en el momento de comisión del acto perjudicial o, si existe ocultación, cuando se descubra (art. L.225-254 *C.Commerce*)<sup>12</sup>; un régimen mucho más favorable para el administrador.

Ante la referida ausencia en la LC de un régimen de prescripción de la acción de cobertura del déficit hemos de plantearnos si lo procedente es aplicar alguno de los sistemas de prescripción ya contemplados para cada uno de los posibles afectados por la calificación (administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales y socios), o si, sencillamente, la acción de cobertura del déficit, con carácter general, no está sujeta a un plazo de prescripción<sup>13</sup>.

Pues bien, puedo avanzar que, a mi juicio, la acción de cobertura del déficit no tiene ni requiere de un régimen aplicable de prescripción, fundamentalmente, como consecuencia de su propia naturaleza y configuración. Digamos, a grandes rasgos, que la acción nace y muere en el seno del concurso y que puede afectar a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales —que no hubieran cesado antes de los dos años previos a la declaración de concurso— y socios del art. 165.2 LC, con independencia, en su caso, del tiempo transcurrido desde su cese y con independencia, también, del momento en el que se produjo la conducta sancionable. Es por ello por lo que una regla de prescripción como la que establece el ordenamiento francés no tendría sentido en nuestra

<sup>12</sup> El Código de Comercio francés (article L. 225-254) dispone un plazo de prescripción general para las acciones de responsabilidad frente a administradores y directores generales con distinto *dies a quo* (*le point de départ*) al que regula la prescripción de la acción de cobertura del déficit. Así pues, la norma general fija el *dies a quo* en el momento de comisión del acto perjudicial o, si existe ocultación, cuando se descubriera («*L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation*»). Ante tal circunstancia, hubo de plantearse cuál era el correcto régimen de prescripción aplicable a la acción de cobertura del déficit. La sentencia del Tribunal de Casación de 8 de abril de 2015 (Com. 8 avr. 2015, F-P+B, n.º 13-28.512) zanjó la controversia declarando que la prescripción se iniciaba según la regla especial del art. 651-2; esto es, con la apertura de la liquidación judicial y, por tanto, sin consideración de la fecha de la conducta reprochable.

Al respecto puede consultarse la publicación de VIALAR, S.: «Prescription de l'action en comblement de passif», *Option Finance, L'actualité juridique en bref*, n.º 1315, 27 de abril de 2015, pág. 34.

<sup>13</sup> Aunque desde la STS de 22 de marzo de 1985 la jurisprudencia ha venido proclamando la necesidad de que las normas sobre la prescripción extintiva deban interpretarse de forma altamente restrictiva, como apunta Díez-PICAZO, L.: «esta jurisprudencia ha coexistido con sentencias en las cuales la prescripción se ha favorecido en virtud de interpretaciones que no pueden llamarse en puridad restrictivas» (*La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, págs. 47 y 48).

LC; máxime si se entiende que la prescripción de la acción se interrumpe *ex art. 60.3 LC* desde que se declara el concurso.

En cualquier caso, con carácter previo a desarrollar esta tesis, conviene explorar y valorar otras posturas y posibles alternativas acerca de la prescripción de la acción de cobertura del art. 172 bis LC, que actúa sobre los diversos sujetos que pueden ser afectados por la calificación.

## **II. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBERTURA APLICABLE A LOS ADMINISTRADORES Y A LOS LIQUIDADORES DE DERECHO O DE HECHO**

La prescripción de todas las acciones de responsabilidad contra administradores sociales se ha regulado tradicionalmente en el art. 949 CCom<sup>14</sup>. Al menos hasta que la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, introdujo un nuevo régimen de prescripción de la responsabilidad de los administradores —que no ha derogado el art. 949 CCom— a través del nuevo art. 241 bis LSC que, no obstante, el legislador parece haber reservado expresamente para las acciones social e individual de responsabilidad; dejando al margen cualesquiera otras acciones de responsabilidad, como la del art. 367 LSC (por deudas) o las de carácter concursal de los arts. 172 y 172 bis LC, sobre lo que volveremos en detalle más adelante.

Como hemos dicho antes, nuestra postura consiste en defender que la acción de cobertura del déficit no tiene ni requiere de régimen de prescripción. Y aun cuando no pudiera compartirse dicha tesis, ni el art. 949 CCom ni el art. 241 bis LSC resultarían aplicables —aunque por distintas razones— a la acción de cobertura del déficit, como veremos a continuación.

Naturalmente, cualquier régimen aplicable respecto de la figura de los administradores societarios resultará igualmente aplicable a la responsabilidad que, en el seno de la acción de cobertura del déficit, tendrían los liquidadores. La razón principal se encuentra en la remisión genérica que el art. 375.2 LSC hace a las normas establecidas para los administradores (*«serán de aplicación a los liquida-*

---

<sup>14</sup> La importante STS de 20 de julio de 2001 sentó la doctrina de nuestro Alto Tribunal en relación con el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contra administradores, que debía, pues, ser de cuatro años, de conformidad con el art. 949 CCom; con independencia, incluso, de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad. De esta manera concluía el debate acerca de si el plazo para el ejercicio de las acciones frente a administradores era un plazo de caducidad o de prescripción; o si el plazo aplicable era el de cuatro años del art. 949 CCom, el de un año del art. 1968.2.º CC o el de quince años del art. 1964 CC. Unos años después, el TS también estableció como criterio pacífico que el plazo de prescripción del art. 949 CCom era aplicable tanto a las acciones social e individual de responsabilidad como a la acción de responsabilidad por deudas sociales del actual art. 367 LSC (cfr. STS de 18 de junio de 2009).

dores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en este capítulo»), entre las que deben encontrarse, por supuesto, las reguladoras del régimen de responsabilidad de los administradores sociales (cfr. STS de 3 de octubre de 2008<sup>15</sup>).

## 1. La inaplicabilidad del art. 949 CCom

Para situarnos adecuadamente en el epicentro de la cuestión, es conveniente exponer algunas cuestiones preliminares.

El art. 949 CCom dicta que «*La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración*».

Aunque algunos autores han venido sosteniendo que el plazo de cuatro años regulado en el art. 949 CCom es de caducidad<sup>16</sup>, mi parecer es que se trata de un plazo de naturaleza prescriptiva<sup>17</sup>. En primer lugar, en atención a una cuestión sistemática, hay que atender a la ubicación que tiene el precepto en el Código de Comercio: se ubicaba en el Título II del Libro IV, que trata sobre las prescripciones. En segundo lugar, porque la caducidad protege un interés general, mientras que la prescripción protege un interés particular y no cabe duda de que el precepto sólo tutelaba el interés del administrador demandado. Y, por último, hay que atender a la propia naturaleza de la acción de responsabilidad, ya que se trata de una acción de condena y no de una acción de configuración jurídica<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> «Niega la parte recurrente que el régimen de prescripción aplicable a la acción de responsabilidad contra los administradores sea extensible a los liquidadores, lo cual ha de ser rechazado, dada la remisión que el artículo 114 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 hace al régimen de los administradores, remitiendo el artículo 69 de dicha Ley al régimen de responsabilidad de los administradores establecido para los de las sociedades anónimas, de donde se sigue que no deben existir diferencias en orden al régimen de prescripción de las acciones dirigidas contra los administradores».

<sup>16</sup> Entienden que el plazo de cuatro años del art. 949 CCom es de caducidad: BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *op. cit.*, págs. 290 y 291; y SACRISTÁN BERGIA, F.: *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 176; y, del mismo autor, *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, VV.AA., Monografía 11/2009, Ed. La Ley, Madrid, págs. 150 y 151, quien sostiene, como consecuencia de considerar que se trata de un plazo de caducidad, que no le afecta la interrupción prevista en el art. 60.3 LC como consecuencia de la declaración de concurso.

<sup>17</sup> En el mismo sentido véase ALONSO UREBA, A.: «Comentario al art. 172.3 LC», *op. cit.*, pág. 1.441; FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: *op. cit.*, edición digital; y LÓPEZ DE MEDRANO, F.: «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 63, para quien no se advierte razón alguna que pueda cuestionar la naturaleza del plazo como plazo de prescripción.

<sup>18</sup> Así lo defiende LÓPEZ DE MEDRANO, F.: en «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», *op. cit.*, pág. 63.

La correcta aplicación del art. 949 CCom a la prescripción de las acciones de responsabilidad de administradores no ha sido siempre pacífica. En un primer momento, su aplicación no dejaba de plantear problemas prácticos, especialmente relacionados con la determinación del *dies a quo* y a las consecuencias prácticas que tenía la regla del art. 949 CCom, aplicable con independencia del momento de producción del hecho dañoso o de la manifestación de los daños<sup>19</sup>. La certeza del momento del cese del administrador era, sin duda, uno de los problemas que más inseguridad jurídica provocaba y que, afortunadamente, la jurisprudencia ha ido resolviendo gradualmente hasta establecer que, respecto de terceros de buena fe (esto es, desconocedores del cese), la prescripción por el cese se computará desde su inscripción (obviando lo señalado por el art. 21.1 CCom)<sup>20</sup>.

Otra cuestión problemática radicaba en si el daño se manifestaba o concretaba antes o después del cese. Si el daño se producía antes, no había complicación, pues el inicio de la prescripción se situaba en el del cese del concreto administrador —lo que, no obstante, podía provocar situaciones censurables, como cuando

---

<sup>19</sup> A mi juicio, la prescripción de cualquier acción de responsabilidad debería iniciarse tomando como punto de partida la conducta antijurídica y no otros eventos distintos al hecho antijurídico/dañoso o su manifestación; permitiendo, por descontado, la eliminación de los obstáculos al ejercicio de la acción, como así lo ha prescrito tradicionalmente el art. 1969 CC y, actualmente, el art. 241 bis LSC.

<sup>20</sup> Puede verse, como ejemplo, la STS de 14 de abril de 2009 (EDJ 2009/62990), en relación con la constancia registral del nombramiento del administrador, que nunca se ha entendido constitutiva. Esta sentencia resolvió el problema partiendo de la diferenciación entre los efectos materiales y formales del cese, de conformidad con lo declarado en la STS de 27 de noviembre de 2008 (EDJ 2008/227739). La STS de 19 de noviembre de 2013 (EDJ 2013/233978), por su parte, reitera esta doctrina y señala que: «La relevancia a estos efectos de la constancia registral del cese del administrador ha sido precisada por esta Sala en ocasiones anteriores. En concreto, las sentencias núm. 700/2010, de 11 de noviembre, recurso núm. 1927/2006, y núm. 810/2012, de 10 de enero, recurso núm. 2140/2010, distinguen entre los efectos materiales o sustantivos que se siguen de la falta de inscripción del cese del administrador en el Registro Mercantil y los efectos formales que afectan al cómputo del plazo de prescripción. En el plano material, la falta de inscripción del cese no comporta por sí misma que el administrador cesado siga siendo responsable frente a terceros, salvo excepciones derivadas del principio de confianza, ni que asuma obligaciones sociales por incumplir deberes que ya no le incumben, dado que la inscripción no tiene carácter constitutivo. A meros efectos formales, y en orden a dilucidar si la acción ejercitada está o no prescrita, el criterio seguido por esta Sala es que si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento».

Y continúa declarando que «si no consta el conocimiento por parte del afectado del momento en que se produjo el cese efectivo por parte del administrador, o no se acredita de otro modo su mala fe, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento» (sentencias núm. 184/2011, de 21 de marzo, recurso núm. 1456/2007, y núm. 810/2012, de 10 de enero, recurso núm. 2140/2010).

hubiesen pasado más de cuatro años desde el cese de uno o varios de los administradores, autores del hecho lesivo, y no respecto de los demás que permanecieron más tiempo en el cargo<sup>21</sup>—. Por el contrario, si el daño se manifestaba o concretaba con posterioridad al cese, podían darse situaciones absurdas, como que ya hubieran transcurrido cuatro años desde el cese del administrador y éste quedara impune. Ante esta circunstancia, la doctrina mayoritaria y los tribunales<sup>22</sup> entendieron que lo razonable era establecer ese momento posterior —de manifestación o concreción del daño— como el *dies a quo* de la prescripción<sup>23</sup>.

En el caso particular del administrador de hecho<sup>24</sup>, nuestro Alto Tribunal empezó declarando que la referencia al cese formal del cargo era ineficaz en relación a la prescripción que debía aplicarse a aquél, pues es cierto que el administrador de hecho carece de ese cese formal tal y como lo entendemos (cfr. STS de 25 de marzo de 2008). Sin embargo, algunas resoluciones posteriores abogaron por defender que el *dies a quo* de la prescripción se computaría desde el «cese de hecho»<sup>25</sup> (cfr. SSTs de 14 de abril de 2009 y 1 de marzo de 2010); ciertamente, la actividad probatoria en este particular caso, por cuestiones obvias, se me antoja no exenta de dificultad.

Cabría esperar, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, que el plazo de prescripción para la responsabilidad por el déficit concursal del art. 172 bis LC

<sup>21</sup> Véase GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: «La prescripción de las acciones de responsabilidad de administradores. El supuesto de la responsabilidad por deudas sociales y la responsabilidad», *El Derecho*, RDM, n.º 31, 2015, edición digital.

<sup>22</sup> Así lo declararon, v. gr., la STS de 11 de noviembre de 2008, la SAP de Vizcaya de 19 de noviembre de 1998, la SAP de Toledo de 11 de junio de 2008 («la acción ahora lo es de responsabilidad por daño y no por deudas sociales y por ello el artículo 949 del C. Comercio, que nada excluye sobre el particular, no impide que el plazo cuya fecha de inicio de cómputo establece dicho precepto en el día del cese del administrador, no pueda empezar a computarse sino después, si a aquella fecha no existía todavía un daño o un conocimiento del mismo por aquél a cuyo favor nace la acción precisamente del daño mismo») o la SAP de Islas Baleares de 11 de noviembre de 2013.

<sup>23</sup> Véase GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (en «La prescripción de las acciones de responsabilidad...», *op. cit.*), quien sostiene, con acierto, que «cualquier otra solución equivaldría, de hecho, a una reducción de ese plazo, durante todo el tiempo que transcurriese desde el cese del administrador hasta la producción, exteriorización o concreción del daño».

<sup>24</sup> Sobre la figura del «administrador de hecho» se sugiere la lectura de la monografía de LATORRE CHINER, N.: *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, Ed. Comares, 2003; o la obra de DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2002. De interés, también, PERDICES HUETOS, A. B.: «Significado actual de los «administradores de hecho»: los que administran de hecho y los que de hecho administran (a propósito de la STS 24 de septiembre de 2001, RJ. 7489)», *RDS*, n.º 18, 2002-1, págs. 277 a 287; y la colaboración de MARTÍNEZ SANZ, F.: «Ámbito subjetivo de la responsabilidad. El administrador de hecho», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, en ROJO y BELTRÁN (Dirs.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición, 2009, págs. 56 a 72.

<sup>25</sup> En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El administrador de hecho...*, *op. cit.*, págs. 194 a 195: «desde el momento en que cese la gestión de hecho del “extraneus” por su similitud con el cese del administrador designado».

pudiera ser, efectivamente, el de cuatro años desde el cese *ex art.* 949 CCom. Un cese que podría corresponderse, por ejemplo, con su destitución en Junta general de socios, con su dimisión legalmente efectuada, con cualquier supuesto de extinción de la sociedad (*v. gr.*, art. 178.3 LC), o con la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3 LC), momento en el que administradores o liquidadores son sustituidos por la propia administración concursal.

Sucede, sin embargo, que, en realidad, como avanzamos, este régimen de prescripción para la responsabilidad de los administradores societarios del art. 949 CCom sería —en la hipótesis de no compartir nuestra tesis— inaplicable a la responsabilidad del art. 172 bis LC<sup>26</sup>. El hecho de que el *dies a quo* de la prescripción del art. 949 CCom se fije en el cese y que solo sean imputables (afectados por la calificación) los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, en el cargo y los que hubieran tenido tal condición durante los dos años anteriores a la declaración de concurso (por tanto, no cesados con anterioridad a ese período), supone, *de facto*, la imposibilidad de que la prescripción de cuatro años del art. 949 CCom opere en la acción del art. 172 bis LC<sup>27</sup>. Especialmente si tenemos en cuenta que la prescripción se interrumpe *ex art.* 60.3 LC (antes, art. 60.2) con la declaración de concurso, razón por la que la prescripción no avanzaría durante la tramitación del procedimiento. Sencillamente porque, bajo estas condiciones, no será posible, en ningún caso, que la acción de cobertura del déficit haya prescrito para cualesquiera posibles afectados por la calificación.

## 2. La prescripción en los supuestos singulares de reapertura del concurso

En cualquier caso, cabría cuestionarse si, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos —digámoslo así— *ordinarios* de calificación, la prescripción del art. 949 CCom es aplicable a la acción de cobertura del déficit en alguno de los

<sup>26</sup> Sí que fue aplicable, en cambio, al resto de acciones del art. 172 LC y a la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 LC hasta que el 1 de enero de 2012 entró en vigor la reforma operada por la Ley 38/2011, por virtud de la cual ambos preceptos incorporaron el denominado *elemento temporal* («quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso») que hace ineficaz, como se apunta en el texto principal, la prescripción establecida en el art. 949 CCom.

<sup>27</sup> La mayor parte de los tribunales han pasado por alto esta cuestión. *V. gr.*, véase la SAP de A Coruña 14/2015, de 26 de enero (AC 2015/309), que, al tratar la cuestión del *elemento temporal*, acaba haciendo alusión a la aplicación, en todo caso, de la prescripción establecida en el art. 949 CCom: «Por nuestra parte, no obstante las dudas jurídicas de que es susceptible la cuestión, consideramos correcta esta segunda postura, pues no creemos que se trate de una limitación temporal objetiva de las acciones o conductas culpables sino solo subjetiva sobre los individuos de la persona jurídica en liquidación que pueden resultar afectados por tal calificación del concurso y sus consecuencias, independientemente de la época en que realizaron los hechos imputados, salvo en aquellos casos en que expresamente lo impone la Ley Concursal. Lo que no quita la posible prescripción de la acción, conforme al artículo 949 del Código de Comercio...». Asimismo, la SAP de León 197/2007, de 25 de junio de 2007 (Ref. Tirant: TOL1.223.105).

supuestos de reapertura del concurso como consecuencia del tiempo transcurrido entre la conclusión del concurso y su reapertura.

Para resolver esta cuestión debemos distinguir los dos supuestos en los que procede la reapertura del concurso: (i) en caso de que aparezcan nuevos bienes y derechos una vez concluido el concurso por liquidación o insuficiencia de masa (art. 179.2 LC); y (ii) en el año siguiente a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa si lo solicita cualquier acreedor indicando hechos que puedan justificar nuevas acciones de reintegración o conducir a una calificación culpable del concurso (art. 179.3 LC).

### 2.1. *Reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos (art. 179.2 LC)*

El supuesto del art. 179.2 LC resulta irrelevante a los efectos que nos interesan porque el propio precepto advierte de que se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad<sup>28</sup>. Aunque ciertamente el art. 167.1 LC ordena la apertura de la sección de calificación en todos los casos en los que se abra la fase de liquidación, no parece posible que ello sea aplicable al supuesto de hecho del art. 179.2 LC<sup>29</sup>. A esta afirmación nos conduce no solamente el carácter taxativo del art. 179.2 LC y la expresión «*se limitará a la fase de liquidación*», sino en igual medida el hecho de que en este caso el concurso habría concluido supeditado a que no fuera previsible —además del ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros— «*la calificación del concurso como culpable*»; esto es, a que no hubiera un pronunciamiento apriorístico de culpabilidad (art. 176 bis.1 LC).

### 2.2. *Reapertura del concurso a solicitud de cualquier acreedor en el primer año desde la conclusión del concurso por inexistencia de masa (art. 179.3 LC)*

Veamos, ahora, el supuesto del art. 179.3 LC; cuya redacción, vaya por delante, resulta claramente censurable por su falta de claridad. En cuanto a lo que nos

<sup>28</sup> Véase ALONSO ESPINOSA, F. J.: «Comentario de los arts. 179 y 180 LC», Comentarios a la Legislación Concursal, en PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (Dir.), tomo II, Dykinson, págs. 1.499 y 1.501; quien habla de «modalidad de continuación de la liquidación... tendrá como contenido casi exclusivo la actualización del inventario y lista de acreedores formados en el procedimiento anterior porque la reapertura se ceñirá a la reintegración de bienes o derechos y a la práctica de su liquidación».

<sup>29</sup> Reiteramos aquí nuestra crítica a esta norma en la medida en que cabrían, en hipótesis, hechos que podrían justificar la calificación culpable. Estamos pensando, por ejemplo, en los supuestos en que esos nuevos bienes o derechos hubieran sido ocultados fraudulentamente por la administración de la sociedad y por esa razón no hubieran formado parte de la masa activa del concurso hasta su reapertura.

atañe, el precepto establece que los acreedores<sup>30</sup> podrán solicitar la reapertura del concurso en el año siguiente a la conclusión del concurso «*aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable*», salvo que ya se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido (art. 179.3 *in fine* LC)<sup>31</sup>. Con ello, el legislador habilita una segunda oportunidad para los acreedores de recuperar activos para la masa por medio de acciones de reintegración. Así las cosas, debe entenderse este supuesto como una eventual anomalía del escenario descrito en el art. 176 bis.1 LC, pues precisamente el presupuesto para la conclusión por insuficiencia de masa activa era, como dije, que no fuera previsible la calificación culpable del concurso (como también lo era que no se encuentre en trámite la sección de calificación)<sup>32</sup>. Asimismo, hemos de presumir que, si no hubiera habido sentencia de calificación en el concurso antes concluido, será posible abrir *ex novo* la pieza de calificación para depurar responsabilidades de carácter concursal por hechos de nuevo conocimiento: (i) pese al carácter previsiblemente fortuito que fundó la conclusión *ex* art. 176 bis.1 LC y (ii) pese a que realmente el art. 179.2 LC no lo dice, ni tampoco se encuentra previsión en tal sentido en el art. 167 LC (que determina los supuestos en los que procede la apertura de la sección de calificación).

---

<sup>30</sup> Algún autor, como FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V. [en «Comentario al art. 179 LC», *Ley Concursal comentada*, en MACÍAS CASTILLO y JUEGA CUESTA (Coords.), El Derecho, Madrid, 2014, pág. 615] ha sostenido que la relación del art. 179 LC con el art. 176 bis.3 LC permite entender que aquellos acreedores personados que no se opusieron a la conclusión del concurso carecerán de legitimación para peticionar la reapertura del concurso conforme a este nuevo precepto.

Discrepamos con dicha posición toda vez que entendemos que habrá de considerarse si los hechos por los que se solicita la reapertura son de nuevo conocimiento. Si, en efecto, no pudieron conocerse al tiempo de la tramitación de la conclusión, nada obstará a aquellos para poder solicitar la reapertura.

<sup>31</sup> Cabría preguntarse qué ocurriría si, en vez de sentencia de calificación, se hubiera dictado auto de archivo por coincidencia en la solicitud de concurso fortuito de la administración concursal y el Ministerio Fiscal de conformidad con el art. 170.1 LC. Del tenor literal del art. 179.3 LC parece desprenderse que sí cabría en ese supuesto iniciar nuevamente los trámites para una nueva pieza de calificación si los acreedores aportan nuevos hechos relevantes para la calificación culpable del concurso. Debería, no obstante, examinarse si esto no choca frontalmente con el principio de cosa juzgada del art. 222 LEC (cfr. STC de 20 de junio de 1984), dado que coincidirían objeto y causa de pedir; un estudio que, no obstante, excede de los límites de este trabajo.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: plantea una reflexión interesante acerca de este presupuesto [en «Comentario al art. 176 LC», *Ley Concursal comentada*, en MACÍAS CASTILLO y JUEGA CUESTA (Coords.), El Derecho, Madrid, 2014, pág. 598]: «que el concurso se declare como culpable no tiene por qué comportar responsabilidad patrimonial alguna (...). O dicho de otra forma, en el sentido de la LC, art. 176.3, para qué seguir adelante con un concurso en el que no existe masa al único efecto de obtener una declaración de culpabilidad, sin que ello suponga el “ingreso” de nuevos recursos con los que pagar los créditos contra la masa». Aunque es el propio art. 176 bis LC el que ofrece una solución a esta cuestión, pues no podrá dictarse auto de conclusión a menos que fuera manifiesto que lo que se obtuviera de las pretendidas acciones no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa. En muchos casos, no obstante, será complicado que las dotes premonitorias del juez del concurso le permitan conocer el alcance patrimonial de las acciones, salvo que sean manifiestamente inútiles, o viceversa.

Ahora bien, téngase en cuenta que el cese del administrador (que es el hito que iniciaría el plazo de prescripción *ex art. 949 CCom*) se produce con ocasión de la conclusión del concurso (art. 178.3 LC) —y si aconteció antes, se aplicaría la interrupción de la prescripción de la acción de responsabilidad *ex art. 60.3 LC* hasta la conclusión—, por tanto, solo podría llegar a transcurrir un año, como máximo («*en el año siguiente a la (...) conclusión de(l) concurso*»), desde que comenzó a correr el plazo de prescripción *ex art. 949 CCom*. En consecuencia, no parece posible, de nuevo, que pudiera llegar a originarse *de facto* la prescripción establecida en ese precepto, que es de cuatro años.

### 3. La prescripción en los supuestos de incumplimiento de convenio

Para el análisis del supuesto de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio (arts. 140 y 143.1.5.º LC), señalaremos que no es posible proporcionar una solución uniforme y tiene que ser diversificado según las distintas variantes; esto es, en función del tipo de convenio incumplido, pues uno y otro tendrían implicaciones distintas con respecto a la prescripción de la acción.

#### 3.1. Incumplimiento de un convenio «gravoso»

Si el convenio incumplido es un *convenio gravoso*<sup>33</sup>, se produce la apertura de la liquidación (art. 143.1.5.º LC) y, como consecuencia de ello, la reapertura de la calificación (art. 167.1 y 2 LC). La razón es sencilla. El convenio gravoso provoca, al igual que la liquidación, la apertura automática de la sección sexta de calificación *ex art. 167.1 LC*. En consecuencia, lo que procederá en cuanto a la sección sexta, en caso de incumplimiento de este tipo de convenio, es su reapertura (en pieza separada y autónoma si el primer incidente de calificación se encuentra *sub iudice* [art. 167.2.2.º LC]).

Como vimos antes, la LC establece una limitación lógica a las conductas que han de enjuiciarse en esta *nueva* calificación. Así, el art. 167.2 LC señala que el

---

<sup>33</sup> Hablamos de un *convenio gravoso* cuando se aprueba una quita de un tercio o superior del importe de los créditos o una espera de tres años o más (art. 167.1.ii LC). Antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, los límites eran sutilmente distintos y se encontraban determinados en el art. 163 LC: debía establecerse una quita superior a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años. En definitiva, antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, un convenio que estableciera una quita de un tercio del importe de los créditos o una espera de tres años no se consideraba *gravoso*; desde el 1 de enero de 2012, en cambio, sí. No sabemos si este cambio atiende a una motivación particular del legislador o simplemente la reforma suscitó esta variación inconscientemente fruto de la terminología empleada.

procedimiento se limitará a «*determinar las causas del incumplimiento*» y a depurar las responsabilidades imputables a tal incumplimiento (cfr. STS 13/04/2016<sup>34</sup>).

Para concluir si en este supuesto podría, en hipótesis, llegar a operar la prescripción del art. 949 CCom, debemos partir de las siguientes premisas: (i) que solo se tendrán en consideración los actos realizados durante la pendencia del convenio que hayan contribuido a su incumplimiento; (ii) que la prescripción *ex* art. 949 CCom es de cuatro años y se inicia con el cese en el cargo; (iii) que por virtud del art. 133.2 LC, con la aprobación del convenio se reinicia la prescripción de las acciones de responsabilidad frente a administradores, liquidadores, socios y auditores (interrumpida desde la declaración de concurso *ex* art. 60.3 LC); (iv) que la espera acordada en un convenio puede ser de hasta Diez años<sup>35</sup> (art. 124.1.b LC); y (v) que la acción de incumplimiento de convenio puede ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y hasta dos meses después del auto que lo declare cumplido (art. 140.1 LC)<sup>36</sup>. Teniendo en cuenta todo lo anterior, es perfectamente admisible, pues, que en este caso particular sí podría llegar a plantearse un supuesto de hecho al que afectase el régimen de prescripción del art. 949 CCom. Solo tendrían que transcurrir cuatro años desde el cese del administrador (o de cualquier otro sujeto imputable) hasta la reapertura de la sección de calificación. Estaríamos hablando, eso sí, de convenios con al menos una espera de cuatro años (aunque lo lógico, en la práctica, es pensar en convenios de cinco o más años para que esto ocurra); de otro modo, el tiempo jugaría en contra de esta hipótesis, pues no transcurriría el suficiente para que se produjera la prescripción.

---

<sup>34</sup> La STS (Sala 1.ª), de 13 de abril de 2016 (Rec. 2910/2013), fija como doctrina jurisprudencial que «la calificación tras la reapertura por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio debe ser enjuiciada únicamente desde la perspectiva de los arts. 164.2.3.º, 167.2, 168.2 y 169.3 LC. Lo que supone que, respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado».

Antes de ella, ya se habían dictado algunas resoluciones que apuntaban a esta tesis, como la SAP de Islas Baleares de 28 de diciembre de 2012 («no pueden enjuiciarse de nuevo las conductas tenidas en cuenta al analizar la eventual culpabilidad del concurso y al aprobar el convenio, sino lo acontecido desde su aprobación y los motivos y causas por lo que el incumplimiento se produjo...»); o la SJM n.º 1 de Palmas de Gran Canaria de 18 de julio de 2011: «todas las alegaciones al margen del objeto delimitado por la Ley para la sección reabierta [las causas del incumplimiento del convenio] son extravagantes y no pueden conformar el objeto de este juicio de calificación especial».

<sup>35</sup> Esta fue una novedad introducida por la reforma que llevó a cabo el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (luego consolidado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo). Con anterioridad a aquella reforma, el plazo máximo de espera era de cinco años (antiguo art. 100.1 LC).

<sup>36</sup> Después de ello, la acción del acreedor habrá caducado (art. 140.1 LC).

### 3.2. Incumplimiento de un convenio «no gravoso»

Si, en cambio, el convenio incumplido es un convenio *no gravoso*<sup>37</sup> se produce igualmente la apertura de la liquidación por incumplimiento de convenio (art. 143.2.5.º LC), pero, en esta ocasión, la consecuencia de ello es la apertura «ex novo» de la sección de calificación (art. 167.1.i LC); pues no se habrá abierto antes en la medida en que un convenio de estas características no origina la apertura de la calificación (excepción establecida en el art. 167.1.ii LC).

En este particular supuesto procede depurar todas las responsabilidades de carácter concursal, incluidas, naturalmente, las del incumplimiento del convenio. No está en este caso limitado el procedimiento, por tanto, a las causas inherentes al incumplimiento del convenio, sino que alcanza, también, a cualesquiera otras conductas comprendidas en los arts. 164 y 165 LC (cfr. SAP, Zaragoza, de 18 de octubre de 2010<sup>38</sup>).

Aunque en lo sustancial pareciera que nos encontramos ante un supuesto muy similar al anterior, lo cierto es que contiene un matiz trascendental que conduce a una conclusión contraria a la precedente. Sucede que, en este caso, el convenio, por su condición de *ordinario*, deberá ser inferior a tres años (art. 167.1.ii LC). Si además tenemos en cuenta: (i) que la prescripción se interrumpe durante la tramitación del concurso (art. 60.3 LC); (ii) que ésta se reinicia con la aprobación del convenio (art. 133.2 LC); y (iii) que el plazo de prescripción del art. 949 CCom es de cuatro años, es incuestionable que, de nuevo, nos encontramos ante un supuesto en el que no sería posible aplicar, en hipótesis, la prescripción del art. 949 CCom por resultar *de facto* ineficaz, al no darse las condiciones para que pudiera entrar en juego en ningún caso.

En conclusión, solo podría operar el régimen de prescripción establecido en el art. 949 CCom, en la hipótesis planteada, en el concreto supuesto de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de un convenio *gravoso* (arts. 143.1.5.º y 167.1 y 2 LC).

## 4. La inaplicabilidad del art. 241 bis LSC

La siguiente regla que precisa de examen como hipotética alternativa a nuestra postura es la contenida en el nuevo art. 241 bis LSC. Sin entrar aquí en el estudio detallado de este nuevo régimen de prescripción de determinadas respon-

<sup>37</sup> Esto es, cuando se aprueba una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años (art. 167.1.ii LC).

<sup>38</sup> SAP Zaragoza de 18 de octubre de 2010: «no está limitado el tribunal para el examen de todas las causas de calificación que se aleguen...».

sabilidades dirigidas contra los administradores societarios, sí cabe la exposición sintética de las principales características que lo configuran.

La citada Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modificó la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo<sup>39</sup>, introdujo importantes reformas encaminadas a mejorar el gobierno de las sociedades de capital en todo su ámbito. Los cambios van desde la modificación del régimen jurídico propio de los órganos de administración —otorgando, por ejemplo, más protagonismo a la Junta de accionistas en la toma de decisiones estrictamente empresariales— hasta el fortalecimiento del control sobre las remuneraciones de los directivos y la regulación de la responsabilidad por su gestión. Pasando por la obligatoriedad de publicar los períodos medios de pago a proveedores, con la finalidad de atajar los retrasos en el abono de facturas en el ámbito privado.

Entre las importantes reformas operadas por la Ley 31/2014 se encuentra, como avanzamos arriba, la concerniente al régimen jurídico de la prescripción de las acciones de responsabilidad frente a administradores sociales, llevada a cabo a través de la incorporación de un nuevo precepto en la Ley de Sociedades de Capital:

*«Artículo 241 bis LSC.— Prescripción de las acciones de responsabilidad.*

*La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años, a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse.»*

---

<sup>39</sup> Publicada en el BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014. Vigente desde el 24 de diciembre de 2014. Como su propia EM apunta, el gobierno corporativo de las sociedades ha adquirido en los últimos años «una transcendencia tal que se ha incorporado, con carácter estructural y permanente, a la agenda regulatoria de las autoridades y a los planes estratégicos de actuación de las instituciones privadas. (...) Así, si en origen el gobierno corporativo se centraba en el estudio del Consejo de administración y en las posibles soluciones a los problemas de agencia y de información asimétrica de las sociedades mercantiles, en la actualidad, junto con estas cuestiones, se analizan pormenorizadamente otras como las relativas a las retribuciones y profesionalización de administradores y directivos».

Es innegable el valor añadido que los agentes económicos y sociales reconocen de una gestión adecuada y transparente de las sociedades —con especial énfasis en las sociedades cotizadas—. No solamente por una cuestión de mera eficiencia económica o de protección del inversor, sino para combatir eficazmente la complejidad estructural con la que determinadas entidades han dotado a su gobierno corporativo, que impide determinar eficazmente la cadena de responsabilidad dentro de la organización. Una cuestión que no ha dudado en señalar la Unión Europea y el G-20 como determinante —indirectamente— de la reciente crisis financiera.

El impulso del gobierno corporativo se hizo patente con actos como la declaración de los líderes del G-20 en la *Cumbre de Pittsburgh* de septiembre de 2009 (puntos núms. 13 y 26 de las conclusiones, Anexo II) o la publicación en abril de 2011 del denominado *Libro Verde*, para evaluar la eficacia de la regulación no vinculante sobre gobierno corporativo por parte de la Comisión Europea, que veía favorablemente introducir una mayor regulación sobre gobierno corporativo con carácter vinculante.

Esta incorporación no supuso, sin embargo, la derogación del art. 949 CCom. Su mantenencia se justifica por la necesidad de conservar un régimen de prescripción tanto para las acciones de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC como para las ejercitadas frente a los administradores de sociedades personalistas, cuya regulación sigue contenida en el Código de Comercio (art. 116 y siguientes).

Este precepto, que no fue objeto de ninguna enmienda, reproduce el tenor del artículo 215-20 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014, aunque su origen es muy anterior: se encuentra en el art. 133 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles aprobada por la Sección de Derecho mercantil el 16 de mayo de 2002<sup>40</sup>. Con la incorporación del nuevo art. 241 bis LSC, el plazo de prescripción se ha mantenido en los cuatro años, pero se ha alterado el *dies a quo*, de manera que, si antes el cómputo se iniciaba desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración, el nuevo texto señala que la acción prescribirá a los cuatro años «a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse»; lo que no es sino la incorporación al ordenamiento societario de la regla general de la *actio nata* del art. 1969 CC<sup>41</sup>.

En cierto modo, se trata de un cambio sustancial con respecto al régimen anterior y se incorpora al régimen de prescripción con resultados heterogéneos, pues la acción podrá prescribir estando todavía el administrador en el cargo —lo que supone un evidente acortamiento de los plazos en comparación con la situación anterior—<sup>42</sup>, o podrá iniciarse el cómputo del plazo después del cese, si el acreedor desconocía el hecho antijurídico con anterioridad a ese cese.

Cuestiones como el cómputo del plazo, su interrupción y su suspensión, se regirán por las reglas comunes en materia de prescripción de acciones configura-

<sup>40</sup> La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, no aclara el motivo de esta nueva regulación. Para ello, hemos de retroceder hasta la Propuesta de Código Mercantil de 2013, en cuya Exposición de Motivos, no obstante, el legislador se limitó a señalar al respecto que «se ha clarificado el viejo asunto de la prescripción de acciones», sin aportar más datos; entendemos que refiriéndose a viejas disyuntivas como: (i) la elección entre el art. 949 CCom o el art. 1968 CC según se tratase de una acción de naturaleza contractual o no (resuelta por la STS 20/07/2001); (ii) o el establecimiento de un *dies a quo* exento de problemas prácticos (inscripción registral, daño continuado...); (iii) o la extensión del art. 949 CCom a la acción del derogado art. 262.5 LSA. En el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 se señaló, en similares términos, «que se ha clarificado la cuestión del plazo de prescripción y su cómputo».

<sup>41</sup> «Art. 1969 CC.— El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.»

<sup>42</sup> Coincido con CARRASCO PERERA, Á. (en «El nuevo régimen legal de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales», *Análisis Gómez Acebo y Pombo*, marzo 2015, págs. 1 y 2 de la edición digital), cuando señala que se trata de una «dulcificación» del riesgo que hasta ahora debían soportar los administradores. El hecho de que sea previsible que el inicio del plazo de prescripción tenga lugar antes de que el administrador haya cesado —señala—, reducirá el número de casos en los que los administradores sean condenados por la vía de la acción de responsabilidad.

das en el Código Civil. Por lo demás, ha de notarse que, de conformidad con el art. 9.3 CE (*principio de irretroactividad de las leyes*) y con el art. 2.3 CC, y de su interpretación conjunta con el art. 1939 CC, este nuevo régimen de prescripción solo podrá aplicarse a las acciones que hayan nacido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014 (24 de diciembre de 2014); o, si ya se hubiera iniciado el plazo de prescripción de aquéllas por razón del cese (lo que podría concebirse como el supuesto más relevante por su conflictividad), el plazo de prescripción se alargaría, como máximo, cuatro años desde la entrada en vigor<sup>43</sup>; aunque la propia ley no haya contemplado esta circunstancia específica a través de disposición en su régimen transitorio<sup>44</sup>. MASSAGUER lo explica señalando que «el artículo 241 bis no ha traído consigo, como efecto inmediato de su entrada en vigor, la prescripción de las acciones de responsabilidad latentes contra los administradores por actos cometidos antes y respecto de los que ya hayan transcurrido cuatro años desde la fecha en que pudieron ser ejercitadas, pues en estos casos el *dies a quo* de la acción es el de entrada en vigor de la Ley (31/2014)»<sup>45</sup>.

Como hemos advertido antes, el reciente art. 241 bis LSC recoge el principio acuñado por el art. 1969 CC, por el que se entiende que la acción nace desde que pudiera haberse ejercitado. Se trata, sin duda, de un concepto jurídico indeterminado que nuestra mejor doctrina y nuestra jurisprudencia han dotado de contenido a fin de evitar una indeseable inseguridad jurídica.

La cuestión de la determinación del inicio de la prescripción, de sumo valor, promovió un vivo debate de la doctrina científica<sup>46</sup>. El punto de partida de este

<sup>43</sup> De otro modo, podría darse un supuesto restrictivo de derechos precisamente proscrito por el art. 9.3 CE, como sería el caso del acreedor que, no habiendo ejercitado la acción en la confianza de que el administrador contra el que pretende dirigirse sigue en el cargo, pierde el derecho a ejercitar la acción por haber transcurrido cuatro años desde que pudo ejercitar la acción (tal y como demanda el nuevo art. 241 bis LSC). En este especial supuesto, el acreedor tendría cuatro años de plazo desde la entrada en vigor de la Ley 31/2014 para ejercitar la acción de responsabilidad.

<sup>44</sup> En efecto, aunque el legislador no haya reglado esta circunstancia, parece que es esta la solución de carácter político-jurídico deseada por el legislador. No en vano, en un supuesto similar más reciente, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC (que modificaba el art. 1964 CC, pasando de 15 a 5 años el plazo de prescripción de las acciones personales sin plazo específico), estableció expresamente que el tiempo de prescripción de este tipo de acciones, nacidas antes de la entrada en vigor de aquella Ley 42/2015, se regiría por lo dispuesto en el art. 1939 CC: «*la prescripción comenzada antes de la publicación de este código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo*».

<sup>45</sup> Véase MASSAGUER FUENTES, J.: «Art. 241 bis.— Prescripción de las acciones de responsabilidad», *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, en JUSTE MENCIA, J. (Coord.), Madrid, 2015, pág. 487.

<sup>46</sup> Véase, Díez-PICAZO, L.: «Art. 1969», *Comentario del Código Civil*, tomo II, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH (Dirs.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, págs. 2.166 y 2.167.

debate fue el de la no prescripción de la acción no nacida (*actio nondum nata no praescribitur*)<sup>47</sup>. Como señala Díez-PICAZO, «no basta, pues, que el “derecho” exista; es menester además que haya nacido la “acción” para defenderlo o para ejercitarlo»<sup>48</sup>.

La tesis que hoy manejamos acerca del momento en el que nace la acción (art. 1969 CC) es el resultado práctico de conjugar dos teorías formuladas de antiguo por la doctrina, con algunos matices. La primera preconizaba que el nacimiento de la acción tiene lugar en el momento en el que se produce la lesión del derecho subjetivo (*teoría de la lesión*). La segunda, por su parte, partía de la premisa de que algunos derechos subjetivos comienzan a prescribir sin que haya una conducta lesiva, esto es, la prescripción comienza con la insatisfacción del derecho (*teoría de la insatisfacción o de la pretensión insatisfecha*)<sup>49</sup>. Ambas teorías ponderan principios irrefutables y, desde ese punto de vista, se ha considerado acertadamente que no son incompatibles.

Aunque es cierto, sin embargo, que este planteamiento no resuelve toda la potencial casuística, toda vez que existen derechos de crédito que requieren de una lesión positiva (v. gr., la obligación de «no hacer» del deudor a favor del acreedor) y derechos reales que se violan con la simple insatisfacción del crédito (v. gr., el derecho real de hipoteca). Es por ello por lo que la doctrina más autorizada ha sostenido tradicionalmente que el derecho comienza a prescribir, en realidad, desde que es violado, y que en ese momento ha de ejercitarse la acción para protegerlo. De ahí que considere que en unos casos se entenderá violado cuando un tercero lo lesione con una conducta positiva y, en otros, cuando quede insatisfecho como consecuencia del comportamiento omisivo del tercero<sup>50</sup>. Por supuesto, será necesario haber removido los obstáculos al ejercicio del derecho con carácter previo al inicio del cómputo de la prescripción, tanto si tienen su origen en la ley como si lo tienen en lo convenido entre las partes (autonomía de la voluntad —cfr. SSTs de 2 de julio de 1963 y 20 de febrero de 1967—), en lo que actualmente ha reconocido la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia como una situación de «aptitud plena para litigar»<sup>51</sup> (cfr. SSTs 11 de noviembre de

---

Asimismo, resulta de obligada lectura el capítulo que Díez-PICAZO, L. (en *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, págs. 127 a 135), dedica a los presupuestos de ejercicio de la facultad de prescripción en los que analiza, en particular, las diversas teorías que tratan el comienzo de la acción: (i) la llamada teoría del nacimiento de la acción, (ii) la teoría que sitúa la lesión e insatisfacción como momento decisivo, y (iii) otras teorías intermedias.

<sup>47</sup> Véase Díez-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, pág. 129.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> El paradigma de esta teoría son los derechos de crédito, pues, una vez vencidos, comienzan a prescribir por la mera desatención del deudor de su obligación debida.

<sup>50</sup> Véase Díez-PICAZO, L.: «Art. 1969», *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, pág. 2.167; y, del mismo autor, *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, págs. 129 a 132.

<sup>51</sup> Como señala SALDAÑA VILLOLDO, B. (en «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, en

2008, 12 de diciembre de 2011, 28 de junio de 2012, 18 de diciembre de 2012, 9 de enero de 2013, 21 de enero de 2013, 8 de marzo de 2013, 25 de abril de 2013<sup>52</sup> y 2 de abril de 2014).

Así las cosas, el camino emprendido por nuestro Código Civil presume de un marcado carácter práctico —frente a una posición estrictamente jurídico-teórica— y se sustenta en el momento en que es posible ejercer el derecho: «*desde el día en que pudieron ejercitarse*»<sup>53</sup>. Una posibilidad que deberá evaluarse, eso sí,

---

HERNANDO CEBRÍA (Coord.), Ed. Bosch, Barcelona, 2015, págs. 419 y 420): «Parece más adecuado ponderar para determinar si debe iniciarse el plazo de prescripción de las acciones la presencia de determinados presupuestos que permitan a su titular esgrimir la acción como pretensión procesal con las mínimas garantías (...) será relevante la situación y circunstancias personales del sujeto concreto en orden a determinar si estaba o no en condiciones de ejercitar la acción».

En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción», *XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Valladolid, 9 de mayo de 2014: «Esa “aptitud plena” para litigar, que requiere que el actor tenga todos los “elementos fácticos y jurídicos” adecuados para ejercitar su derecho, parece remitir a la posibilidad real y efectiva (*sic*), en su doble vertiente de ausencia de impedimentos físicos y jurídicos y de conocimiento del actor sobre los hechos que fundamentan su pretensión.»

Para Díez-PICAZO, L. (en *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, págs. 132 a 135), en cambio, la «posibilidad de ejercicio» que se deriva del tenor literal del art. 1969 CC se refiere a «posibilidad legal» y, en consecuencia, las condiciones materiales del titular del derecho u otras circunstancias de índole personal, como el conocimiento de la posibilidad de ejercicio del derecho, solo tendrían cabida, con carácter extraordinario, cuando así lo establezca el ordenamiento (*v. gr.*, art. 1968.2.ª CC [*«desde que lo supo el agraviado»*]). Lo contrario, sostiene, solo tendría cabida desde un punto de vista de política jurídica.

<sup>52</sup> «El inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual viene determinado por el conocimiento por el perjudicado de la existencia del hecho determinante de la responsabilidad (“desde que lo supo el agraviado”). El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS, entre las más recientes, de 24 de mayo de 2010, rec. n.º 644/2006; 12 de diciembre de 2011, rec. n.º 2017/2008, y 9 de enero de 2013, rec. n.º 1574/2009), de manera que el plazo de prescripción no comienza a correr en contra de la parte que se propone ejercitar la acción mientras no disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar (es decir, hasta el efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del daño corporal sufrido). De ahí que cuando de secuelas se trata, el referido criterio jurisprudencial derivado del principio indicado se traduzca en que la prescripción de la acción para reclamar por secuelas solo se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas (pág. ej. STS 9 de enero de 2013, rec. n.º 1574/2009, con cita de otras anteriores). Esta doctrina es coherente con el tenor del art. 1968-2.º CC y con la que se orienta a interpretar restrictivamente la prescripción por no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (SSTS de 14 de marzo de 2007, rec. n.º 262/2000; 6 de mayo de 2009, rec. n.º 292/2005; y 24 de mayo de 2010, rec. n.º 644/2006), y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance del daño por causas no imputables a su persona o comportamiento (SSTS de 12 de junio de 2009, rec. n.º 2287/2004, y 25 de mayo de 2010, rec. n.º 2036/2005)».

<sup>53</sup> El principio práctico de la «posibilidad» ha inspirado también otros regímenes jurídicos de responsabilidad. Pienso, por ejemplo, en el caso de la obligación de disolución por pérdidas. La

de una manera objetiva, dejando al margen cuestiones estrictamente personales (lejanía, enfermedad, etc.) o de orden social (huelgas, manifestaciones, etc.); salvo, a mi juicio, casos de *fuerza mayor*<sup>54</sup>, o por la aprobación de disposiciones legales especiales.

En suma, podríamos sintetizar estas cuestiones en la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) que hayan desaparecido, efectivamente, los obstáculos legales o contractuales; (ii) que el acreedor conozca los hechos que fundamentan la eventual pretensión; y (iii) que el ejercicio de la acción sea una posibilidad real y efectiva. No obstante, debemos abogar por que la norma se interprete y se aplique de manera restrictiva para que no sea una puerta abierta al fraude de ley.

En cualquier caso, el nuevo art. 241 bis LSC, no solo por su ubicación sistemática, sino también por su tenor literal («*La acción de responsabilidad contra los administradores, sea social o individual, prescribirá...*»), se refiere expresamente a las acciones de daños —esto es, a las acciones social e individual que afectan a los administradores— y no a otras, como la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC. Ello plantea diversas e importantes cuestiones y, en cuanto a lo que nos ocupa, si, en hipótesis, podría resultar aplicable el art. 241 bis LSC a la acción de cobertura del déficit.

La respuesta a este interrogante podría encontrarse entre los argumentos que se han suscitado en el debate doctrinal acerca de la aplicabilidad del art. 241 bis LSC a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, de suerte que esta última tiene importantes elementos en común con la acción de cobertura del déficit del art. 172 bis LC; principalmente, ambas son responsabilidades de carácter objetivo (responsabilidad por deudas ajenas).

Un sector de la doctrina ha considerado que, pese a su literalidad, el art. 241 bis LSC es aplicable a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC<sup>55</sup>.

---

jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000 [RJ 2000, 9909] y 16 de diciembre de 2004 [RJ 2004, 8215]) no exige la formulación de las cuentas anuales ni de otro documento concreto exigido por las normas contables para iniciar el cómputo del plazo bimensual previsto en el art. 367 LSC, sino simplemente que los administradores supieran o hubieran podido saber con la diligencia exigible a un administrador social la existencia de tales pérdidas.

<sup>54</sup> En cuyo caso, entendemos, debería producirse la suspensión de la prescripción, una carencia de nuestro Código Civil que, sin embargo, sí se contempla, por ejemplo, en el Código Civil Catalán (arts. 121-15 y 121-16) o en el Código Civil Francés (arts. 2.234 a 2.239). Y fue acogida también por el Anteproyecto de Ley de Código de Comercio de 2014 (art. 713-3.1.a), que sigue en hibernación.

<sup>55</sup> Defienden la aplicabilidad del art. 241 bis LSC a la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC: (i) CABANAS TREJO, R. (en «Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores», *Diario La Ley*, n.º 8513, Sección Tribuna, de 7 de abril de 2015, edición digital), quien señala que «ninguna razón hay para romper la unidad de plazo hasta

Las razones que ampararían esta tesis son diversas. MASSAGUER, por ejemplo, justifica su aplicabilidad en dos motivos. El primero, porque opina que la acción del art. 367 LSC ha sido considerada en los últimos tiempos por el Tribunal Supremo como «acción de daños de carácter legal u objetivo» (con cita de las SSTs de 28 de abril de 2006 y 19 de mayo de 2011) y, según su criterio, la prescripción de todas las acciones de naturaleza indemnizatoria debe regirse por el art. 241 bis LSC, en la misma medida en que antaño extendió el Tribunal Supremo (cfr. STS 20 de julio de 2001) la aplicación del art. 949 CCom a la acción individual (también de daños)<sup>56</sup>. Y, el segundo motivo, en que, en todo caso, tratándose de un remedio para un supuesto de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones específicamente impuestas a los administradores en el desempeño de su cargo, debe aplicarse el régimen prescriptivo del art. 241 bis LSC, encontrándose, si no, ante un supuesto vacío legal<sup>57</sup>. CABANAS TREJO, por su parte, justifica su aplicabilidad en una supuesta vocación unificadora de la jurisprudencia (se refiere a la *unidad de tratamiento* evocada por la STS 20 de julio de 2001)<sup>58</sup>. Algunas voces han señalado, por último, que el régimen de prescripción del art. 241 bis LSC es más racional y más funcional, y por tanto ofrece mayor seguridad jurídi-

---

ahora aplicada por la jurisprudencia, sustrayéndola a la regla de cómputo del art. 241 bis LSC»; (ii) MASSAGUER FUENTES, J. (en *op. cit.*, pág. 482); (ii) GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (en «La prescripción de las acciones de responsabilidad de administradores...», *op. cit.*, edición digital), quien sostiene que, con base en la doctrina constante del Tribunal Supremo que preconiza la unidad de tratamiento de las distintas acciones de responsabilidad de administradores, «...bien puede concluirse que la finalidad de la modificación introducida por el artículo 241 bis LSC, en el punto aquí discutido, no puede ser otra que establecer un plazo único de prescripción de las acciones de responsabilidad de las sociedades de capital que incorpore de manera definitiva y sin fisuras, para la responsabilidad de los administradores, la regla general del artículo 1969 del Código Civil»; (iv) SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R. (en «Reformas en materia de responsabilidad de administradores», en *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, en JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L. (Dirs.), Dykinson, 2015, pág. 141), quien señala que «...sin perjuicio de que el nuevo art. 241 bis LSC unifica el plazo de prescripción de cuatro para la totalidad de las acciones societarias de responsabilidad de los administradores como ya había sido fijado por el Tribunal Supremo...»; y (v) VALPUERTA GASTAMINZA, E. M. (en «Disolución de la sociedad de capital (art. 367 LSC)», *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 2.ª edición, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 995), quien, pese a no señalar las razones concretas de tal aplicabilidad, parece estar apoyando su criterio en que tal extensión es acorde con la que acuñó la jurisprudencia respecto del art. 949 CCom entre los años 2007 y 2009.

<sup>56</sup> Véase MASSAGUER FUENTES, J.: *op. cit.*, pág. 482.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Véase, CABANAS TREJO, R.: «Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores», *op. cit.*, págs. 6 y 7 de la edición digital: «Tratándose de la responsabilidad solidaria de los administradores del art. 367 LSC, aunque su especial naturaleza jurídica no permite un encuadramiento en la típica responsabilidad por daños, ninguna razón hay para romper la unidad de plazo hasta ahora aplicada por la jurisprudencia, sustrayéndola a la regla de cómputo del art. 241 bis LSC, para someterla en cambio a la del art. 949 CCom. Creemos que el criterio ha de ser el mismo de la acción social o individual y computar desde el día en que la acción hubiera podido ejercitarse».

ca<sup>59</sup> que el que se había venido aplicando hasta el momento como consecuencia del desarrollo jurisprudencial del art. 949 CCom.

Enfrente se encuentran quienes sostienen, como quien suscribe, que el art. 241 bis LSC no es aplicable a la responsabilidad del art. 367 LSC<sup>60</sup>, no solo por su tenor literal —que lo circunscribe a las acciones social e individual— y su ubicación en un capítulo distinto de la Ley, sino porque la regla de la *actio nata* tiene sentido en el ámbito de la acción indemnizatoria, pero no en el caso del incumpli-

<sup>59</sup> En este sentido, lo manifestado por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 (pág. 28): el art. 272-12 del Anteproyecto contenía una norma específica de prescripción para la acción de responsabilidad por deudas sociales que seguía la regla del art. 1969 CC y, sin embargo, no se incorporó posteriormente a la reforma operada por la Ley 31/2014; así las cosas, el CGPJ consideró «conforme a la seguridad jurídica que el cómputo de este plazo comience desde el momento en que pudo ejercitarse la acción, y se abandone el criterio actual del cese del administrador, que dilataba en exceso el plazo de prescripción, en perjuicio de la seguridad jurídica y, además, se complicaba, con frecuencia, con la controversia sobre la caducidad del cargo».

Asimismo, véase SALDAÑA VILLOLDO, B.: «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», *op. cit.*, pág. 415, quien señala que el art. 241 bis LSC se expresa en términos más adecuados que el art. 949 CCom y supone un sistema más acorde con la seguridad jurídica, «ya que el interesado en interponer las acciones dispone de cuatro años para ejercitarlas, desde el momento en que está en disposición de hacerlo». Aunque de sus argumentos se infiere que tal mejora solo se proyecta con respecto a las acciones social e individual (de daños), pues cuando sostiene que la prescripción del art. 241 bis LC no es extensible a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC nada parece indicar que esté abogando por un desarrollo en tal sentido de *lege ferenda*.

<sup>60</sup> Rechazan la aplicabilidad del art. 241 bis LSC a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC y abogan por seguir aplicando el art. 949 CCom: (i) CARRASCO PERERA, Á. (*op. cit.*, pág. 2 de la edición digital): aunque no compartimos el particular análisis que le conduce a esta conclusión, dado que vincula la prescripción de la acción de responsabilidad a la prescripción de la acción de reclamación de deuda contra la sociedad («porque la responsabilidad del artículo 367 cursa como una asunción pasiva de deuda y el plazo de prescripción es el mismo que aquél al que está sujeta la acción principal contra la sociedad, de la que los administradores son “fiadores legales”»; sin embargo, una y otra acción son, a mi juicio, autónomas, de manera que puede estar prescrita la deuda y no la acción de responsabilidad frente a los administradores y al revés». (ii) PÉREZ BENITEZ, J. J. (en «El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre», *El Derecho*, 15 de junio de 2015, edición digital). (iii) SALDAÑA VILLOLDO, B. (en «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», *op. cit.*, págs. 420 y 423; y en «La prescripción de la responsabilidad por deudas de los administradores», *RDM*, n.º 299, enero-marzo 2016, págs. 143 a 174). Y (iv) RONCERO SÁNCHEZ, A.: (en «La prescripción y las acciones de responsabilidad contra administradores sociales», *El Derecho*, 1 de junio de 2015, Ed. Lefebvre, edición digital), para quien «el art. 949 Cco —EDL 1885/1— permanece vigente por lo que, si con anterioridad a la reforma legal de diciembre de 2014, tanto la doctrina como nuestros Tribunales venían considerando que dicho precepto resultaba aplicable al ejercicio de la acción contemplada en el art. 367 LSC, entendemos que con posterioridad a dicha reforma, que se ha limitado a modificar el criterio de cómputo del plazo de prescripción en relación con las acciones de responsabilidad por daños, deberá continuar aplicándose la regla contenida en el art. 949 Cco para determinar el plazo de ejercicio de la acción *ex art.* 367 LSC y el criterio de cómputo de dicho plazo».

miento de una obligación legal, para la que el cómputo desde el cese parece una solución más segura<sup>61</sup>.

Los argumentos ofrecidos por quienes defienden la extensión del art. 241 bis LSC a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC no me resultan convincentes.

En primer lugar, no podemos compartir el argumento de MASSAGUER, que anuda una supuesta naturaleza indemnizatoria de la acción del art. 367 LSC a la aplicación del art. 241 bis LSC; y no lo hacemos principalmente porque parte de una premisa errónea, cual es considerar la acción como una acción de daños *sui generis*. La naturaleza de la acción del art. 367 LSC es radicalmente distinta a la de las acciones social e individual. Es sobradamente conocido que la posición del Tribunal Supremo sobre esta cuestión ha sido cambiante y controvertida a lo largo de los tiempos. Actualmente, sin embargo, no hay duda de que su postura es pacífica al considerar que la responsabilidad de los administradores por deudas sociales no es tanto una responsabilidad por daños de carácter indemnizatorio como una responsabilidad legal de carácter sancionador (cfr. STS 28/04/2006) que penaliza el incumplimiento de los deberes de promoción de la disolución de la persona jurídica en los casos legalmente previstos<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Así lo entiende PÉREZ BENÍTEZ, J. J.: *op. cit.*, edición digital.

<sup>62</sup> Algunas audiencias provinciales han querido matizar esta posición del TS ofreciendo argumentos que, sin desmerecer las tesis del TS, abogan por una naturaleza no estrictamente objetiva, como la SAP de Cáceres de 13 de enero de 2016 (Id. Cendoj: 10037370012016100015), que señala que «lo hasta ahora expuesto [sobre la doctrina del TS] no debe llevarnos a afirmar que estemos ante una responsabilidad de estricto carácter objetivo. La imputación de esta particular responsabilidad de los administradores lo es a título de culpa, pudiendo exonerarse de la misma aquel administrador que justifique suficientemente su diligente actuación pese al resultado de falta de disolución social».

El predicado carácter «no objetivo» hay que entenderlo en el sentido de que ha de resultar exigible al deudor —en nuestro caso, los administradores— «una diligencia en el cumplimiento de los específicos deberes que sobre ellos recaen (convocatoria de la Junta, instar la disolución judicial) sin que pueda requerírseles un resultado. Se trata, por tanto, de afirmar que la imputación de responsabilidad se hace a título de culpa en el cumplimiento de esos deberes específicos que vinculan a los administradores. Éstos no vienen obligados a obtener un resultado (la disolución o la remoción de la causa) —sino, mejor, a desplegar una actividad dirigida a alcanzar tal resultado. No se trata de valorar si los administradores llevaron a cabo una actuación diligente en la marcha de los negocios sociales —cuya falta podría justificar el ejercicio de la acción individual o social de responsabilidad) previstas, sino, por el contrario, si pese a la falta de disolución y liquidación de la entidad de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley la actuación de los administradores no merece reproche alguno, pues a ellos no les es imputable tal resultado ya que actuaron con la diligencia debida».

En cualquier caso, no es más que la traslación de la doctrina que el propio TS sentó en el Fundamento de Derecho Cuarto de su importante sentencia de Pleno de 28 de abril de 2006 —(RC 4187/2000), ponente Excmo. Sr. D. Vicente MONTÉS PENADÉS— que, en suma, venía a establecer criterios de culpabilidad en el seno de la acción de responsabilidad por deudas sin que ello supusiera aceptar su naturaleza como acción indemnizatoria: «La responsabilidad de que se trata no se basa en la relación de causalidad entre un determinado acto lesivo (como ocurre en la de los artículos 133

En segundo lugar, porque tampoco podemos asumir la existencia de un supuesto vacío legal, en tanto en cuanto el art. 949 CCom continúa vigente y es plenamente aplicable a la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC (cfr. SSTs 26 de junio de 2006 [RJ 2006, 3747] y 4 de septiembre de 2008 [RJ 2009, 394]).

Por último, tampoco creemos que pueda sostenerse la aplicabilidad del art. 241 bis LSC a la responsabilidad *ex* art. 367 LSC en una remota tendencia unificadora de la jurisprudencia (la *unidad de plazo* de CABANAS<sup>63</sup>, a la que me he referido antes). La inaplicabilidad del art. 241 bis LSC a la acción del art. 367 LSC deriva, principalmente, de su clarísimo tenor literal, que se acota a la acción social y a la acción individual. Por tanto, una interpretación literal y sistemática no favorece la admisión de la tesis unificadora. Y no solo por ello, sino porque tal vocación unificadora fue utilizada argumentalmente por la jurisprudencia cuando no existía el art. 241 bis LSC. Entonces tenía su fundamento; hoy no lo tiene.

En cualquier caso, salvo una modificación legislativa en tal sentido, me parece improbable que la jurisprudencia adapte un criterio extensivo del art. 241 bis LSC, dada la literalidad del propio precepto y la cobertura legal que ya otorga el subsistente art. 949 CCom. Además, como señala SALDAÑA VILLOLDO, «debe estimarse que el legislador ha sido consciente de este distinto tratamiento en la prescripción»<sup>64</sup>. Cuestión distinta será si, desde un punto de vista de política jurídica, esta polémica provoca un cambio de criterio tendente a unificar, de nuevo, la normativa en torno a la prescripción de todas las acciones de responsabilidad contra los administradores de la normativa societaria con independencia de su naturaleza.

Vemos, por tanto, que en la hipótesis planteada no sería posible servirnos de los anteriores argumentos —formulados con respecto a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC— para justificar una supuesta extensión del nuevo régimen prescriptivo del art. 241 bis LSC a la acción de cobertura del déficit del art. 172 bis LC. Y aun considerando en hipótesis una eventual aplicación del citado art. 241 bis LSC, lo cierto es que no solucionaría los problemas expues-

---

y 135 LSA) y el daño, que generalmente consiste en el impago de un crédito, puesto que, al menos en la causa de disolución del artículo 260.1.4.º LSA es la insolvencia de la sociedad, la insuficiencia de su patrimonio, el factor determinante de la frustración del crédito que ahora se reclama. No hay aquí la lesión directa que exige el artículo 135 LSA, pero puede haber un riesgo o peligro de que, en defecto de una liquidación ordenada, los acreedores de la sociedad sufran el agravamiento de su posición o los efectos de un comportamiento desordenado o arbitrario de su deudor, la sociedad, cuyo patrimonio es en principio la única garantía, que por efecto de este precepto se ve reforzada con la de los de los administradores que no hayan promovido la liquidación o el concurso a su debido tiempo».

<sup>63</sup> Véase CABANAS-TREJO, R.: «Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores», *op. cit.*, págs. 6 y 7 de la edición digital.

<sup>64</sup> Véase SALDAÑA VILLOLDO, B.: «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», *op. cit.*, pág. 423.

tos, toda vez que su *dies a quo* se corresponde con el momento en que pudo la acción ejercitarse y, como sabemos, la acción de cobertura del déficit solo puede ejercitarse en sede de calificación concursal y por quienes están legalmente legitimados para ello (administración concursal y Ministerio Fiscal). Ello la convertiría en una acción imprescriptible, toda vez que el cómputo del plazo para la prescripción se iniciaría encontrándose ya interrumpida *ex art.* 60.3 LC.

### III. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBERTURA APLICABLE A LOS SOCIOS

Ahora bien, recordemos que la acción de cobertura del déficit puede alcanzar también a los socios (por la negativa a capitalizar deuda tal y como prescriben los arts. 165.2, 172.2.1.º y 172 bis.1 LC).

De nuevo, conviene dejar claro que, según mi criterio, la acción de cobertura del déficit no tiene ni requiere de plazo de prescripción. No lo tiene para los administradores y liquidadores, y no lo ha de tener tampoco para los socios, como se corresponde con un planteamiento lógico-jurídico. En cualquier caso, como ya hicimos con los administradores y liquidadores, deben exponerse otras alternativas a nuestra tesis y, como veremos a continuación, no es una labor sencilla en este particular supuesto.

Como ya ocurriera con el caso de los administradores, la LC no establece ningún régimen específico de prescripción para la responsabilidad de los socios que el legislador introdujo *ex novo* en los arts. 165, 172 y 172 bis LC a través de la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo; y, como hemos visto, la regla del art. 949 CCom se refiere exclusivamente a los administradores. También se refiere explícitamente el art. 949 CCom a los «socios gerentes», pero es evidente que se trata solo de la prescripción de la responsabilidad que asumen éstos en función de su cargo como gerentes y no como meros socios de la compañía, cual es el caso planteado. El propio Código de Comercio tampoco contempla otro régimen propio de prescripción general para las acciones dirigidas contra los socios<sup>65</sup>, pero sí señala que las que no tengan un plazo determinado se regirán por las disposiciones del Derecho común (art. 943 CCom); en consecuencia, debemos acudir a las disposiciones del Código Civil.

Y he aquí donde nos encontramos con la primera dificultad, porque la configuración jurídica de la prescripción de la acción de cobertura del déficit frente al socio dependería de la naturaleza jurídica que le otorguemos a la propia acción.

---

<sup>65</sup> El art. 947 CCom solo contempla la prescripción —por tres años desde la separación del socio, su exclusión o la disolución de la sociedad (inscritos en el Registro Mercantil)— para las acciones que dirija la sociedad contra el socio, que no es el caso de la acción del art. 172 bis LC.

Si consideráramos que se trata de una acción de daños y perjuicios (resarcitoria) —*quod non*—, podríamos razonablemente calificarla de extracontractual (art. 1.902 CC) y, en consecuencia, deberíamos entender que es de aplicación el art. 1968.2 CC, que fija un plazo de prescripción de un año desde que lo supo el agraviado. Esto aclara bien poco el panorama, porque, en realidad, el conocimiento del supuesto daño no se produciría sino a partir de la apertura de la sección de calificación y, además, la prescripción de la acción estaría interrumpida *ex art.* 60.3 LC. Por esa razón, el plazo sería *de facto* inaplicable a la acción de cobertura del déficit «desde que lo supo el agraviado».

Sin embargo, hemos manifestado que la responsabilidad contenida en el art. 172 bis LC es una sanción o pena civil y ello nos conduce, con la normativa actual, a una conclusión inadmisibles a los efectos que nos ocupan ahora, en la medida en que deberíamos entender que estamos ante una acción de carácter personal, cuya prescripción es, actualmente, de cinco años<sup>66</sup> desde que pueda exigirse, de conformidad con el art. 1964.2 CC. Naturalmente, nos encontramos de nuevo con la imposibilidad de aplicar literalmente la norma a la acción de cobertura del déficit, toda vez que la exigencia se originaría con la apertura de la sección de calificación, haciéndola *de facto* inaplicable.

Desde un punto de vista de política jurídica, si acudimos, por ejemplo, al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 —no obstante su hibernación actual— nos encontramos con un plazo general para la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles de cuatro años, salvo disposición en contrario —que no hay— (art. 712-1). Aunque nada se dice en particular al respecto de la prescripción de las acciones de responsabilidad frente a los socios en la citada Propuesta, el legislador podría estar pensando en un plazo unitario de tres años para ellos, toda vez que es el plazo que establece para la prescripción de las acciones por deudas en los casos de transformación (art. 261-19.1<sup>67</sup>) y de fusión (art. 263-32<sup>68</sup>).

En cualquier caso, el alcance jurídico-práctico de la prescripción en lo que respecta a la responsabilidad del socio *ex arts.* 172 y 172 bis LC sería muy limi-

<sup>66</sup> Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC (disposición final primera), el plazo era de quince años.

<sup>67</sup> «Art. 261-19.— Responsabilidad de los socios por las deudas sociales.— 1. Los socios que, antes de la transformación, respondían personalmente de las deudas de la sociedad continuarán respondiendo de la misma forma de esas deudas durante tres años a contar desde la publicación de la transformación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, salvo respecto de aquellos acreedores sociales que hubieran consentido expresamente la transformación.»

<sup>68</sup> «Art. 263-32.— Responsabilidad por las deudas sociales anteriores a la fusión.— Los socios personalmente responsables de las deudas de las sociedades que se extingan, contraídas antes de la fusión, continuarán respondiendo de esas deudas durante tres años a contar desde la publicación de la fusión en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”, salvo que los acreedores sociales hayan consentido de modo expreso la fusión.»

tado. Téngase en cuenta que el supuesto de hecho (la negativa a la capitalización de deuda) se da exclusivamente en el marco de un acuerdo de refinanciación del art. 71 bis LC o de la DA 4.<sup>a</sup> y, dado que, como veremos, la prescripción se interrumpe con la declaración de concurso (*ex art. 60.3 LC*) y la acción solo puede ejercitarse en el seno de la sección de calificación, el tiempo máximo que podría transcurrir objetivamente desde la conducta sancionable hasta la declaración de concurso sería, en hipótesis, de seis meses (*ex art. 5 bis LC*); menor, incluso, en la práctica. Una vez concluido el concurso de acreedores, el plazo de prescripción para el socio devendría, pues, irrelevante, toda vez que no cabría el ejercicio de la acción, pues no le afectarían siquiera los casos de reapertura del concurso.

#### IV. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBERTURA APLICABLE A LOS APODERADOS GENERALES

La prescripción que se aplicaría a los apoderados generales, si acaso fuera necesaria, plantea también algunas cuestiones conflictivas. De nuevo, la LC y la Ley de Sociedades de Capital guardan silencio al respecto. Por su parte, el art. 949 CCom, además de referirse a los administradores, como señalé, se refiere también a los «socios gerentes». Cabría plantearse si tal figura se corresponde con la del apoderado general, pero lo obvio es que no todos los socios gerentes tienen dicha condición, por lo que la regla de prescripción del art. 949 CCom no podría ser aplicada con carácter general a los apoderados generales en el marco de la acción de cobertura del déficit.

El análisis necesario para la determinación del régimen de prescripción de la acción frente a los apoderados generales contiene, en lo sustantivo, los mismos argumentos esgrimidos para los socios en relación con la naturaleza de la acción y los resultados alcanzados en función de la tesis que se acoja. Aunque lo cierto es que, en este caso, la prescripción sí tiene un alcance jurídico-práctico de primer orden, en la medida en que la responsabilidad que alcanza a los apoderados generales *ex art. 172 bis LC* puede ser tan amplia como la que afecta a los administradores de la sociedad.

Por otro lado, parece obvio que, desde que el legislador incorporó —innecesariamente— al apoderado general como posible responsable en la fase de calificación del concurso (a través de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre<sup>69</sup>), ha tratado de asimilarlo funcionalmente al administrador como sujeto afectado por la responsabilidad con todas sus consecuencias; entre ellas, la de responder, total o parcialmente, del déficit concursal *ex art. 172 bis LC*. Desde ese

---

<sup>69</sup> Curiosamente, el Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no motiva de ningún modo la incorporación del apoderado general al elenco de posibles responsables en la fase de calificación del concurso, al que ni menciona.

punto de vista podría interpretarse por analogía *iuris* que el plazo de prescripción de la acción para el apoderado general fuera el mismo que se establece para los administradores. Como consecuencia lógico-jurídica, dicha interpretación analógica debería alcanzar también a la interrupción de la prescripción del art. 60.3 LC (que no abarca expresamente a las acciones dirigidas contra los apoderados generales). Así las cosas, serían asumibles a este supuesto los argumentos expuestos acerca de la inaplicabilidad a los administradores de las reglas de prescripción de los arts. 949 CCom y 241 bis LSC.

Una hipotética aplicación analógica (*iuris*) del art. 1964.2 CC, como regla residual de prescripción, tampoco resuelve el conflicto. Esta norma establece que el plazo de prescripción es de cinco años y se inicia en el momento en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. Como tal, aquí no se trata de la exigencia de una obligación, y aun cuando interpretáramos tal expresión como el momento en que pudo ejercitarse la acción, resultaría que, como hemos reiterado, las acciones de responsabilidad de orden concursal solamente pueden ejercitarse en el seno de la sección de calificación, por lo que serían *de facto* imprescriptibles. Con independencia, además, de que se halle o no la prescripción interrumpida *ex art.* 60.3 LC (en principio no, dado que solo se refiere a socios y administradores).

El examen de la cuestión, desde un punto de vista de política jurídica, encuentra, rápidamente, algunas dificultades. Si bien el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 dedica un capítulo entero al apoderado general (*Capítulo II, del Título II, del Libro Primero: Del empresario y de la empresa*), nada se menciona acerca de la prescripción de las acciones que se ejerciten contra él. Tampoco lo hace el *Título I del Libro Séptimo* de la citada Propuesta, dedicado exclusivamente a la institución jurídica de la prescripción; aunque sí establece, como dije antes, un plazo genérico de cuatro años para todas las obligaciones mercantiles que no tengan un plazo específico (art. 712-1), al que habría que acogerse como consecuencia de la ausencia de una norma específica para los apoderados generales.

## V. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN *EX ART.* 60.3 LC

Los apartados 3 y 4 del art. 60 LC establecen que, desde la declaración hasta la conclusión del concurso queda interrumpida —que no suspendida— la prescripción de las acciones de responsabilidad contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores del deudor, iniciándose nuevamente tras la conclusión del concurso<sup>70</sup>. La norma no discrimina entre acciones societarias y acciones

<sup>70</sup> Véase FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: *op. cit.*, edición digital: quien apunta que en el marco concursal la responsabilidad de los administradores de la sociedad no queda, en realidad, sujeta al cese,

de otro tipo, por lo que, *a priori*, cabría entender que esta interrupción afectaría también a la prescripción de las acciones de carácter concursal como la de cobertura del déficit. Sucede, sin embargo, que, como dije antes, la sección de calificación y, en particular, la acción de cobertura del déficit, están exentas de un régimen de prescripción porque, en realidad, dada su configuración, no lo precisan. De esta manera, a la acción de cobertura del déficit no le afectaría la interrupción, porque sencillamente no estaría en curso de prescripción.

Ello no debe impedirnos, sin embargo, el examen de la interrupción del art. 60.3 LC. En particular porque, como podrá haberse advertido, tal medida ha condicionado significativamente el análisis realizado en torno a las diversas hipótesis planteadas como alternativa a nuestra postura (especialmente en relación con la inaplicabilidad del art. 949 CCom). De no existir esta interrupción —o de haberse limitado expresamente a las acciones que no tengan carácter concursal, como la de cobertura del déficit<sup>71</sup>—, podríamos haber hablado, por ejemplo, de la aplicación, sin trabas, del régimen de prescripción del art. 949 CCom a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, en todos los casos, y no solo en la hipótesis de reapertura de concurso por incumplimiento de un convenio gravoso.

La doctrina ha venido señalando que esta interrupción legal de la prescripción durante la pendencia del concurso se justifica, fundamentalmente, en dos razones<sup>72</sup>. La primera, porque, como ya analizamos, el ejercicio de acciones de carácter societario está limitado *ex art.* 51 bis.1 LC (a excepción de la acción individual de responsabilidad, a la que no afecta el concurso [cfr. STS 22/12/2014<sup>73</sup>]), bien entendido que los derechos de cada acreedor están siendo reclamados ya en un proceso especial como el concursal y no es dable exigirlos en paralelo fuera de él

---

sino a la conclusión del concurso, puesto que el examinado elemento temporal impide que los administradores cesados antes de los dos años anteriores a la declaración de concurso se sometan al juicio de calificación.

<sup>71</sup> *De lege ferenda* sería una propuesta perfectamente coherente con nuestra postura, que aboga por rechazar la existencia y necesidad de prescripción para las acciones de carácter concursal y, en especial, para la acción de cobertura del déficit concursal. Por tanto, no tiene sentido que tal interrupción se proyecte sobre una prescripción que, en realidad, no existe.

<sup>72</sup> Para más detalle, véase, JUAN Y MATEU, F.: «Art. 60 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, en ROJO y BELTRÁN, Thomson Civitas, 2004, págs. 1.108 a 1.114.

<sup>73</sup> El caso de la acción individual, como vimos, es distinto, en la medida en que no se ve afectada por la declaración de concurso. Así lo declara la STS 22 de diciembre de 2014, que señala que sí queda interrumpido, no obstante, su plazo de prescripción *ex art.* 60 LC: «La interrupción de la prescripción no va ligada necesariamente a la suspensión o paralización de la acción, siendo posible que estando interrumpida la prescripción pueda ejercitarse la acción. En estos casos, la justificación del efecto interruptivo de la prescripción es distinto, y guarda relación con la conveniencia de que los terceros afectados, en nuestro caso acreedores de la sociedad, esperen a lo que pudiera acontecer en el concurso, que pudiera afectar al daño o perjuicio susceptible de ser resarcido por los administradores con la acción individual, y también al conocimiento de las conductas o comportamiento de los administradores que pudieran justificar la responsabilidad».

(cfr. SAP Alicante 03/04/2013<sup>74</sup>). Y la segunda porque el procedimiento concursal incide directamente en la determinación y pago de los créditos; por tanto, habrá que esperar a que finalice para conocer el alcance de ese posible pago. En función de lo obtenido, el acreedor podrá, una vez finalizado el concurso, reclamar lo que, en su caso, reste por abonar. Precisamente por esa razón, el plazo de prescripción se vuelve a iniciar de cero y por entero cuando concluye el concurso, siguiendo la doctrina clásica de que el nuevo cómputo comienza con la cesación del fenómeno interruptivo<sup>75</sup>, que en este caso se identifica con la tramitación del concurso de acreedores.

En la medida en que la acción de cobertura del déficit carece de prescripción, es lógico que este doble motivo no justifique su interrupción. Al fin y al cabo, no creemos que el legislador estuviera pensando en las acciones de carácter concursal cuando introdujo esta medida interruptiva de la prescripción en la LC<sup>76</sup>.

De abogar, no obstante, por una tesis basada en la existencia de prescripción para las acciones concursales, no habría motivos para dejar la acción del art. 172 bis LC fuera del alcance interruptivo del art. 60.3 LC<sup>77</sup>, dado que la regla, como apunté, no discrimina entre acciones derivadas de la normativa societaria y acciones de otro tipo como las que se ejercitan en el seno del concurso. Pero en realidad ello tiene una importancia limitada, porque, como hemos concluido, lejos de nuestra tesis, la acción no tiene para ninguno de los posibles sujetos pasivos un régimen claro de prescripción sobre la que proyectar dicha interrupción. Tampoco tendría la cuestión del reinicio de la prescripción (art. 60.4 LC) injerencia alguna

<sup>74</sup> Quedaría a salvo, como decíamos, la acción individual de responsabilidad. Según declara la SAP de Alicante de 3 de abril de 2013 (FD 7.º): «la acción del artículo 241 LSC sólo podría entenderse para sancionar aquellas actuaciones de las que derivaran daños de comportamientos antijurídicos de los administradores que no pudieran ser sancionados por la vía del artículo 164 LC».

<sup>75</sup> Véase, Díez-PICAZO, L.: «Art. 1973, *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 2.173; y, del mismo autor, *La prescripción extintiva...*, op. cit., págs. 137, 142 y 144: «La «interrupción» en sentido estricto supone un derecho en curso de prescripción. Respecto de él, el acto interruptivo borra enteramente el término transcurrido y el plazo debe comenzar a contarse de nuevo y por entero».

<sup>76</sup> Véase FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: op. cit., edición digital, quien parece estar sosteniendo que la medida del art. 60.3 LC es más un instrumento para garantizar el buen fin de una posible sentencia de calificación que una medida destinada a ordenar y regular una suerte de prescripción de las acciones de carácter concursal que considera que no tienen y que suple con el que hemos denominado *elemento temporal* de imputación subjetiva (hubieren tenido tal condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso).

<sup>77</sup> Así parece desprenderse también de la STS (Sala de lo Civil) de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 1261/2013), en la que el Alto Tribunal, al examinar la interrupción de la prescripción de la acción individual de responsabilidad declara que no existe razón que impida una interpretación literal del art. 60 LC y, en consecuencia, pueda aplicarse la interrupción a la prescripción de «cualesquiera acciones» dirigidas frente a los administradores de la concursada. Un análisis completo de esta sentencia puede encontrarse en VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: «La interrupción de la prescripción de la acción individual contra administradores sociales y auditores por la declaración de concurso...», op. cit.

sobre la acción del art. 172 bis LC, mas no podrá ejercitarse una vez finalizado el concurso (salvo que se produjera la reapertura de la sección de calificación como consecuencia del incumplimiento de un convenio gravoso, en cuyo caso sí podrían darse las condiciones para que pudiera ejercitarse de nuevo la acción de cobertura del déficit y operar una supuesta prescripción).

Aun con todo, es preciso en este punto cuestionarnos si la interrupción de la prescripción afectaría, asimismo, a los apoderados generales como posibles sujetos pasivos de la acción de cobertura del déficit. A fin de cuentas, el art. 60.3 LC se refiere exclusivamente a las acciones «*contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora*». Cabría plantearse si el segundo párrafo del art. 60.3 LC resuelve esta deficiencia al señalar que también quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en la LC, pero lo cierto es que no, porque entre el elenco de acciones que quedan suspendidas *ex lege* como consecuencia de la declaración de concurso no se encuentran las que se ejercitan frente a los apoderados generales. Según mi propio análisis, se trata de una circunstancia que resulta forzosamente censurable, especialmente si tenemos en cuenta que los apoderados generales sí pueden ser, en cambio, objeto de embargo preventivo *ex art. 48 ter.1 LC*.

Antes me referí, interpretando por analogía *iuris*, a la aplicación a los apoderados generales de las normas que regulan la prescripción de los administradores. Y ya expuse, allí, que dicha interpretación debiera hacerse extendiendo también el fenómeno de la interrupción a la prescripción que pudiera eventualmente afectar al apoderado general, dada la laguna actual en esa concreta cuestión.

Desde la perspectiva del Derecho positivo, en cambio, en la medida en que éste no resulte declarado motivadamente como administrador de hecho —lo que modificaría su estatus jurídico y posibilitaría la aplicación del art. 60.3 LC—, no será posible justificar una supuesta interrupción *ex art. 60.3 LC* de la prescripción de la acción frente al apoderado general. Tampoco hay motivos que justifiquen esta segregación; menos aún cuando, como señalé antes, el legislador parece haber optado por asimilar las responsabilidades del apoderado general a las del administrador en el seno de la calificación concursal. Por lógica, ambos sujetos, sometidos al mismo grado de responsabilidad en la calificación, deberían gozar del mismo grado de seguridad jurídica. Sería apropiado, por tanto, que, *de lege ferenda*, el art. 60.3 LC incluyera también a los apoderados generales.

## VI. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE COBERTURA DEL DÉFICIT

Como avanzamos al inicio de este epígrafe, del meditado estudio de la materia se concluye que la acción de cobertura del déficit carece de un régimen aplicable de prescripción. Tampoco lo requiere, fundamentalmente, como consecuen-

cia de su propia naturaleza y configuración. Se trata, pues, de una acción imprescriptible. Una excepción, por tanto, a la regla general de prescriptibilidad de todos los derechos y acciones (art. 1930 CC), que se suma, de manera tácita, a la contenida expresamente en el art. 1965 CC (acciones divisorias).

La acción de cobertura del déficit afecta potencialmente a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales —que no hubieran cesado antes de los dos años previos a la declaración de concurso— y a los socios en los términos del art. 165.2 LC; con independencia, pues, del tiempo transcurrido desde su cese y con independencia, también, del momento en el que se produjo la conducta sancionable.

En ello coincido con FERNÁNDEZ SEJO<sup>78</sup>, cuando apunta con acierto que: «A diferencia de lo que sucede en las acciones de responsabilidad previstas en la normativa societaria, en el caso del concurso, los administradores que pueden ver comprometida su responsabilidad son los que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso. La responsabilidad concursal, por tanto, afectaría a los administradores que lo fueran en el momento de la declaración y los que lo hubieran sido en el bienio anterior a la declaración de concurso, es decir, esta acción afecta a los que hubieran cesado en esos últimos dos años, lo que no ha de suponer que ese plazo bianual sea un plazo de prescripción. Las acciones de responsabilidad previstas en estos artículos no están sujetas a un plazo concreto para su ejercicio, se ejercitan declarado el concurso y abierta la sección de calificación».

Asume, con razonable criterio, que la conjugación del elemento temporal de imputación subjetiva y el hecho de que se trate de una acción cuyo ejercicio solamente es posible una vez abierta la sección de calificación, suponen —aunque no lo diga expresamente— la ausencia de un régimen de prescripción aplicable a las acciones de responsabilidad concursales que, por otra parte, tampoco necesita porque no aportaría mayor seguridad jurídica.

Ese mismo criterio parece haber orientado los fundamentos de la SJM núm. 1 de Oviedo, de 18 de diciembre de 2015 (Ref. Tirant: TOL5.660.075) —con cita de una anterior de 29 de julio de 2011—, considerando la prescripción como un instituto innecesario en el marco de la acción de cobertura del déficit: «Esta delimitación objetiva y temporal deja fuera del círculo de imputación a Pedro Jesús, pues su cargo caducó en 2004 sin que se haya alegado su continuidad como administrador de hecho. El resto de personas físicas demandadas resulta indiscutible que han sido consejeros de la concursada dentro del período relevante, participando por igual —hemos de presumir a falta de prueba en contrario— de la comisión de la conducta (u omisión de la debida), pues a todo consejero, por el mero hecho

<sup>78</sup> Véase, FERNÁNDEZ SEJO, J. M.: *op. cit.*, edición digital.

de serlo, le compete informarse diligentemente de la marcha de la sociedad, sin que sean admisibles argumentos de descargo basados en un supuesto desconocimiento. Idéntica suerte desestimatoria ha de sufrir la excepción de prescripción esgrimida por dos de los codemandados, puesto que, como ya señalábamos en la sentencia de 29 de julio de 2011, “tampoco existe prescripción (a diferencia de otros ordenamientos europeos, como el francés), pues no hay más exigencias de plazo que las que marca la normativa concursal. Y de existir, el plazo no sería el de un año del art. 1968.1.º, sino el del art. 944 CCom [*sic.*], cuatro años, y el dies *a quo* no sería el cese del administrador, sino la fecha en que el acreedor (de seguirse la tesis de su plena legitimación en calificación), la administración concursal o el Ministerio Fiscal pudieran ejercitar sus pretensiones, pues es entonces, conforme a la tesis savignyana, cuando nace la acción”. En efecto, la responsabilidad concursal, aunque surge del tronco común de la responsabilidad civil, señaladamente societaria, tiene un régimen temporal de ejercicio específico que hace innecesario el instituto de la prescripción: a) La responsabilidad concursal nace con el concurso y muere con él; b) Sólo tiene cabida dentro del estrecho marco de la sección sexta, por lo que depende de que concurran los presupuestos para su apertura».

La expresión «*La responsabilidad concursal nace con el concurso y muere con él*», sintetiza extraordinariamente bien la razón de ser de la acción de cobertura del déficit concursal a estos efectos. A partir de ahí es fácil concluir que la acción es imprescriptible. Solo un matiz: la acción nace y muere concretamente con la sección de calificación abierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, porque la mera declaración de concurso no supone *per se* la apertura de la sección de calificación (momento en el que nacería la acción de cobertura).

HERRERO PEREZAGUA<sup>79</sup>, por su parte, coincide en que las acciones de calificación tienen señalado un tiempo para que sean desplegadas, transcurrido el cual el ejercicio de tales acciones habrá decaído («*se ha extinguido el poder jurídico que a ella se anuda*»). Y lo justifica aduciendo que ello obedece, de un lado, a la lógica que impone la obligada ordenación del proceso y, de otro, a la exigencia de seguridad jurídica para los derechos del deudor concursado y de todos aquellos que pudieran ser calificados como afectados o declarados cómplices. Sin embargo, dicho autor aboga por referirse a que lo que se produce si los correspondientes órganos concursales no actúan en tiempo y forma es la preclusión o la caducidad, a las que otorga una identidad sustancial: la pérdida o decadencia de un poder jurídico por el transcurso de los plazos. Ciertamente, si los correspondientes legitimados no ejercitan las pretensiones de calificación en el plazo legalmente esta-

---

<sup>79</sup> Véase HERERO PEREZAGUA, J. F.: «Tiempo de ejercicio de las acciones de calificación», *Insolvencia y responsabilidad*, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), Cizur Menor, Ed. Civitas, 2012, págs. 384 a 388.

blecido, la acción de estos legitimados precluirá. A mi juicio, no obstante, esa es una consecuencia de la pérdida de una facultad estrictamente procesal distinta a la prescripción, que afecta a la propia identidad de la acción. El propio autor, a pie de página, acaba afirmando que «*es pues ese derecho y su eventual extinción lo que ha de constituir la referencia primordial en la cuestión que nos ocupa*»; y esa extinción del derecho es precisamente la que el art. 1930 CC define como prescripción y no como preclusión o caducidad. Podríamos decir, en consecuencia, que las tesis del citado autor y las que aquí se sugieren son complementarias y, en ningún caso, excluyentes.

En cualquier caso, aun cuando pudiera pensarse que la acción sí está —o debiera estar— sujeta a algún determinado plazo de prescripción, resulta que no es posible que llegue a operar en ningún caso. Cuando DíEZ-PICAZO explica la aludida teoría de la *actio nata* puntualiza que cuando se señala que para que se inicie la prescripción es preciso que haya nacido la acción, lo que se está queriendo decir en realidad es que el titular del derecho pueda ejercitar la acción («posibilidad legal»); y que el nacimiento de la acción coincide con el nacimiento del derecho, al que acompañan las correspondientes acciones para su ejercicio y defensa («*La acción es consustancial con el derecho subjetivo*»)<sup>80</sup>.

El anterior argumento, aplicado a nuestro objeto de estudio, concluye, en definitiva, que la acción de cobertura del déficit del art. 172 bis LC nace con la apertura de la sección de calificación y exclusivamente si ésta ha sido abierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y se presume razonablemente la existencia de fallido; y no antes con la realización de la conducta sancionable o con la declaración de concurso, puesto que no es hasta aquel momento cuando podrá ejercitarse legalmente la acción por los órganos competentes. En otro caso, la conducta, *a priori* constitutiva de reproche sancionador en el seno de la calificación, quedaría impune, al no concurrir los presupuestos para iniciar el trámite expresamente instituido para depurar tales responsabilidades.

Dadas estas circunstancias, puede concluirse que la acción objeto de nuestro estudio es imprescriptible en tanto en cuanto la prescripción, de existir, se iniciaría (i) o interrumpida *ex art.* 60.3 LC (ii) o al borde de la interrupción (la demanda de calificación), en función de la aplicabilidad del art. 60.3 LC. Y con la conclusión del concurso dejaría de tener proyección alguna, al no poder ser ya ejercitada la acción de cobertura (salvo en el singular caso de la reapertura de la sección de calificación por incumplimiento de convenio gravoso, en la que sí podrían llegar a darse, como vimos, las condiciones para ello).

<sup>80</sup> Véase DíEZ-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, pág. 129.

## VII. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era analizar si la acción de cobertura del déficit concursal del art. 172 bis LC está sujeta a algún plazo específico de prescripción extintiva o si, sencillamente, dicha acción es imprescriptible como consecuencia de su propia naturaleza y la configuración para su ejercicio.

Para ello, hemos examinado cada uno de los regímenes de prescripción a los que, al menos de manera teórica, podría estar sometida la acción de cobertura del déficit respecto de los diversos sujetos potencialmente afectados por ella: administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales y socios.

De dicho examen pueden recogerse las siguientes conclusiones:

i.— Que el régimen de prescripción del art. 949 CCom no es aplicable a la responsabilidad del art. 172 bis LC porque, bajo las condiciones que configurarían tanto el art. 949 CCom como el art. 172 bis LC, junto con la interrupción de la prescripción del art. 60.3 LC, no es posible, en ningún caso, que la acción de cobertura del déficit prescriba para cualesquiera de los posibles sujetos pasivos.

ii.— Que el supuesto de reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos (art. 179.2 LC) resulta irrelevante en cuanto a la prescripción, toda vez que el propio precepto advierte de que se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad; no siendo, por tanto, posible abrir la fase de calificación.

iii.— Que el supuesto de reapertura del concurso, a solicitud de cualquier acreedor en el primer año desde la conclusión del concurso por inexistencia de masa (art. 179.3 LC), supone la apertura *ex novo* de la pieza de calificación para depurar responsabilidades de carácter concursal por hechos de nuevo conocimiento. Sin embargo, no es posible que pueda llegar a operar la prescripción de cuatro años del art. 949 CCom porque solo podría llegar a transcurrir un año, como máximo («en el año siguiente a la (...) conclusión de[l] concurso»), desde que se inició el plazo de prescripción (con el cese del administrador con la conclusión del concurso *ex art.* 178.3 LC).

iv.— Que en los casos de reapertura de la calificación —por apertura de oficio de la liquidación *ex art.* 143.1.5.º LC— derivada del incumplimiento de convenio (art. 140 LC) solo sería aplicable, en hipótesis, el régimen de prescripción del art. 949 CCom en el supuesto particular de incumplimiento de convenio «gravoso». Estaríamos hablando, eso sí, de convenios con al menos una espera de cuatro años para que pudiera operar tal prescripción.

v.— Que el nuevo art. 241 bis LSC solo regula la prescripción de las acciones social e individual de responsabilidad frente a administradores sociales. En la misma medida en que dicho régimen de prescripción no es extensible a la acción de responsabilidad por deudas del art. 367 LSC, concluimos que tampoco lo es a la acción de cobertura del déficit concursal del art. 172 bis LC.

vi.— Que la configuración jurídica de la prescripción de la acción de cobertura del déficit frente al socio debería hacerse pivotar sobre la naturaleza jurídica que le otorgáramos a la propia acción. A pesar de lo cual, tanto si interpretamos que la acción es resarcitoria (aplicable, pues, el art. 1968.2 CC), como si se aboga por la naturaleza sancionadora (aplicable, entonces, el art. 1964.2 CC), concluimos que los plazos serían inaplicables a la acción de cobertura del déficit, toda vez que su cómputo se iniciaría, en ambos casos, en la propia apertura de la sección de calificación.

vii.— Que el análisis necesario para la determinación del régimen de prescripción de la acción frente a los apoderados generales contiene, en lo sustantivo, los mismos argumentos esgrimidos para los socios. En todo caso, de la asimilación de responsabilidad frente a la acción de cobertura del déficit del apoderado general y del administrador que ha dispuesto el legislador podría interpretarse por analogía *iuris* que el plazo de prescripción de la acción para el apoderado general fuera el mismo que se establece para los administradores. De entenderse así, serían inaplicables, no obstante, las reglas de prescripción de los arts. 949 CCom y 241 bis LSC.

viii.— Que el art. 60.3 LC ordena, en principio, la interrupción, con la declaración de concurso, de la prescripción de todas las acciones de responsabilidad contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la concursada. Al estar la acción de cobertura del déficit exenta de un específico régimen de prescripción, no le afectaría la interrupción al no estar en curso de prescripción. De abogar, no obstante, por la aplicación de algún tipo de prescripción para la acción de cobertura, ésta debería interrumpirse *ex art.* 60.3 LC, dado que la regla no discrimina entre acciones derivadas de la normativa societaria y acciones de otro tipo, como las que se ejercitan en el seno del concurso.

ix.— Que, en efecto, la acción de cobertura del déficit no tiene ni requiere de un régimen aplicable de prescripción, fundamentalmente, como consecuencia de su propia naturaleza y configuración. La acción nace y muere en el seno de la calificación concursal —acaecida como consecuencia de la apertura de la liquidación— y puede afectar a los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, apoderados generales —que no hubieran cesado antes de los dos años previos a la declaración de concurso— y socios del art. 165.2 LC; con independencia tanto del tiempo transcurrido desde su cese como del momento en el que se produjo la supuesta conducta sancionable.

Solo en el caso de no compartir la tesis que desde aquí planteo —de imprescriptibilidad de la acción de cobertura del déficit concursal— tendría sentido, a modo de reflexión final, preguntarse si una regla de prescripción como la que establece el ordenamiento francés se ajustaría adecuadamente a nuestro régimen concursal. El hecho de que nuestro ordenamiento ya contemple un plazo de prescripción propio para la responsabilidad de los administradores sociales (art. 241 bis LSC o art. 949 CCom, según se abogue por uno o por otro precepto) no sería, *a priori*, un obstáculo cierto a esta especialidad (también lo tiene el ordenamiento francés y ello no le ha impedido habilitar un régimen específico para *l'action en comblement du passif* [art. L225-254 *Code de Commerce*])<sup>81</sup>. El principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) determina, entre otras cuestiones, que una ley especial prevalezca frente a una ley general. De este modo podrían coexistir ambos preceptos —los arts. 241 bis LSC o 949 CCom, de carácter general— y el hipotético de la Ley Concursal —de carácter especial, limitado a la responsabilidad a depurar en el seno de la calificación concursal o incluso en el más aún limitado marco de la responsabilidad *ex* art. 172 bis LC—. A pesar de ello, tampoco sería efectivo mientras se mantenga la interrupción de la prescripción *ex* art. 60.3 LC. Claro está, salvo que el legislador tomara *de lege ferenda* la decisión expresa de limitar la regla del art. 60.3 LC a la prescripción de las responsabilidades ajenas al procedimiento concursal, en cuyo caso una regla similar a la del ordenamiento francés podría llegar a operar.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ESPINOSA, F. J.: «Comentario de los arts. 179 y 180 LC», *Comentarios a la legislación concursal*, en PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (Dirs.), tomo II, Dykinson, págs. 1.491 a 1.505.

ALONSO UREBA, A.: «Comentario al art. 172.3 LC», *Comentarios a la legislación concursal*, en PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ALCOVER GARAU (Dirs.), II, Madrid, Ed. Dykinson, 2004, págs. 1.432 a 1.448.

— «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en AA.VV., *Derecho concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003, pág. 505 y siguientes.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales», *La responsabilidad de los administradores*, en ROJO y BELTRÁN (Dirs.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3.<sup>a</sup> edición, 2009, págs. 241 a 293.

---

<sup>81</sup> Véase la nota al pie n.º 12.

- CABANAS TREJO, R.: «Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores», *Diario La Ley*, n.º 8513, Sección Tribuna, publicación de 7 de abril de 2015.
- CARRASCO PERERA, Á.: «El nuevo régimen legal de prescripción de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales», *Análisis Gómez Acebo y Pombo*, marzo 2015, pág. 10.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El administrador de hecho de las sociedades*, Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1.ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- *Comentario del Código Civil*, tomo II, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH (Dirs.), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, págs. 2166 a 2173.
- DRAY, M. J.: «Le point de départ de la prescription en cas de responsabilité pour insuffisance d'actif», *LegaVox*, 20 de abril de 2015, edición digital.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: «Comentario al art. 179 LC», *Ley Concursal comentada*, en MACÍAS CASTILLO y JUEGA CUESTA (Coords.), El Derecho, Madrid, 2014, págs. 613 a 615.
- «Comentario al art. 176 bis LC», *Ley Concursal comentada*, en MACÍAS CASTILLO y JUEGA CUESTA (Coords.), El Derecho, Madrid, 2014, págs. 597 a 609.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.: «La prescripción de las acciones de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, en ROJO y BELTRÁN (Dirs.), Madrid, Ed. Tirant lo Blanch, 6.ª edición, 2016, edición digital.
- FRAU I GAIÀ, S.: *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Los efectos de los acuerdos de refinanciación en el concurso consecutivo: la calificación», *ADCon*, n.º 33, Ed. Civitas, 2014.
- «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores*, en ROJO y BELTRÁN (Dirs.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición, 2009, págs. 295 a 353.
- *La calificación del concurso*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2004.

GARCÍA-VILLARRUBIA, M.: «La prescripción de las acciones de responsabilidad de administradores. El supuesto de la responsabilidad por deudas sociales y la responsabilidad», *El Derecho, RDM*, n.º 31, 2015, edición digital.

HERRERO PEREZAGUA, J. F.: «Tiempo de ejercicio de las acciones de calificación», *Insolvencia y responsabilidad*, en GARCÍA-CRUCES (Dir.), Pamplona, Ed. Civitas, 2012, págs. 373 a 388.

JUAN Y MATEU, F.: «Art. 60 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, en ROJO y BELTRÁN, Thomson Civitas, 2004, págs. 1108 a 1114.

JUSTE MENCÍA, J.: «El ámbito subjetivo de la calificación. Los apoderados», *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*, V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, IX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, en ROJO y CAMPUZANO (Dir.), Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, págs. 387-415.

LATORRE CHINER, N.: «El apoderado general en la Ley Concursal», *RDCyP*, Madrid, Ed. La Ley, n.º 19, 2013, págs. 65 a 80.

— *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, Ed. Comares, 2003.

LÓPEZ DE MEDRANO, F.: «Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores», *ADCon*, n.º 12, 2007-3, págs. 33 a 73.

MACHADO PLAZAS, J.: *El concurso de acreedores culpable (Calificación y responsabilidad concursal)*, Cizur Menor, Ed. Thomson-Civitas, 2006.

MAGDALENO, A. y BENEYTO, K.: «Calificación y responsabilidad concursal», *Aspectos procesales de la práctica concursal*, Hospitalet de Llobregat, Ed. Bosch, 2015, págs. 324 y 325.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: «El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción», XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Valladolid, 9 de mayo de 2014.

MARTÍNEZ SANZ, F.: «Ámbito subjetivo de la responsabilidad. El administrador de hecho», *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, en ROJO y BELTRÁN (Dir.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 3.ª edición, 2009, págs. 56 a 72.

MASSAGUER FUENTES, J.: «Art. 241 bis.— Prescripción de las acciones de responsabilidad», *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de*

*capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, en JUSTE MENCÍA, J. (Coord.), Madrid, 2015, pág. 477 a 487.

PERDICES HUETOS, A. B.: «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administran de hecho y los que de hecho administran (a propósito de la STS 24 de septiembre de 2001, RJ. 7489)», *RDS*, n.º 18, 2002-1, págs. 277 a 287.

PRENDES CARRIL, P.: «La reforma concursal (RD-Ley 4/2014), algo más que una reforma en materia de refinanciación», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 882, Ed. Aranzadi, 2014.

RIBELLES ARELLANO, J. M.: «La naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal (IV. Responsabilidad concursal del socio)», *RDCyP*, n.º 22, 2015, páginas 219 a 221.

RONCERO SÁNCHEZ, A.: «La prescripción y las acciones de responsabilidad contra administradores sociales», *El Derecho*, 1 de junio de 2015, Ed. Lefèbvre, edición digital.

SACRISTÁN BERGIA, F.: *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*, VV.AA., Monografía 11/2009, Ed. La Ley, Madrid, págs. 149 a 152.

— *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003.

SALDAÑA VILLOLDO, B.: «Acciones de responsabilidad: artículos 239 a 241 bis», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, en HERNANDO CEBRÍA (Coord.), Ed. Bosch, Barcelona, 2015, págs. 365 y 426.

— «La prescripción de la responsabilidad por deudas de los administradores», *RDM*, n.º 299, enero-marzo 2016, págs. 143 a 174.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, R.: «Reformas en materia de responsabilidad de administradores», *Mejora del gobierno corporativo de sociedades no cotizadas (A propósito de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre)*, en JORDÁ GARCÍA, R. y NAVARRO MATAMOROS, L. (Dirs.), Dykinson, 2015, pág. 141.

SAVIGNY, M. F. C.: *Sistema del derecho romano actual*, traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Granada, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (reproducción digital de la 2.ª edición de Madrid, Centro Editorial de Góngora), Alicante, 2009 (edición original de 1847), edición digital.

VALPUESTA GASTAMINZA, E. M.: «La interrupción de la prescripción de la acción individual contra administradores sociales y auditores por la declaración de concurso: Comentario de la sentencia núm. 737/2014, del Tribunal Supremo, (1.<sup>a</sup>) de 22 de diciembre de 2014», *ADCon*, n.º 36, 2015, págs. 341 a 355.

— «Disolución de la sociedad de capital (art. 367 LSC)», *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 2.<sup>a</sup> edición, Bosch, Barcelona, 2015, pág. 995.

VERDÚ CAÑETE, M. J.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, Ed. La Ley, 2008 (Monografía n.º 8/2008, asociada a la RDCyP).

VIALAR, S.: «Prescription de l'action en comblement de passif», *Option Finance*, L'actualité juridique en bref, n.º 1315, 27 de abril de 2015, pág. 34.

*(Trabajo recibido el 10/05/2017  
y aceptado para su publicación el 30/06/2017)*

# **PRÁCTICA JURÍDICA**



# **LA BASE DE DATOS DE TITULARIDAD REAL. EVOLUCIÓN NORMATIVA. DEFENSA DEL VIGENTE MODELO ESPAÑOL**

**PEDRO RINCÓN DE GREGORIO**

*Notario de Almenar*

## **RESUMEN**

La normativa comunitaria, en materia de blanqueo de capitales, exige que cada Estado miembro establezca un registro de titularidades reales, planteando problemas determinar quién ha de llevarlo. Sin embargo, en España este registro ya existe y está a cargo del Notariado español. Este registro ha permitido una colaboración intensa con las autoridades españolas.

**Palabras clave:** blanqueo de capitales, registro de titularidad real, notarios, Cuarta Directiva europea Antiblanqueo.

# **THE DATABASE OF BENEFICIAL OWNERS. REGULATORY CHANGES. DEFENCE OF THE CURRENT SPANISH MODEL**

**PEDRO RINCÓN DE GREGORIO**

*Notary Public in Almenar*

## **ABSTRACT**

The EU regulations with respect to money-laundering require each Member State to establish a register of beneficial owners, posing problems over how to determine who should be in charge of it. Nonetheless, this register already exists in Spain and the Spanish Notariate is in charge of it. This register has enabled intensive collaboration with Spanish authorities.

**Keywords:** money-laundering, register of beneficial owners, notaries public, Fourth European Anti-Money-Laundering Directive.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVA EUROPEA. 1. Artículo 30 de la Directiva. 2. El informe del GAFI.—III. NORMATIVA NACIONAL.—IV. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2005/60/CE.—V. LA REALIDAD ESPAÑOLA: EL JUEGO NOTARIO-REGISTRADOR EN EL SISTEMA SOCIETARIO ESPAÑOL.—VI. LA REFUTACIÓN DE LAS CRÍTICAS.—VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el año 2004, el Notariado ha realizado un enorme esfuerzo, tanto corporativo como individual, para poner en marcha un sistema sin igual en los países de nuestro entorno, que permite colaborar estrechamente con las autoridades públicas que lo requieran. Hablamos del Índice Único Informatizado (desde ahora IUI), a cargo del Consejo General del Notariado, nutrido por muchos de los datos, debidamente parametrizados, de las escrituras y pólizas autorizadas e intervenidas por los notarios españoles. En conjunto, para tomar idea, más de siete millones y medio de documentos en el año 2016. En total, más de un petabyte de datos, es decir, más de un millón de gigabytes de datos. Inmensa.

Con la ingente cantidad de datos recopilada, el Notariado español configuró la llamada Base de Datos de Titularidad Real (desde ahora, BDTR), que permitió una colaboración muchísimo más intensa con las distintas Administraciones Públicas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, jueces y fiscales, especialmente en la lucha contra el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada. Colaboración que pilota en torno al Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales del Consejo General del Notariado (desde ahora, OCP).

La utilidad de la BDTR ha sido innegable en todos estos años. Es evidente que necesita mejoras, tanto normativas como procedimentales o de funcionamiento interno. En este último aspecto se afana el colectivo notarial, encabezado por el OCP, sabedores todos de que la información que pasa por sus manos es tan masiva, pero tan importante, que debe aprovecharse.

En este contexto, la normativa comunitaria obliga a una constante e irremediable adaptación de nuestro sistema normativo interno. Y aprovechando estas reformas no falta quien, desde otros cuerpos profesionales, intentan aprovechar para defender su papel en esta materia, realizando una interpretación parcial que

atiende más a intereses corporativos y económicos que a un estricto rigor jurídico y técnico.

Este estudio, pues, pretende clarificar la normativa actual sobre la citada Base de Datos de Titularidad Real, tanto la europea como la nacional, y exponer, desde nuestro punto de vista, cuál es la interpretación más adecuada de la misma. Para ello me ceñiré a tradicionales criterios hermenéuticos, especialmente la literalidad de la Directiva vigente, a la voluntad del legislador que resulta de los textos legislativos comunitarios y a criterios de funcionalidad práctica, basados en el funcionamiento actual del sistema de seguridad jurídica mercantil.

Todo ello nos servirá para defender la posición del Notariado español en este aspecto y, necesariamente, criticar la postura del cuerpo registral español.

## II. NORMATIVA EUROPEA

Como ya apuntamos, la integración europea ha obligado y obliga a los Estados miembros a continuas reformas en busca de la armonización y mayor eficacia en muchas políticas, entre ellas, y por lo que aquí interesa, las políticas antiblanqueo. Efectivamente, la vigente Directiva 2015/849, de 20 de mayo de 2015 (llamada cuarta Directiva europea antiblanqueo), regula y modifica algunos aspectos en materia de prevención de blanqueo de capitales. Esta Directiva se encuentra, *de facto*, traspuesta en su mayor parte y sólo quedan pequeños aspectos pendientes de incorporar al ordenamiento español.

No merecen nuestra atención determinados aspectos técnicos, muchos de los cuales ya están incorporados a la normativa española por la ley 10/2010 y el RD 304/2014. Aspectos que, siendo de indudable interés en la práctica diaria de los sujetos obligados, su estudio pormenorizado excede con mucho de las posibilidades de este trabajo. Nos centraremos, en concreto, en el ya meritado: la llevanza de un registro central de titularidad real.

Este análisis de la normativa europea, sin embargo, no puede ser preciso sin referirnos a las modificaciones previstas en la propuesta de Directiva de modificación de la citada Directiva 2015/849, que, de llegar a aprobarse en estos términos, dará nueva redacción a algunos preceptos, si bien no altera la esencia en lo que aquí concierne. También destacaremos, donde sea preciso y pertinente, la Directiva anterior, derogada, fuente de la que bebe la normativa española vigente e indicativa de la visión del legislador comunitario de estos aspectos.

Desmenucemos, pues, la escasa normativa europea sobre la cuestión, tomando como clave el artículo 30 de la Directiva 2015/849.

## 1. Artículo 30 de la Directiva

La información sobre titularidad real en un registro central se regula fundamentalmente en el artículo 30.

Dice el citado artículo 30 en su apartado 3:

*«Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo un registro mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o en un registro público. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos nacionales. La información sobre la titularidad real contenida en esta base de datos podrá ser consultada de conformidad con los sistemas nacionales.»*

La idea, como ya apuntamos, mantenida y defendida oficialmente por el Colegio de Registradores, de que la literalidad del precepto conduce necesariamente a que sea el registro mercantil quien haya de hacerse cargo de la base de datos de titularidad real, no puede ser mantenida. Para ello, analizaremos la pura literalidad de este artículo, relacionándolo sistemáticamente con la literalidad de otros artículos y con la evolución de la normativa.

Efectivamente, ya la pura interpretación literal no plantea dudas, pues la locución adverbial «por ejemplo» va seguida de un «registro mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE...», y dice también, como alternativa, previa conjunción adversativa «o un registro público». Es evidente que el legislador comunitario no ha querido limitar los medios que cada Estado miembro requiera en la trasposición de esta Directiva. O el registro mercantil u otro registro.

Esta conclusión literal (*in claris non fit interpretatio*), además, está apoyada en una serie de consideraciones que resultan del texto de la propia Directiva. Veamos.

Como ya se apuntó, la Directiva nos ofrece potentes criterios de interpretación sistemática, pues este artículo 30 no puede interpretarse, como cualquier otra norma, sin tener en cuenta el conjunto normativo que regula la materia. En este caso, el resto del articulado de la Directiva y, especialmente, sus considerandos.

Efectivamente, no se puede explicar la Directiva 2015/849, sin tener en consideración sus principios inspiradores, expresados en los considerandos previos. Estos considerandos, que no tienen valor vinculante directo, sí ofrecen «indicaciones sobre la intención del legislador y sobre el sentido que hay que atribuir a

*sus disposiciones*», sin que valgan para interpretar «*en un sentido manifiestamente contrario a su tenor literal*» (entre otros muchos, asunto DEUTSCHES MILCHKONTOR, C-136/04). En fin, ofrecen, además, una suerte de interpretación auténtica, y ciertamente teleológica, de la norma.

Pues bien, entrando en materia, el considerando 14 incide en la idea de referirse a una «*base central de datos*» como «*tertium genus*» «*que reúna información sobre la titularidad real, o bien el registro de empresas u otro registro central. Los Estados miembros deben poder decidir que la cumplimentación de este registro sea responsabilidad de las entidades obligadas*». Este considerando, por tanto, además de incidir en la misma idea, añade dos nuevos e interesantísimos elementos.

El primero de ellos es equiparar el susodicho «*registro central*» con una «*base central de datos*». Esta «*base de datos*» se explicita, con mayor interés, en el considerando 17, que habla de comunicar «*a un registro central (o a una base central de datos)*».

El segundo elemento, importantísimo, es que deja la responsabilidad de su llevanza a las «*entidades obligadas*». Ciertamente, y sin perjuicio de consideraciones posteriores, los registradores no son sujetos (o entidades) obligados en la Directiva comunitaria (artículo 2.1), como sí lo son los notarios. Siguiendo la literalidad de la Directiva, su encaje debiera ser el limitado que señala el artículo 4: «*a profesiones y categorías de empresas distintas de las que se mencionan en el artículo 2, apartado 1...*».

Por último, esta normativa europea tiene siempre presente que no puede obviarse una realidad compleja: el desigual papel que tienen los registros mercantiles en los Estados miembros, algunos jurídicos, otros puramente administrativos, algunos en manos de los propios empresarios, etcétera. Todo ello obliga al legislador europeo, en este tema, como en tantos otros, a permitir una gran flexibilidad a los Estados miembros a la hora de trasponer su contenido. A esta idea nos referiremos posteriormente, pues pretender comparar el registro mercantil español con los europeos, y usarlo como argumento, es, al menos, intrépido.

## **2. El informe del GAFI**

A los citados considerandos de la Directiva 2005/849 hay que añadir, por su importancia, el número 4, que reza: «*En su actuación, la Unión debe seguir teniendo especialmente en cuenta las Recomendaciones del GAFI y los instrumentos de otros organismos internacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*».

Efectivamente, en todos los antecedentes legislativos a la citada Directiva, incluidas las propuestas e informes previos, se expone con especial relevancia el interés por respetar las directrices, informes y evaluaciones que el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) realiza y publica periódicamente. La importancia de esta institución internacional se explicita de nuevo en el proyecto de Directiva de reforma y, especialmente, en el informe de 9 de marzo de 2017 del Parlamento Europeo, que enmienda el considerando 9 para referirse a, no sólo las contramedidas propuestas por el GAFI, sino también a sus «*recomendaciones*». Igualmente, la Exposición de Motivos a la ley 10/2010 declara que «*Las Recomendaciones del GAFI, aprobadas en 1990, pronto se convirtieron en el estándar internacional en la materia, constituyéndose en la inspiración directa de la Primera Directiva comunitaria (Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991)*».

Este GAFI, creado al amparo del G-7, y del que hoy forman parte 37 países e instituciones internacionales, entre ellas la propia Comisión Europea, publicó unas recomendaciones en 2012 (*International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*), sobre la base de las cuales evaluó a cada uno de los países miembros, incluido España.

En el informe sobre nuestro país, de mayo de 2014, el GAFI destacó la importancia, el esfuerzo y la utilidad de la Base de Datos de Titularidad Real a cargo del Órgano Centralizado para la prevención del Blanqueo del Consejo General del Notariado, y señaló (punto 7.31) que «*La información sobre la titularidad real de las sociedades españolas está a disposición de las autoridades competentes con facilidad y rapidez a través del Índice Único Informatizado del Consejo General del Notariado. Esta es una característica muy positiva del sistema español, y las medidas adoptadas para gestionar y permitir el acceso a la información constituyen un ejemplo de buenas prácticas para otros países*». Las autoridades, dice el informe, «*utilizan con frecuencia la información contenida en la base de datos del Índice Único Informatizado en el transcurso de las investigaciones de BC/FT, y expresaron su satisfacción por la calidad, exhaustividad y facilidad de acceso a la base de datos*».

Continuando con los argumentos que nos ofrece la propia Directiva, conviene recordar, si bien someramente, que existen numerosos requerimientos a los sujetos obligados, algunos de identificación de los sujetos, de la comprobación de las titularidades reales, otros de comprobación de la naturaleza de los negocios, etcétera, que les obligan a especiales medidas de diligencia reforzada, llegando el caso de exigirse «*poner fin a la relación de negocios*» (artículo 14). Esta consecuencia y aquellas comprobaciones pueden ser efectivas en la medida en que la situación negocial en sospecha está viva, pendiente de desarrollar sus efectos. Cuando éstos ya se han desplegado y concluido (civil, mercantil, fiscal y materialmente), nada vale para prevenir el blanqueo, sino tan sólo para perseguirlo.

Pues bien, es en este último paso del ITER negocial donde se desarrolla la actividad registral (en cualquiera de sus ramas, propiedad o mercantil). A este aspecto, creemos que fundamental, nos dedicaremos extensamente en un apartado posterior.

Por tanto, y sin perjuicio de posteriores reflexiones, el artículo 30, y con él muchos otros, maneja una posibilidad que va más allá de un registro mercantil o de sociedades. Que no es una dicción casual, sino fruto de unos antecedentes que, sin riesgo a ser atrevido, han tenido en cuenta el propio modelo español, a cargo del Notariado, que es el único existente, al menos de cierta entidad, en toda Europa, y más al tiempo de elaborarse la Directiva en cuestión. Efectivamente, la idea de una base de datos de titularidad no aparece en la Directiva 2005/60, lo que no impidió que la normativa española y el Notariado español desarrollasen ese instrumento. Base de datos notarial que, como vemos, tiene perfectísima acogida en el texto y espíritu de la norma europea y en la voluntad del legislador que resulta de los considerandos, del resto del articulado y de la propia naturaleza de la protección que el sistema pretende, como veremos.

Además, y cómo no, tiene pleno desarrollo en la normativa española vigente, como estudiaremos a continuación.

### III. NORMATIVA NACIONAL

Efectivamente, esta BDTR del Notariado español tiene amparo legal expreso en el artículo 9.6 del Real Decreto 304/2014, que dice: *«Para el cumplimiento de la obligación de identificación y comprobación de la identidad del titular real establecida en este artículo, los sujetos obligados podrán acceder a la base de datos de titularidad real del Consejo General del Notariado previa celebración del correspondiente acuerdo de formalización, en los términos previstos en el artículo 8 de la Ley 10/2010, de 28 de abril»*, que desarrolló la ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que en su artículo 8.1 dice: *«Los sujetos obligados podrán recurrir a terceros sometidos a la presente Ley para la aplicación de las medidas de diligencia debida previstas en esta Sección, con excepción del seguimiento continuo de la relación de negocios»*. Pues bien, en virtud de estas previsiones, ya se han celebrado numerosos acuerdos con muchos sujetos obligados, desde entidades financieras y compañías aseguradoras a otros organismos públicos.

Junto a esta Base de Datos, el otro instrumento fundamental en la materia es el Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales dependiente del CGN, y regulado por orden ministerial EHA/2963/2005, de 20 de septiembre. Esta orden, dictada al amparo de los artículos 11.1 y 16 del derogado Real Decreto 925/1995 y del artículo 2.2 de la, también derogada, ley 19/2003, de 4 de julio,

sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, subsiste tras la vigente Ley 10/2010 (artículo 27) y tras el meritado Real Decreto 304/2014 que la desarrolla (artículo 44) y que, además, dice en su Disposición Derogatoria Única que: *«En cuanto no se opongan a lo dispuesto en el reglamento, continuarán vigentes la Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado»*.

Tras más de diez años de constitución, aprobación y funcionamiento del Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales dependiente del CGN, la orden ministerial ECC/2402/2015, de 11 de noviembre, crea el Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

#### IV. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2005/60/CE

Como ya apuntamos en la introducción, es muy interesante recurrir a los antecedentes legislativos sobre esta cuestión, pues invitan a reflexionar cuál puede haber sido la voluntad del legislador comunitario y cómo el legislador español debió haber traspuesto la Directiva.

La Directiva 2005/60, derogada por la vigente 2015/849, no se refería a los registradores. No los mencionaba. Efectivamente, el artículo 1 se refería al ámbito de aplicación de la Directiva, y en ella citaba a las entidades financieras, a las aseguradoras, a los notarios, a los agentes de la propiedad inmobiliaria, etcétera, pero no a los registradores. Y la vigente Directiva tampoco los menciona. O lo que es lo mismo, tras diez años entre ambas Directivas, suponiendo la segunda una mejora y perfeccionamiento de la primera, estudiadas las experiencias nacionales, las nuevas modalidades de blanqueo, tras el complejo y participativo proceso normativo comunitario, sigue sin referirse a éstos. Y, a mayor abundamiento, el proyecto de reforma de la Directiva, en trámites de aprobación, sigue sin mentarles. Es tal la importancia de su función en esta materia que el legislador europeo les ignora.

Sin embargo, en el anteproyecto español de Ley de blanqueo, que luego sería la 10/2010, el legislador sitúa el pie de igualdad, como sujetos obligados, a los notarios y a los registradores. Esta posición, muy voluntarista, suponía un exceso en la trasposición de la Directiva, lo que dio lugar a un duro informe del Consejo de Estado (expediente 1904/2009), de 19 de noviembre de 2009, en el que aseguraba que *«La actual redacción del artículo 2.1.n) del anteproyecto, al hacer de los registradores sujetos obligados en pie de igualdad con los notarios, no res-*

*ponde al tenor del artículo 2.1 de la Directiva 2005/60/CE, ni a la lógica del artículo 4 de aquélla. Además, la evitación de la “duplicidad y solapamiento” de las tareas de notarios y registradores es un objetivo de la política de organización de la Justicia preventiva (en los términos de la Orden Ministerial 2424/2008, de 15 de agosto). Por ello, y en atención también a la propia dificultad de cumplimiento por los registradores de todas las obligaciones de diligencia debida previstas en el anteproyecto, se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial».*

Este contundente informe del Consejo de Estado planteó la necesidad de modificar el anteproyecto, que se intentó vía enmienda en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular (BOCG de 8 de abril de 2010), que pretendían que el redactado del artículo 2.1.n) fuese: «Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles o de los bienes muebles en los términos señalados en el artículo 21 bis». Este artículo 21 bis, que se introduce en otra enmienda, establece un régimen especial de colaboración limitada, dada la especial función de este cuerpo y, al mismo tiempo, sus limitadas funciones «a posteriori». Señala la justificación de la primera enmienda que «en atención también a la propia dificultad de cumplimiento por los registradores de todas las obligaciones de diligencia debida previstas en el anteproyecto, se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial».

Como sabemos, estas enmiendas nunca fueron aprobadas por el legislativo, y los registradores son sujetos obligados por la normativa española, pero, insistimos, no por la europea. El Consejo de Estado (Dictamen 824/2015, de 17 de noviembre) no ha pasado por alto la oportunidad de, en el dictamen preceptivo a la citada Orden ECC/2402/2015, recordar lo que ya dijo en el dictamen: 1904/2009: que la ley excede del texto de la Directiva. Además, añade este último dictamen: «Es cierto que la Ley 10/2010 da un mismo tratamiento a notarios y registradores en cuanto a obligaciones de información y a su incorporación obligatoria a órganos de prevención centralizados; pero esta equiparación no impide, a juicio de este Consejo, delimitar con precisión y de forma diferenciada el papel que han de jugar los respectivos órganos centralizados de prevención en el cumplimiento de tales obligaciones, teniendo en cuenta las características que definen el ejercicio de las funciones notarial y registral y con el objeto de evitar duplicidades innecesarias, conflictos competenciales y divergencia de criterios. Es claro, en este sentido, que el control que corresponde ejercer a notarios y registradores no puede verificarse en términos análogos, pues no tienen los mismos instrumentos a su alcance (así, por ejemplo, en relación con el cumplimiento del deber de diligencia debida); y que sobre esta base cabría delimitar los ámbitos competenciales de los respectivos órganos de prevención». O lo que es lo mismo, y como ya dijo: «se sugiere reducir la colaboración de los registradores a aquellos

*supuestos que se refieran a operaciones que accedan al registro no reflejadas en un documento público notarial».* Esta reflexión del más alto órgano consultivo del Estado, sin duda, nos pone en el camino correcto: siendo muy preminente la posición del notario, por su propia función, en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, es lógico que el régimen se vuelque en la función notarial y no en la registral.

## **V. LA REALIDAD ESPAÑOLA: EL JUEGO NOTARIO-REGISTRADOR EN EL SISTEMA SOCIETARIO ESPAÑOL**

Continuando con la argumentación, y centrados en el caso español, hemos de tener en cuenta la especial mecánica que produce el sistema de doble control de legalidad notarial-registral, especialmente en la dinámica societaria.

Efectivamente, tiene el Notariado una posición privilegiada que no tiene ningún otro operador jurídico en este país, tampoco los registradores, lo que le permite:

- Manejar más información que ningún otro. Y no basta con referirse al Índice Único Informatizado, es la segunda mayor base de datos de este país, sino que conviene ir más allá. Hay que referirse, incluso, a la documentación que permite configurar el negocio a escriturar, a las motivaciones de las partes, los tratos preliminares, sus relaciones personales, situaciones de subordinación aparente, etc. Información que, ajena al instrumento público, sí tiene enorme importancia para valorar operativas de blanqueo (así, entre muchos, artículo 13.1 de la Directiva). Información real, actual, viva, cambiante; que nunca podrá ser valorada por quien trabaja dentro del abstracto mundo de los libros registrales.
- Respetar la privacidad de las personas. La idea es considerada fundamental y preside el articulado de la Directiva 2015/849. Así resulta expresamente de los artículos 7, 8, 30.5, 45, etc., y de los considerandos 14, 42, 43 y 65; y por la propia Carta Europea de Derechos Fundamentales en sus artículos 7 y 8. Todo ello tiene una enorme importancia cuando se trata de encontrar un equilibrio entre la obligación de inscribir en un registro público y el deber de prevenir el blanqueo de capitales. Efectivamente, el secreto profesional del notario conjuga como nadie el ejercicio de una función pública cualificada, que conlleva especial eficacia y firmeza a sus actos y un necesario control de la legalidad y el secreto profesional, modalizado cuando se trata de conductas sospechosas de blanqueo. A esta idea de privacidad volveremos posteriormente.

Digamos, con todo, que los registros mercantiles españoles no tienen, prácticamente, más información que la que les aportan los instrumentos

notariales. Y, como todos sabemos, si ya la realidad supera en mucho al contenido de la escritura pública notarial, qué decir respecto del registro.

Además, la práctica societaria diaria y nuestra legislación mercantil produce consecuencias (algunas pudieran llamarse disfunciones) muy frecuentes y que aleja al registro mercantil de la realidad jurídico-económica más cercana. Hay que referirse principalmente a seis aspectos:

- Las sociedades que, continuando con su actividad negocial, no pueden acceder al registro por falta de depósito de cuentas. Hablamos de que casi el 27 por 100 de las sociedades inscritas en el registro mercantil se encuentran en esta situación, un número elevadísimo para este propósito a juicio del GAFI. También, cómo no, aquellas sociedades que, por defectos que no afectan a la legalidad del acto social, sino sólo al formalismo registral (por ejemplo, defectos en la certificación de los acuerdos), no tienen sus hojas registrales actualizadas y, por tanto, son desconocidas para los registros mercantiles.
- Las operaciones económicas que, aparte de las societarias a que me referiré, siendo interesantísimas desde la perspectiva del blanqueo, son completamente ajenas al registro mercantil, como los préstamos y demás operaciones de crédito intervenidas ante notario. Hablamos, en números redondos, de 1.630.000 operaciones en 2016, interviniendo personas físicas y/o jurídicas.
- La identificación del titular real (*beneficial owner*) también es obligatoria respecto de las personas físicas, para evitar la figura de las personas interpuestas, hombres de paja y demás negocios fiduciarios que encubren esquemas de blanqueo (como algunos casos de «proveedores de servicios a sociedades» del artículo 3.7). Es lo que, además, la Directiva, en su artículo 36.b, adoptando terminología anglosajona, llama fideicomisos, y que la propuesta de Directiva amplía a otras figuras nacionales. Estas personas físicas, salvo contadas excepciones, no tienen acceso al registro mercantil español y, por tanto, escapan también de su control. Y, aun teniendo acceso, la normativa de blanqueo no busca una persona física a quien imputar la titularidad real, como mero formalismo, sino a la persona física que realmente está detrás (p. e., la figura del «accionista nominal» de que habla el artículo 3.7.b), la beneficiaria real del negocio. Ésta a veces no aparece por las notarías, pero, desde luego, nunca va a llamar a la puerta del registro mercantil.
- Por otro, como ya apuntamos, la multiplicidad de formas societarias y otras personas jurídicas que no son inscribibles en el registro mercantil, pero que han sido constituidas ante notario. Me refiero a fundaciones,

asociaciones, uniones temporales de empresa, cooperativas, sociedades civiles, partidos políticos, sindicatos, etc. Y ello por no referirnos, en las sociedades anónimas y limitadas, a los acuerdos parasociales, que condicionan el ejercicio de voto y, salvo excepciones, no tienen publicidad registral; a las pignoraciones de participaciones sociales con atribución de derechos de voto, a los poderes irrevocables, etc.

Este aspecto no es menor, pues el propio considerando 12 refuerza la posición que aquí se mantiene, pues obliga a los Estados miembros a *«asegurar que se abarque la gama más amplia posible de personas jurídicas constituidas o creadas por cualquier otro mecanismo de su territorio»*. Igualmente, el artículo 13.1 b) habla de comprender la estructura de propiedad y control de *«personas jurídicas, fideicomisos, sociedades, fundaciones y estructuras jurídicas similares»*.

- Tampoco nos podemos olvidar el aspecto temporal, el iter constitutivo. Ante el notario se constituye una sociedad que, en muchos casos, tendrá acceso al registro mercantil. Entretanto no accede, la sociedad tiene plena personalidad y capacidad jurídica y puede realizar cualesquiera actividades negocials. El IUI del notariado, y por tanto su BDTR, ya tendrá la información necesaria para identificar a los titulares reales. Dice el considerando 20 de la propuesta de Directiva que *«La necesidad de información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los delincuentes»*. El registro mercantil tendrá que esperar a que esa escritura de constitución (o cualquier otra) se presente y se inscriba, obstáculo insalvable. Inscripción, por cierto, obligatoria, pero no constitutiva. A este respecto, el ya meritado informe del GAFI señala que *«Las sociedades tienen la posibilidad de realizar una serie de actividades durante un período de hasta dos meses antes de su inscripción en el Registro Mercantil, utilizando su número de identificación fiscal provisional. La información sobre las sociedades en esta situación figura en el Índice Único Informatizado Notarial, pero no en el Registro Mercantil accesible al público»*. Además, el proyecto de Directiva de reforma, tras su paso por el Parlamento Europeo, modifica el apartado 4 del artículo 30, para exigir: *«Los Estados miembros aplicarán mecanismos para garantizar que la información del registro se verifica con regularidad»*. Actualización constante que, insistimos, se realiza ya con normalidad por el notariado vía Índice Único Informatizado, que se envía quincenalmente.

Y si esto ocurre, insistimos, con sociedades inscribibles en el Registro Mercantil, qué decir de aquellas personas jurídicas que acceden a otros registros. Nos referimos a cooperativas, fundaciones, etc. Su constitución, vida y liquidación pasan necesariamente por un notario, pero el Registro Mercantil ni se entera. Por no hablar de las personas jurídicas no inscribi-

bles, como las sociedades civiles particulares. Formas societarias básicas, habitual en zonas rurales, de enorme trascendencia económica.

- Por último, relacionado con este último aspecto, la falta de control sobre las transmisiones de participaciones sociales de las sociedades de responsabilidad limitada, la forma societaria mayoritaria en nuestro país (un 98 % de las que se constituyeron en 2016). A este aspecto me referiré posteriormente.

## VI. LA REFUTACIÓN DE LAS CRÍTICAS

Conviene, por lo demás, contraargumentar las críticas que se han vertido desde otros foros sobre el vigente sistema notarial de la base de datos de titularidad real, así como algunos excesos:

Decir, en primer lugar, que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo admite la transmisión de participaciones en documento privado y eso desincentiva y desactiva la escritura notarial y su trascendencia jurídico-económica demuestra que la realidad jurídico-económica fluye al margen de otras funciones profesionales. Efectivamente, son residuales los casos en que la transmisión de participaciones no se realiza en escritura pública notarial, por la literalidad del artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital y, casi tan importante, porque la trascendencia del negocio suele contar con intervención notarial en garantía del asesoramiento, control de legalidad y demás efectos que la función añade y la escritura incorpora. Digamos que, y conviene recordarlo, el ciudadano no acude al notario porque sea obligatorio, sino por razón de la función que desempeña. No todos los operadores pueden decir lo mismo.

Dice el argumentario habitual, además, que la BDTR se forma con datos provenientes de meras manifestaciones, lo cual, no siendo falso, es, cuanto menos, inexacto. Efectivamente, el IUI permite al notario rastrear todo el historial de la sociedad desde 2004 y acreditar la titularidad real, superando la simple manifestación de los administradores. Sistema éste, el de las simples manifestaciones, por cierto, admitido en la legislación de blanqueo (artículo 30.1 de la Directiva). Sin embargo, a finales del año 2016, ya consta acreditada la titularidad real de una inmensa mayoría (más de un 80 %) de las personas jurídicas que conforman la base de datos, y poco a poco ese porcentaje aumenta, pues los notarios actualizamos día tras día la titularidad real de miles de empresas que, con el pretexto de cualquier operación societaria o económica, nos aportan también las escrituras de transmisión y demás negocios sobre participaciones previos a la implantación del IUI en 2004. Posibilidad sólo al alcance de quien está en contacto diario con esas sociedades. No conviene olvidar, con todo, que la titularidad real es un concepto dinámico, que cambia con frecuencia, evoluciona con la propia dinámica

societaria y que desborda a los asientos registrales. Éstos, por esencia (y por el principio de rogación), son estáticos.

Este último argumento nos permite, por lo demás, poner en contexto nuestro sistema con el único similar europeo para darnos cuenta del esfuerzo, la entidad y la calidad de nuestra BDTR. Efectivamente, nuestra base de datos tiene registrada la titularidad real de más de 2.200.000 sociedades, mientras que la inglesa, único referente, a finales de 2016, no tiene más que la titularidad real de apenas 20.000 empresas de las 3.593.602 inscritas en la *Companies House* inglés.

Respecto de las escrituras de transmisiones de participaciones autorizadas por notarios extranjeros, aunque escasísimas proporcionalmente (dice el GAFI que *«este riesgo es bajo porque dichos instrumentos no se utilizan habitualmente en España»*), los inconvenientes alegados (fundamentalmente, falta de control del Notariado español) plantean una doble necesidad: la interconexión de bases de datos de titularidad real y un mayor control, por parte de los administradores sociales, del libro-registro de socios. Este control, por cierto, que debiera hacerse extensivo a limitaciones transmisivas y demás derechos reales que se constituyan sobre las participaciones sociales. Control que no debieran abandonar los administradores en defensa de la privacidad y el principio de libertad de empresa. Control que, no lo olvidemos, pilota en los mismos según resulta del meritado 30.1, que dice: *«Los Estados miembros velarán por que las sociedades y otras personas jurídicas constituidas en su territorio tengan la obligación de obtener y conservar información adecuada, precisa y actual sobre su titularidad real, incluidos los pormenores del interés último ostentado»*.

*Los Estados miembros garantizarán que dichas entidades tengan la obligación de suministrar a las entidades obligadas, además de la información sobre su propietario legal, información relativa al titular real cuando las entidades obligadas estén tomando medidas de diligencia debida con respecto al cliente de conformidad con el capítulo II»*.

Sorprende, además, que el deseo de desprestigiar la BDTR lleve a cometer excesos e imprecisiones que van más allá de la defensa de los legítimos intereses corporativos. Ciertamente, impresiona leer que el registro mercantil español tiene más de 10 millones de titularidades reales inscritas, cuando en el registro mercantil (a 31 de diciembre de 2016) no hay más que 3.371.704 sociedades vivas, incluidas un 27% de ellas cerradas por falta de presentación de cuentas y, sobre todo, teniendo en cuenta que ninguna transmisión de participaciones o acciones se ha inscrito (¿cómo han obtenido los datos?). Es, por tanto, una titularidad real estática, basada en los escasos datos que acceden al registro. También sorprende que se defienda someter al registro de titularidad real a los principios del sistema registral español (publicidad, tracto sucesivo, inoponibilidad, etc.), lo cual es, sin duda, un exceso corporativista que casi merece ser tenido como un error tipográ-

fico (y que conduce a una nueva monetarización de su función pública; esta vez so pretexto del blanqueo de capitales). Y lo es porque, como resulta del texto de la Directiva, ya comentado, y demás normativa europea y nacional de protección de datos, la base de datos de titularidad real tendrá un contenido muy limitado, fuertemente conectado con la intimidad de las personas, de acceso restringido y que, en fin, nada tiene que ver con los principios que rigen el registro mercantil.

Igualmente causa extrañeza el argumento, sostenido con frecuencia, de que, como la Directiva habla de «registro», necesariamente haya de estar a cargo del de los registradores. Y ello por varias razones: en primer lugar, porque el cuerpo español de registradores no es omnicomprendivo de toda institución registral aunque muchos lo pretendan, lo son de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles. Además, incluso con esa pretensión, como hemos visto, la Directiva a veces habla de «registro de titularidad real» y otras de «base de datos», refiriéndose a la misma institución y, por último, porque no deja de ser una discusión bizantina, incluso tomando las propias definiciones de la Real Academia de la Lengua. Es, con todo, un argumento débil y poco consistente. A todo esto hay que añadir el desigual papel que tienen los registros mercantiles en los Estados miembros, algunos son judiciales, otros puramente administrativos, lo que obliga al legislador europeo, en este tema, como en tantos otros, a permitir una gran flexibilidad a los Estados miembros a la hora de trasponer su contenido.

La propuesta de Directiva amplía, en aras a la transparencia, la publicidad del registro de titularidad real, pero, en todo caso, *«debe buscarse un justo equilibrio entre el interés público por la transparencia societaria y la prevención del blanqueo de capitales, por un lado, y los derechos fundamentales de los interesados, por otro. El conjunto de datos que debe ponerse a disposición del público debe ser limitado...»* (considerando 26). A pesar de estas prevenciones, consideramos conveniente, en defensa de la privacidad de las personas, que el acceso a la base de datos de titularidad real debe mantenerse reservada a quienes son sujetos activos en la prevención del blanqueo de capitales. Esta postura, defendida por el Notariado, está fuertemente defendida por muchos colectivos que influirán, sin duda, en el texto definitivo de la norma.

También merece una especial crítica que se equipare la BDTR con cualquier otra que pudieran llevar «el Colegio de Economistas o alguna entidad bancaria». Esta afirmación no aguanta la más mínima réplica. Sin faltar a la consideración de otros colectivos profesionales obligados por la normativa de blanqueo de capitales, el notario lo es en una posición especialmente cualificada dada su condición de funcionario público y los privilegiados efectos de su intervención en la contratación jurídico privada, y así se lo reconoce la Directiva.

Verdaderamente, y como ya se apuntó, no pueden decir lo mismo otros cuerpos profesionales, como el de los registradores de la propiedad, mercantiles y

bienes muebles, excluidos de la literalidad de la Directiva 2015/849, y de la que ésta deroga, y que han de justificar su papel en esta materia por gracia del legislador nacional, al amparo de la ley 10/2010, previo al genérico artículo 4 de la Directiva. Efectivamente, ignorados por la normativa comunitaria de blanqueo, no es el cuerpo más apropiado para desprestigiar una base de datos notarial, el papel del Notariado en esta materia y ni tan siquiera la de los economistas o bancos que, aunque sujetos privados, sí son sujetos obligados del artículo 2 de la meritada Directiva 2015/849.

Se trata, además, de una base de datos pública, en manos de una corporación de Derecho Público, el Consejo General del Notariado y surtida de datos por funcionarios públicos, los notarios. Además, la BDTR, como ya se dijo, no sólo tiene amparo normativo y amparo explícito de la Agencia de Protección de Datos, sino que ha sido hasta ahora (el único) vehículo fundamental para las autoridades públicas, policiales y judiciales, como lo demuestran las más de 105.000 consultas en los últimos seis años. Se anticipó así España al apartado 6 del artículo 30 en su redacción actual: *«El registro central a que se refiere el apartado 3 garantizará el acceso oportuno y sin restricción a las autoridades competentes y las UIF, sin alertar a la entidad afectada. También permitirá el acceso oportuno a las entidades obligadas»*. Se anticipa, incluso, al segundo párrafo que se añade en la propuesta de Directiva (*«Las autoridades competentes a las que se concederá acceso al registro central indicado en el apartado 3 serán aquellas con responsabilidades específicas en la lucha contra el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, incluidas las autoridades tributarias y las autoridades cuya función es la investigación o el enjuiciamiento del blanqueo de capitales, los delitos principales asociados y la financiación del terrorismo, el rastreo y la incautación, el embargo y el decomiso de activos de origen delictivo»*).

Además, todo esto demuestra que la obligación de que el registro de titularidad real esté accesible a las autoridades públicas que lo requieran (arts. 30.5, 6 y 7 de la Directiva 2015/849), es perfectamente compatible con una base central al margen de un registro mercantil o de sociedades, como enseña la práctica española actual, con muy buenos resultados, y las pruebas que realizaron en 2014 los inspectores del GAFI, aleatoriamente, en la sede del CGN, que dio lugar a la ya comentada recomendación.

Por otro lado, la obligación de interconexión de estos registros de titularidad real (artículo 30.10 de la Directiva) no conduce en ningún caso a concluir que se asimila a la interconexión que, para los registros mercantiles o de sociedades, se plantea en el artículo 4 bis de la Directiva 2009/101. La interconexión, a efectos de blanqueo de capitales, es distinta, pues es de los registros de titularidad real, que, como hemos visto, tienen especialísimos requisitos por mor de la privacidad y, por tanto, de la limitación de acceso. Es por ello, en fin, que el artículo 31.9 reitera esa interconexión entre registros centrales (de titularidad real) sin

referirse a la interconexión de los registros mercantiles. Interconexión que, en último término, planteará los lógicos y habituales problemas técnicos de equiparación de distintas plataformas y sistemas, para lo que nuestra BDTR bien pudiera ser ejemplo en terceros países.

Una base de datos, por cierto, desarrollada en España por un cuerpo profesional obligado a guardar secreto, lo que naturalmente encaja mejor con los especiales requerimientos y salvaguardas que el legislador comunitario ha efectuado en materia de protección de datos. Llevada y nutrida por profesionales públicos sometidos a un exigente régimen en materia de blanqueo. Obligaciones de identificación de sujetos, de evaluación de riesgos, de controles de medios de pago, de negación de autorización, de seguimiento de operaciones y muchas otras que pivotan sobre los notarios en el ejercicio diario de su función y que sirven para nutrir el IUI y, con ello, la BDTR.

Sorprende, por lo demás, que un cuerpo, el registral, que se dedica a dar publicidad frente a terceros, a la publicidad como un principio esencial de funcionamiento, quiera asumir una base de datos reservada. También sorprende su inusitado y reciente interés en esta materia, como demuestra que el régimen de actuación de su órgano de prevención del blanqueo se aprobó diez años después que el notarial. Sorprende todo esto hasta que indagamos las razones crematísticas, ya apuntadas, que luego explicitaremos.

Ciertamente, los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, no ocultan su deseo de inscribir las transmisiones de participaciones sociales. Aseguran que sólo se podrá garantizar la calidad de la información sobre titularidad real si el Estado que la incorpore establece la obligatoriedad de inscribir la transmisión de los títulos sociales en el registro mercantil. Esta afirmación, sin requerir explicaciones adicionales, expone a las claras cuál es el interés último corporativo.

Enarbolan, por último, un argumento que, tras analizarlo con rigor, resulta poco clarificador. Efectivamente, aseguran que la base de datos de titular real la llevan los registros mercantiles en muchos países europeos y hay que seguir a Europa. Y, siendo eso cierto, lo es sólo en parte y ha de ponerse en contexto, como ya apuntamos al referirnos a la amplitud del artículo 30 de la Directiva 2015/849, con la naturaleza jurídica y organización de otros registros mercantiles europeos y otros notariados. Veamos brevemente algunos aspectos:

- Muchos registros mercantiles europeos están en manos de funcionarios a sueldo que no tienen más interés e incentivo que el servicio público (Francia, Bélgica). Otros, en cambio, son instituciones supervisadas por el Estado o por un juez, pero en manos de las Cámaras de Comercio (así, Italia u Holanda). Otros ni tan siquiera tienen una competencia monopo-

lística por razón del territorio (Portugal). Muchos de ellos, la mayoría, son, además, gratuitos (Alemania, Polonia, Reino Unido o Finlandia) o sujetos al pago de una pequeña tasa (Austria).

- En la inmensa mayoría de los registros mercantiles europeos el control de acceso se limita a comprobar la legalidad de las formalidades extrínsecas o, como mucho, la existencia de un tracto necesario. Funciones, por tanto, que nada tienen que ver con las atribuidas a los registradores mercantiles españoles.
- Que el Notariado español es de los pocos en Europa que sigue teniendo intervención activa y habitual en el ámbito societario. Sin embargo, en muchos países sigue siendo obligatoria la intervención notarial en la transmisión de participaciones (Alemania, Austria, Portugal, etc.). También es el Notariado español el único de Europa, dada su especial función, que dedicó tiempo, dinero y esfuerzos a levantar la BDTR.
- Con todo, habiendo países en el que no se establece ningún control en la transmisión de las participaciones sociales, es natural que, si quieren conocerse titularidades reales, se haga imprescindible la constancia en algún tipo de registro.

No es por tanto asimilable el caso español al de otros países europeos. Aquí las transmisiones de participaciones sociales se realizan ante notario, que controla la legalidad y deja constancia de la titularidad, vía Índice Único Informatizado, en la Base de Datos de Titularidad Real. Añadir otra inscripción posterior es añadir un coste sin valor añadido.

## VII. CONCLUSIONES

Por tanto, es justo mantener que la posición oficial del nuestros «hermanos en la fe», los registradores, gira en torno a una idea: inscribir las transmisiones de participaciones sociales y de acciones. Para ello han asumido el relato de que nadie como ellos para prevenir el blanqueo de capitales, de que incorporando a las transmisiones de participaciones sociales y acciones los principios hipotecarios así podrían gestionar una buena base de datos de titularidad real y que, por otro lado, el sistema notarial es deficiente. Todas estas ideas han sido, creemos, ampliamente rebatidas.

Frente a esta posición registral, insólita y muy reciente, cabe exponer numerosas dudas y un firme alegato:

Algunas tienen que ver con las reformas que serían necesarias para adaptar el sistema español a una base de datos llevada por los registradores con los requisi-

tos que ellos proponen. Supondría un profundísimo cambio que alteraría la esencia de muchas instituciones y su correcto equilibrio y plantea muchísimos interrogantes: ¿convertimos un registro de personas, como es el Registro Mercantil español, en un registro mixto de personas y derechos?, ¿obligamos a inscribir las participaciones sociales y las acciones entorpeciendo el tráfico sin mejora del control necesario?, ¿obligamos a los notarios (y a otros sujetos obligados), que reciben y procesan la mayor parte de la información, a que ceda en masa toda esa información a otro cuerpo profesional, creando enormes ineficiencias?, ¿obligamos a otras entidades jurídicas a inscribirse obligatoriamente por mor de una base de datos de titularidad real eficaz?, ¿reformamos, en fin, buena parte de la normativa española para convertir al registro mercantil en un «gran hermano» societario a pretexto de cumplimentar esta base de datos?, en definitiva, ¿hacemos una nueva base de datos dejando de lado la mejor que existe en Europa?

También surgen dudas de oportunidad y de necesidad. Ciertamente, el sistema actual, tras años de ingente trabajo, funciona muy bien y ha servido a las autoridades. Es necesario adaptarlo y mejorarlo. Adaptarlo a los nuevos requerimientos de la Directiva y mejorarlo según las recomendaciones del GAFL, que, entre otras cosas, planteó que *«España debería aumentar la transparencia de las transmisiones de acciones de las sociedades anónimas que no cotizan en bolsa (por ejemplo, exigiendo que las transmisiones se realicen con la intervención de un notario)»*. El cuerpo registral plantea, por tanto, requerimientos que la práctica ha demostrado innecesarios.

La averiguación de la titularidad real no necesita que los ciudadanos abran en canal su vida privada, que rindan cuentas de todo en el registro. Es posible conocer los titulares reales de las sociedades limitadas sin inscribir la transmisión de participaciones, respetando la libertad de empresa, la necesaria intimidad, la facilidad en el tráfico y, cómo no, el ahorro económico, evitando una dualidad de control que se ha demostrado prescindible.

Frente a todas estas dudas, el Notariado español alega y defiende que su BDTR se ha construido por quien tiene toda la información, ante quien se celebran los negocios y éstos despliegan sus efectos, tras un enorme esfuerzo material y personal, creando un sistema que ha demostrado ser muy eficaz en la lucha contra el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada. Un mecanismo que, propio de la función notarial, colabora con las autoridades pero mantiene el secreto del protocolo. Un mecanismo alabado por las autoridades españolas e internacionales. Y, por último y no menos importante, lo hace un cuerpo funcional considerado sujeto obligado por la normativa europea.

*(Trabajo recibido el 08/11/2017  
y aceptado para su publicación el 30/11/2017)*

# CONVOCATORIA Y CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL. JUNTA UNIVERSAL. ACTA NOTARIAL<sup>1</sup>

RICARDO CABANAS TREJO

*Notario*

## RESUMEN

El objetivo de este trabajo es examinar algunos temas de interés práctico seleccionados de la más reciente experiencia judicial/registral en materia de Junta general. Los temas se han seleccionado en relación con los requisitos esenciales que confieren legitimidad al procedimiento y permiten hablar de Junta con capacidad para tomar por mayoría acuerdos vinculantes en asuntos de competencia. En particular, por el carácter intermitente de la Junta como órgano social, que sólo existe como tal una vez queda constituida, la atención se centra en las cuestiones relacionadas con la convocatoria, y su ausencia en los casos de Junta general universal, con un apartado final centrado en esos problemas cuando el acta de Junta es notarial.

**Palabras clave:** Junta general, Junta universal, convocatoria, acta notarial.

## CONVENING AND HOLDING GENERAL MEETINGS. UNIVERSAL GENERAL MEETINGS. NOTARIAL MINUTES<sup>2</sup>

RICARDO CABANAS TREJO

*Notary Public*

## ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine a sample of the most recent judicial/registry decisions on the matter of general meetings selected for their practical interest. The topics have been chosen in relation to the essential requirements that confer institutional legit-

---

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada con el mismo título por el autor en el Congreso Nacional de Derecho de Sociedades, organizado por la Universidad de Málaga los días 2 y 3 de febrero 2017.

<sup>2</sup> Text of the paper presented by the author under the same title at the National Congress on Company Law, organized by the University of Malaga on February 2nd and 3rd, 2017.

imacy to the procedure and allow to speak of a board with the capacity to take binding agreements on matters within its competence. In particular, because of the intermittent nature of the board as a social organ, which only exists as such once it is constituted, the focus is on issues related to the summons, and its absence in the cases of universal general meeting, with a final section focus on those problems when the deed of the general meeting has been written by a notary.

**Keywords:** general meeting, universal meeting, summons, notarial deed.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. AUTOR DE LA CONVOCATORIA. 1. Competencia para convocar. 2. Autonomía para convocar. 3. Desconvocatoria. 4. Estatutos sociales. 5. Situaciones especiales.—III. FORMA DE LA CONVOCATORIA. 1. Sistema legal/estatutario. 2. Imperatividad del sistema y Registro Mercantil. 3. La perspectiva judicial.—IV. ANTELA-CIÓN DE LA CONVOCATORIA.—V. CONTENIDO DE LA CONVOCATORIA. 1. Orden del día. 2. Requerimientos informativos especiales.—VI. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES EN RELACIÓN CON LA CONVOCATORIA.—VII. CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL. 1. Lugar de celebración. 2. Momento de celebración.—VIII. JUNTA GENERAL UNIVERSAL. 1. Requisitos. 1.1. Materiales. 1.2. Formales. 1.3. Legitimación de los socios, ¿es posible la autogestión? 2. Impugnabilidad por defecto de convocatoria y Junta general universal de hecho.—IX. ACTA NOTARIAL DE JUNTA. 1. Requerimiento al notario. 2. Control de la convocatoria. 3. Requisito de validez de los acuerdos. 4. Control de la legitimación de los asistentes. 5. Junta general universal.—X. CONCLUSIÓN.

## I. PLANTEAMIENTO

Suele decirse que la diferencia entre un ejército y una turba está en la organización. En parejo sentido podríamos decir que la diferencia entre una Junta de socios y una tertulia radica en el procedimiento. Los acuerdos adoptados por mayoría en una reunión que se proclama «junta» solo obligan a todos los socios si han respetado el procedimiento legal y estatutariamente establecido, con la exigencia material añadida de no superar el ámbito de su competencia. Todos los requisitos de ese procedimiento son importantes, pero solo algunos son de verdad esenciales, como pone de manifiesto el art. 204.3.a) LSC al dejar fuera de la posible exención impugnatoria aquellas infracciones relativas *«a la forma y plazo previo de convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos»*, con una coda final más difusa abierta a cualquier otra que tenga carácter relevante.

Mi presente comunicación está ceñida a los temas de convocatoria y celebración de la Junta general (en adelante, JG), la JG universal y el acta notarial de la JG, pero quiero abordarlos desde su relación con los requisitos esenciales que confieren legitimidad al procedimiento. Con cierta libertad me permito hablar de legitimidad «institucional» solo para poner de manifiesto que son requisitos situados muy al comienzo del procedimiento, sin los cuales ni siquiera se puede hablar de JG como órgano propio de la sociedad. No es que la JG haya tomado mal sus acuerdos, es que no habría tenido lugar una JG. Por el carácter intermitente del órgano, que solo existe como tal JG una vez ha sido constituida (también sus cargos, que no pueden configurarse como permanentes según la Resolución DGRN de 7 de diciembre de 1993), son requisitos previos que —normalmente— solo pueden ser cumplidos por el otro órgano de la sociedad que sí tiene naturaleza estable —pero puede no existir en ese momento—, el órgano de administración, o que demandan su presencia y colaboración activa para ser satisfechos. De ahí el calificativo «institucional», pues son requisitos que atienden al entramado

orgánico de la sociedad, a su estructura institucional interna, antes que a la vertiente funcional de la JG una vez constituida.

Esos requisitos se centran en dos momentos clave:

- La convocatoria de la JG como acto que pone en marcha el procedimiento y delimita —como regla— su capacidad para tomar acuerdos, pues solo un llamamiento «regular» desemboca en una reunión válida como JG. Sin embargo, excepcionalmente es posible constituir la JG sin esa legitimación inicial exógena, bien porque los mismos socios han decidido prescindir de la convocatoria (JG universal), bien porque en la misma reunión los socios convalidan una convocatoria anterior mal hecha. En ocasiones, esto último ocurre en forma poco consciente o inadvertida, hasta el punto que algún socio pretenda después volver sobre sus propios pasos para impugnar los acuerdos.
- La constitución de la JG, o más exactamente el control encomendado a la mesa de la JG —sea o no convocada—, que se plasma en la lista de asistentes. Parece fácil cuando la mesa es de constitución automática, en aplicación de una regla legal o estatutaria (art. 191 LSC), o ha sido nombrada con anterioridad en los casos de convocatoria judicial/registral. Pero la situación se complica cuando depende de una elección por parte de los mismos reunidos, que a su vez demanda una verificación inicial de la condición de socio, en una singular paradoja temporal donde el resultado final también es presupuesto previo del control que hace posible aquel mismo resultado. De nuevo, con cierta libertad en el uso de las palabras, diría que es un control anterior al trámite de constitución, «pre-constituyente» por expresarlo gráficamente. Desde mi perspectiva, ahora no interesa tanto la forma de resolver en ese momento las cuestiones de legitimación/representación del socio como identificar la instancia responsable de ese primer control, o de suministrar la información auténtica necesaria para llevarlo a cabo, fuera de aquellos casos de legitimación por la mera posesión del título. Ahí está la primigenia fuente de legitimidad institucional. No entraré en el tema al estar encomendado a otro ponente, pero sí lo menciono con ocasión del acta notarial de JG, especialmente en aquellos supuestos conflictivos donde se pretende involucrar al notario en esa verificación, ya sea por falta de otra instancia de control interna, o como tercero imparcial que pueda desbloquear la situación.

Superados estos requisitos «legitimadores», la JG ya puede funcionar como tal órgano colegiado, ya puede tomar acuerdos, y en ocasiones con arreglo a un principio mayoritario «modulado» por el juego de un amplio deber de abstención (art. 190 LSC).

Sobre esta base he seleccionado algunos temas de interés práctico tomados de la más reciente experiencia judicial/registral en la materia, pero con la necesidad

de separar ambas perspectivas. En la judicial, la impugnación del acuerdo o de la JG permite la valoración de todas las circunstancias del caso. Es una valoración completa y definitiva de su validez, aunque en ocasiones demasiado casuística para permitir conclusiones generales. En cambio, la registral no descansa en la contradicción entre partes, ni permite una valoración exhaustiva de aquellas circunstancias, por eso la doctrina de la DGRN, aunque más fácilmente susceptible de generalización, no siempre es útil para resolver sobre la validez de los acuerdos. Ni la falta de inscripción invalida el acuerdo, ni la inscripción por sí sola los convalida.

De todos modos, la atención a la perspectiva registral inevitablemente permea toda mi exposición con los problemas propios de la documentación de los acuerdos, pues muchos tendrán como destino último el RM, y por esa vía el acceso a todos los efectos asociados al principio de legitimación y la oponibilidad de los asientos. En un figurado recorrido de ida y vuelta, como regla —existen excepciones— hay que volver al órgano de administración para generar el título inscribible, con un singular requerimiento formal que dota al procedimiento de una mínima garantía de autenticidad, o por seguir con una terminología que resulta más expresiva, de legitimidad institucional (el importante art. 111 RRM). De una forma o de otra, al principio o al final, el órgano de administración casi siempre está presente para dotar a la JG, y a sus acuerdos, de la necesaria dosis de legitimidad.

## II. AUTOR DE LA CONVOCATORIA

### 1. Competencia para convocar

Solo una convocatoria hecha por quien tiene la competencia para ello concluye en una JG. Por eso, la primera cuestión es a quién corresponde esa competencia. A continuación unas reglas básicas sobre cómo debe hacerse:

- a) Con arreglo a la estructura del órgano: empezando por el autor de la convocatoria, está claro que la competencia corresponde a los administradores y, en su caso, a los liquidadores de la sociedad (art. 166 LSC). Con esto la ley remite a la estructura propia del órgano de administración, según resulta del art. 201 LSC, y de su eventual traslación al de liquidación (art. 376 LSC), sin tener en cuenta la forma de ejercicio del poder de representación (arts. 233.2 y 379 LSC). Destacan algunos supuestos problemáticos:

- Administradores mancomunados: el ejemplo más claro de la anterior discordancia es la administración mancomunada, donde el criterio finalmente impuesto es que han de convocar todos los administrado-

res de manera conjunta y no solo en el número —menor— necesario para representar a la sociedad, pues se trata de una competencia interna (Res. DGRN de 27 de julio de 2015; la SAP de Cantabria, de 4 de junio de 2013, rec. 653/2012, admite la subsanación del defecto de autoría por el hecho de asistir los otros administradores a la reunión y consentir el orden del día). Adviértase que la muerte o el cese de alguno de ellos impide la convocatoria normal de la JG por todos los demás, aunque la válida representación de la sociedad pueda continuar normalmente con los restantes (arg. *ex art.* 171.I LSC). La cobertura de la vacante, o la reducción por la JG del número de administradores mancomunados se convierte así en la práctica en imperativa para recuperar la normalidad en orden a las convocatorias futuras, para mi gusto excesiva, pues no parece que otras competencias internas se vean afectadas del mismo modo (p. ej., formular cuentas anuales, art. 253.2 LSC; no así para certificar el acuerdo de aprobación de las mismas, Res. DGRN de 2 de enero de 2017).

- Consejo de administración: otro tanto en el Consejo de Administración —CA—, por la exigencia de un acuerdo regular del órgano colegiado y la imposibilidad de su delegación (art. 249.bis.j) LSC). Esta exigencia es estricta y no permite que el CA decida las líneas básicas de la convocatoria, pero delegue parcialmente en algún miembro la concreción de extremos concretos, como la fecha o el lugar (admite cierta flexibilidad en relación con el lugar, SAP de Barcelona de 26 de enero de 2011, rec. 253/2010; la rechaza en forma de una pretendida rectificación del acta de la reunión, SAP de Valladolid de 29 de junio de 2015, rec. 61/2015). Cuestión distinta es la delegación de la mera ejecución, perfectamente admisible en cualquier miembro (interpreta en términos muy amplios esa ejecución, hasta el punto de parecer una delegación «parcial», la SAP de Valladolid de 13 de septiembre de 2011, rec. 115/2011). Por otro lado, esta dependencia del acuerdo previo de un órgano también colegiado deja expuesta la convocatoria de la JG a los defectos de que adoleciere aquél, pues la nulidad del acuerdo del CA priva a la JG de una convocatoria válida (SAP de Córdoba de 15 de noviembre de 2010, rec. 322/2010). Pero, a la inversa, la caducidad de la acción de impugnación en contra de aquel acuerdo del CA (30 días, art. 251 LSC), automáticamente salva la convocatoria de la JG (SAP de Guipúzcoa de 22 de diciembre de 2014, rec. 2302/2014, SAP de Málaga de 10 enero de 2013, rec. 96/2011).
- En el caso de administradores solidarios, la eventual distribución interna de funciones entre ellos (art. 225.1 LSC) no afectaría a la competencia para convocar, que sigue siendo individual.

No son demasiado relevantes las cuestiones de identificación del órgano en el anuncio, siempre que la competencia material se haya respetado (p. ej., administrador solidario, que haya quedado como único por renuncia del otro, SAP de Valencia de 16 de noviembre de 2012, rec. 475/2012; no obstante, si la indicación errónea hace evidente un posible defecto de convocatoria, quizá haya socios que decidan no asistir por ese motivo; es el argumento de la Res. DGRN de 13 de marzo de 1997, donde la convocatoria aparece hecha por un «apoderado», sin indicación del nombre, aunque en realidad era administrador solidario).

- b) La excepción del art. 171.II LSC: para hacer frente a las situaciones de acefalia funcional, pero solo cuando tengan su origen en la muerte o el cese de algún miembro del órgano que impida a los demás convocar JG con arreglo a su estructura (no hay acefalia por la mera ausencia de algún consejero que impida la regular constitución del CA, Res. de 03/08/2016; tampoco cuando se aplazan los efectos del cese, Res. DGRN de 16 de junio de 2014), los restantes podrán convocar la JG con el único objeto de nombrar a los nuevos administradores que cubran los puestos vacantes. Esta restricción afecta al orden del día de la convocatoria, que no podrá incluir ningún otro punto, sin perjuicio de los que siempre son susceptibles de inclusión «sobre la marcha» en la misma reunión. En particular, no se puede aprovechar esta convocatoria excepcional para —p. ej.— cambiar el sistema de administración (SAP de Toledo de 20 de octubre de 2016, rec. 401/2015; no obstante, pueden darse situaciones extremas, p. ej., que no sea posible cubrir la vacante por falta de candidatos, o el rechazo de los propuestos, haciendo inevitable el cambio de sistema). Por otro lado, esta legitimación es puramente individual, aunque todavía queden varios administradores mancomunados.

## 2. Autonomía para convocar

- a) Iniciativa de la convocatoria: el monopolio del órgano de administración/liquidación para convocar la JG no es absoluto respecto de la iniciativa. Como regla corresponde a los administradores valorar, bajo su responsabilidad personal, la necesidad o conveniencia de convocar la reunión de socios (art. 167 LSC). Pero esta libertad queda restringida en algunos casos:
  - JG ordinaria/estatutaria: cuando se trate de la JG ordinaria, con un orden del día específico, debe celebrarse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, si bien su celebración presupone la previa formulación de las cuentas por esos mismos administradores (art. 164 LSC). También, cuando los estatutos hayan previsto la con-

vocatoria de otras JJGG con la suficiente precisión en cuanto a las fechas y el orden del día. En tal caso, para acudir a la vía rápida en una convocatoria judicial/registral no basta con la obligación de los administradores de convocar una JG, sino que los estatutos deben indicar las «*fechas o períodos*». Por eso quedan fuera aquellos casos en los que el órgano de administración debe convocar una JG para tratar determinados asuntos, incluso en un plazo muy concreto, siempre que concurra una específica circunstancia, donde las consecuencias de su infracción, aparte de la responsabilidad de los administradores, suelen discurrir por otra vías (p. ej., art. 107.2.b) LSC —pasados tres meses el socio puede transmitir—, art. 141 LSC —amortización judicial/registral—; un caso especial el art. 365 LSC, pues el socio puede instar directamente la disolución judicial —art. 366.1 LSC—, pero antes puede pedir la convocatoria de JG, pero solo de los administradores).

- Solicitud de la minoría: además, una minoría que represente el 5 % del capital social puede instar la convocatoria, con expresión del orden del día, cualquiera que sea éste. En particular, nada se opone a que sea meramente informativo (posibilidad controvertida, v. SAP de Cantabria de 4 de junio de 2013, rec. 653/2012, SAP de Madrid de 26 de marzo de 2012, rec. 378/2011; no obstante, parece imponerse a la vista de lo que después diré sobre el complemento de convocatoria y no solo para la SA), o que se pretenda una intervención de la JG en asuntos de gestión (salvo disposición contraria de los estatutos, art. 161 LSC; no confundir la gestión con el supuesto del art. 160.f) LSC).
- Convocatoria judicial/registral: ante la negativa, o el cumplimiento defectuoso/tardío por parte de los administradores (no invalida la JG convocada —tampoco por una pretendida «sorpresa»—, SAP de Zaragoza de 12 de septiembre de 2012, pero hace posible la convocatoria supletoria), cualquier socio en el primer supuesto, o el porcentaje mínimo del 5 % en el segundo, puede instar la convocatoria por parte del letrado de la Administración de Justicia o el registrador mercantil (también posible en situaciones de acefalia estructural completa, o acefalia meramente funcional, en este caso sin tener que requerir antes a los administradores restantes, art. 171 LSC). De todos modos, aunque con esto se supla al autor «orgánico» de la convocatoria, la formalización de la misma puede exigir la colaboración de los administradores, y en su defecto que sea el mismo promotor del expediente, o la persona designada para presidirla, quien deba encargarse de su publicación o comunicación (así resultaría del art. 119.6 Ley de la Jurisdicción Voluntaria).

Adviértase que, en los casos de JG ordinaria/estatutaria, la negativa habilitante concurre por el mero transcurso del plazo legal/estatutario, sin necesidad de requerir previamente a los administradores. Esto hace posible la utilización táctica de una JG ordinaria, que de antemano ya se sabe no podrá pronunciarse sobre unas cuentas no formuladas, para introducir en la misma reunión «por sorpresa» el acuerdo sobre la separación de los administradores (SAP de Vitoria de 29 de enero de 2016, rec. 128/2015).

Con estos mismos efectos no existe obligación de convocar la JG por razón del mandato expreso de una JG celebrada anteriormente (menos aún que convoque directamente una previa JG universal, Res. DGRN de 31 de marzo de 1992), o por un pacto parasocial (STS de 23 de diciembre de 2014, rec. 2807/2013). Si los administradores no convocan habrá de pedirse por los socios en el porcentaje requerido.

- b) El control del orden del día y el complemento de convocatoria: el autor de la convocatoria, o quien asuma la iniciativa, también controla el orden del día y con ello el ámbito de decisión de la JG. No obstante, en la SA los accionistas que representen, al menos, el 5 % del capital social podrán solicitar —por notificación fehaciente— que se publique un complemento a la convocatoria, incluyendo uno o más puntos en el orden del día (existe régimen especial para la sociedad cotizada, art. 519 LSC). En este caso el cumplimiento defectuoso sí que provoca la nulidad de la JG, en el sentido de extenderse a todos los acuerdos de la JG y hasta puede conseguirse el cierre temporal del RM mediante una anotación preventiva (tres meses, art. 104 RRM; llama la atención que sea un asiento de vigencia temporal).

El problema se plantea por el margen de libertad de la minoría para solicitar la inclusión de nuevos asuntos en el orden del día. El TS ha hecho una interpretación muy generosa del derecho de la minoría, en el sentido de que los nuevos asuntos no han de guardar relación con los previstos en la convocatoria inicial (irrelevante que sea JG ordinaria/extraordinaria, SAP de Tarragona de 31 de julio de 2015, rec. 485/2014) y pueden ser de contenido meramente informativo (STS de 13 de junio de 2012, rec. 447/2014; rectificando su criterio anterior, mucho más restrictivo, SAP de Madrid de 15 de julio de 2016, rec. 447/2014). Esto no significa que los administradores deban aceptar sin más los nuevos temas, y sobre todo con la misma redacción literal que proponga la minoría, pues es posible que ya se deban considerar incluidos en la convocatoria inicial (SAP de Madrid de 15 de julio de 2016, rec. 447/2014), que los administradores los redacten de forma extractada (SAP de Barcelona de 8 de enero de 2014, rec. 509/2012), o que tengan razones objetivas para rechazar la petición por entender que su inclusión en esos términos podría perjudicar a la sociedad (SAP de La Rioja de 29 de octubre de 2015, rec. 311/2014,

donde su publicación podía comprometer el prestigio de la sociedad —un conocida bodega— por dar a entender que se compraba uva fuera de la Denominación de Origen).

Más problemático que se pueda exigir en los supuestos de convocatoria judicial/registral (SAP de Salamanca de 27 de mayo de 2013, rec. 61/2013), pues la dificultad de cumplir la petición pondría en cuestión la validez de los acuerdos de la JG inicialmente solicitada.

Como tal derecho de minoría no existe en la SRL, pero es posible pedir el complemento de convocatoria. Sin embargo, la consecuencia de su infracción no será —de manera automática— la nulidad, ni cabría anotación preventiva (Ress. DGRN de 9 de julio de 2010 y de 10 de octubre 2011). En todo caso, no hay plazo de antelación menor para el complemento en la SRL (art. 173.2 LSC) y por eso debe respetarse el general (no obstante, v. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de enero de 2013, rec. 554/2012).

### 3. Desconvocatoria

Una vez se ha puesto en marcha el procedimiento, la celebración de la JG ya deviene automática, pero aún es posible dar marcha atrás mediante la desconvocatoria de la JG. La ley no la regula, pero no parece que deba someterse a especiales requisitos de antelación (SAP de Girona de 21 de enero de 2015, rec. 535/2014; en cambio, no excluye el plazo la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de octubre de 2009, rec. 477/2009), pero sí de forma, en el sentido de tener que respetar las mismas formalidades de la previa convocatoria (más flexible la SAP de Girona de 21 de enero de 2015, rec. 535/2014 al admitir cualquier medio idóneo para que los socios tengan conocimiento). Estas formalidades ya presuponen una mínima antelación, pero en ningún caso sería admisible que se pretendiera inmediatamente antes de tener lugar la reunión.

El mayor problema es de competencia, que ha de ser exclusiva del mismo órgano de administración (no cabe una desconvocatoria judicial/registral) con competencia para convocar (Res. DGRN de 28 de julio de 2014) y con arreglo a su régimen propio de funcionamiento (en la SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2015, rec. 485/2012, las tres administradoras mancomunadas y socias deciden suspender la reunión y convocar una nueva, así hasta en dos ocasiones, pero la tercera vez no consiguen ponerse de acuerdo, dos de ellas abandonan la reunión y la tercera celebra la JG; para la AP, la JG se ha constituido válidamente, pues las dos ausentes no podían desconvocar). Por otro lado, los administradores nunca podrían desconvocar una JG cuya iniciativa no les corresponde. Es decir, en ningún caso respecto de la convocada por vía judicial/registral, pero tampoco después de haber

publicado el complemento de convocatoria a instancia de la minoría. No obstante, con carácter general cabe admitir una desconvocatoria parcial, solo para algunos puntos del orden del día, siempre que no afecte a los del complemento. En cambio, cuando convoquen a instancia de la minoría siempre podrían desconvocar, pero dejando entonces expedita la convocatoria judicial/registral. Cumplidos estos requisitos de competencia, no es necesario que concurra causa que justifique la desconvocatoria, aunque se trate de JG ordinaria/estatutaria. Una vez desconvocada la JG no puede celebrarse, sin perjuicio de la responsabilidad en la que hayan incurrido los administradores. Un caso especial sería el Consejo de Administración, por la posibilidad de impugnar el acuerdo de desconvocatoria, pero solo en caso de decretarse cautelarmente la suspensión del acuerdo se podría continuar con el llamamiento a JG.

La situación se complica cuando el sistema de administración permite la actuación separada de varios sujetos, como ocurre con los administradores solidarios. No solo cuando uno pretenda desconvocar la JG que ha sido convocada por el otro, también cuando quiera boicotearla convocando otra JG para una fecha anterior, siempre que los plazos lo permitan (Res. DGRN de 20 de diciembre de 2012, el administrador solidario titular del 50 % convoca al otro socio y administrador por acta notarial para la JG ordinaria; éste contesta desconvocando la JG por estar fuera de plazo para aprobar las cuentas y convocando otra JG unos días antes con otro orden del día). En este punto, la competencia no es indistinta y entiendo que solo puede desconvocar el mismo administrador que ha hecho la convocatoria, y por eso el otro debe respetarla sin interferencias —contraprogramar otra en fecha anterior—, salvo situaciones excepcionales (cuando sea necesario desconvocar, pero el convocante se encuentre impedido para realizarla o haya fallecido, SAP de Girona de 20 de enero de 2015, rec. 535/2014). No vale como desconvocatoria la denuncia de haber hecho mal la convocatoria, por ser un tema a dirimir en la impugnación.

La consecuencia de una desconvocatoria mal hecha es que el procedimiento sigue su curso, por mucho que alguno de los administradores —o todos ellos— pretenda desconocer después el hecho mismo de la reunión. Por decirlo de forma gráfica, la maquinaria institucional ya se ha puesto en marcha y conduce a una reunión legítima. A la inversa, son nulos los acuerdos adoptados en JG que se celebra a pesar de la desconvocatoria, cualquiera que sea el número de socios presente, pues la JG no puede legitimarse a sí misma, salvo que reciba la condición de JG universal (en Res. de 21 de enero de 2013 el socio disidente pretende seguir con la reunión).

#### **4. Estatutos sociales**

Al tratarse de relaciones internas se ha reconocer a los estatutos cierta capacidad para modelar el régimen de la autoría de la convocatoria, siempre con el

límite de la atribución orgánica a los administradores y los derechos del socio o de la minoría («*al menos*», art. 168.I LSC). Algunas ideas:

- a) Para facilitar la convocatoria: la Res. DGRN de 4 de mayo de 2016 admite la cláusula estatutaria que atribuye la convocatoria a dos de los tres administradores mancomunados. Cabe plantear si la atribución también podría ser individual a todos ellos. Incluso cuando se haya producido alguna vacante y exigiendo la intervención de todos los demás, que los estatutos permitan eludir las restricciones para el orden del día de art. 171 LSC, sin límite de tiempo.

Más complejo en el caso de Consejo de Administración. Aunque una atribución individual en los estatutos no habría de colisionar con la prohibición legal de la delegación, sí que resulta extraña a la estructura del órgano colegiado de administración (Res. DGRN de 1 de octubre de 2013). A pesar de ello, no veo inconveniente en que los estatutos admitan la convocatoria conjunta por todos los consejeros que queden, cuando no puedan constituirse válidamente en Consejo de Administración por el número de vacantes existentes (art. 247 LSC), sin sometimiento a la limitación del orden del día del art. 171.1 LSC. En cambio, ninguna duda ofrece la posibilidad de incidir directamente sobre el funcionamiento del Consejo de Administración para favorecer la convocatoria de la JG (p. ej., con este objeto un solo consejero pueda convocar la reunión del Consejo de Administración, en caso de actitud remisa del presidente, arg. *ex art.* 246.2 LSC y Res. de 11 de junio de 2012).

Los estatutos también podrían introducir el complemento de convocatoria en la SRL, pero la nulidad por infracción de la misma nunca sería automática (habrá de valorarlo la decisión judicial), ni cabría la anotación registral de la solicitud.

Igualmente, se pueden regular algunos de los extremos antes indicados respecto de la desconvocatoria.

- b) Para dificultar la convocatoria: en sentido contrario tampoco hay motivo para excluir que los estatutos limiten —solo, entre ellos— la independencia de los administradores para convocar JG, por ejemplo, exigiendo la actuación conjunta de todos o de algunos de los administradores solidarios. Al tratarse de una restricción meramente interna por su propia naturaleza, no veo inconveniente en admitirlo (con carácter general, Res. DGRN de 17 de septiembre de 2015; para el caso de una limitación impuesta a los administradores solidarios, Res. DGRN de 12 de junio de 1991).

## 5. Situaciones especiales

- a) Cargo no inscrito: como el nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de su aceptación (art. 214.3 LSC), sin requerir para ello la inscripción (Res. DGRN de 29 de septiembre de 2016), el nombrado puede —debe— convocar JG sin esperar al Registro Mercantil. Cuestión distinta es que la inscripción de los acuerdos de la JG por él convocada después encuentre serios problemas de inscripción, no por razón de tracto (no se trata de inscribir un acto del administrador, art. 11.3 RRM), sino de control de la regularidad de la convocatoria frente al contenido contradictorio del mismo Registro Mercantil, lo que exigirá una acreditación adicional de la vigencia del nombramiento (Res. DGRN de 5 de enero de 2017 y de 14 de septiembre de 2015).
- b) Cargo inscrito, pero no vigente: a la inversa, quien ya no es administrador con cargo vigente en la realidad extra-registral, en ningún caso puede convocar, aunque su cargo siga apareciendo como vigente en el Registro Mercantil por no haberse inscrito aún su cese.
- c) Cargo impugnado: solo por razón de la impugnación del acuerdo de su nombramiento, el administrador no se ve privado de la facultad de convocar una JG (STS de 23 de febrero de 2012, rec. 2013/2008).
- d) Cargo suspendido: distinto cuando se haya decretado la medida cautelar de suspensión. Téngase en cuenta que la suspensión del acuerdo, a menos que el juez ordene lo contrario, no entraña la reviviscencia o rehabilitación, ni siquiera temporal, de quienes hubieran sido los anteriores administradores, lo que puede abocar a la sociedad a una situación de acefalia (Res. DGRN de 2 agosto de 2014).
- e) Cargo anulado: evidentemente ya no puede convocar, el problema está en las convocatorias realizadas con anterioridad, obviamente sin haberse decretado la suspensión. Como regla hay que evitar la anulación con plenos efectos retroactivos (*«efecto arrastre»* de la STS de 12 de febrero de 2014, rec. 140/2012), por sus devastadores efectos sobre la vida social (Res. DGRN de 30 de mayo de 2013; SAP de Tarragona de 28 de mayo de 2015, rec. 68/2014; SAP de Toledo de 25 de noviembre de 2014, rec. 73/2014). En ocasiones, sin embargo, la sociedad puede quedar atrapada en un auténtico círculo vicioso si el administrador cuyo nombramiento está en cuestión convoca una nueva JG para la convalidación o sustitución del acuerdo cuestionado, pues al hacerlo está reconociendo la existencia del defecto, y con ello su posible falta de competencia para la nueva convocatoria (SAP de A Coruña de 17 de septiembre de 2012, rec. 135/2012, SAP de Pontevedra de 10 de diciembre de 2010, rec. 672/2010).

- f) Cargo prorrogado de hecho: como advertencia previa, no creo que la regla sobre caducidad del art. 222 LSC tenga nada que ver con la figura del administrador «prorrogado» de hecho. El administrador en tiempo de descuento sigue siendo administrador con cargo formalmente vigente, pues el precepto legal instaura un cómputo de «Junta a Junta», aunque se trate de una JG «ficticia», en lugar de un mero cómputo de «fecha a fecha», por eso el nombramiento aún no habría caducado. El problema surge cuando transcurre el plazo para celebrar la JG ordinaria, o ésta concluye sin hacer el nuevo nombramiento. Entonces sí que pierde toda vigencia el cargo y nos podemos encontrar con un administrador «de hecho» que, con título extinguido, sigue desempeñando las funciones propias del cargo (art. 236.3 LSC). Para estos supuestos de verdadera caducidad, y siempre que no haya pasado demasiado tiempo (de «*caducidad reciente*» hablan la Ress. DGRN de 4 de febrero de 2015 y de 30 de octubre de 2009), se sigue admitiendo la posibilidad de una convocatoria formal de JG limitada al nombramiento de administrador, pero ¿por cuánto tiempo? No hay un criterio claro, pero registralmente se podría tener en cuenta que aún no se hubiera extendido la nota marginal del art. 145.3 RRM, aunque no deja de ser un criterio por completo aleatorio, pues no se puede saber con certeza cuándo se practicará la cancelación (Res. DGRN de 8 de octubre de 2016). De todos modos, y recuperando para ello la vieja doctrina de la DGRN sobre el «*gestor ocasional*» (Res. DGRN de 11 de junio de 1992), tampoco debería haber mayor problema en que los estatutos pudieran legitimar durante un plazo determinado, a contar desde la efectiva caducidad del cargo ex art. 222 LSC, la posibilidad de una JG convocada por el antiguo administrador, solo para el nombramiento de los nuevos. Como supuesto distinto tendríamos el de los administradores de sociedad disuelta que, en ausencia de su automática conversión en liquidadores (art. 376.1 LSC), podrían convocar nueva JG para el nombramiento de liquidadores (Res. DGRN de 3 agosto de 2016).
- g) Administrador judicial: vale la pena plantear, especialmente en una situación de acefalia, si el administrador judicial nombrado como medida cautelar ex art. 727.2.<sup>a</sup> LEC puede convocar JG, aunque es probable que se haya llegado a esa medida, precisamente por la imposibilidad de tomar acuerdos en JG, de ahí que la convocatoria quizá no tenga mucho sentido práctico (AJM de Cádiz de 23 de abril de 2007, proc. 32/2007; no obstante, v. Res. 02/08/2014, donde la situación se crea por la otra medida cautelar de suspensión). A pesar de ello, en principio, parece que debería aceptarse.
- h) Administrador concursal: no puede convocar, salvo situaciones excepcionales (inhabilitación en la sección de calificación, art. 173 Ley Concursal —L—; también, v. *infra*).

### III. FORMA DE LA CONVOCATORIA

#### 1. Sistema legal/estatutario

- a) Tras una sucesión de reformas legales que ha querido facilitar la convocatoria telemática —en ocasiones, algo confusas y problemáticas, v. Ress. DGRN de 25 de abril de 2016, de 16 de junio de 2015, de 27 de noviembre de 2015—, el sistema vigente en la actualidad parece que ya resulta bastante claro y tiene la ventaja adicional de ser el mismo para SA y SRL (art. 173 LSC; especialidad sociedad cotizada, art. 516 LSC). Hay que distinguir:
- Si la sociedad tiene página *web* inscrita/publicada en los términos del art. 11 bis LSC solo convocará por este medio. No es necesaria previsión estatutaria, aunque los estatutos pueden imponer también un sistema de alerta.
  - Si la sociedad aún no tiene página *web* que cumpla esos requisitos, habrá de hacerlo mediante un anuncio en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en —no «de»— la provincia del domicilio social.
- b) Como sistema estatutario alternativo, en sustitución de los anteriores solo se admite la comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad (en caso de fallecimiento del socio, los interesados deben informar a la sociedad, y si no lo hacen la sociedad cumple enviando el anuncio al domicilio del fallecido, Res. DGRN de 23 de mayo de 2014). Es necesario que conste de algún modo la recepción (para el correo electrónico, Ress. DGRN de 28 octubre de 2014, de 13 de enero de 2015; admite el correo certificado, aunque no acredite contenido, Res. DGRN de 2 de agosto de 2012). Adviértase que este sistema puede adelantar a la fase previa de convocatoria los problemas de legitimación que suelen plantearse en la constitución de la JG, cuando exista conflicto sobre la titularidad de las acciones/participaciones. No cabe un sistema alternativo mediante publicación del anuncio, como era posible en el pasado (un diario determinado), aunque nada se opone a que el diario se identifique en los estatutos, siempre que sea de «mayor» circulación en la provincia y, además, se publique en el BORME.

Aunque la DGRN se mantiene firme en el rechazo a la previsión alternativa de sistemas que permitan a los administradores escoger

entre dos o más (Res. de 21 de octubre de 2015 y de 23 de octubre de 2013), sí que ha matizado su rigor inicial:

- Por un lado, admite que el segundo sistema tenga carácter subsidiario respecto del primero, siempre que se indique el motivo que permite su utilización (Res. DGRN de 23 de octubre de 2013; de la Res. DGRN de 13 de enero de 2015 parece desprenderse que basta con indicar en los estatutos que «*no sea posible*»). Nada se opone a que lo sea en relación con el legal, mientras la sociedad no cuente con página *web*.
  - Por otro lado, dentro de un mismo sistema de comunicación, sí que permite a los administradores escoger. Unas veces porque señalan varias modalidades concretas (carta certificada, buro-fax, telegrama, firma electrónica), otras porque la identificación es genérica, incluso repitiendo los mismos términos en que se expresa la LSC al tratar de la comunicación individual (como en el modelo de estatutos del RD 412/2015; para la expresión «*cualquier procedimiento*», v. Res. 8 de julio de 2011), en cuyo caso los administradores pueden escoger. Pero el sistema ha de generar algún tipo de recibo o justificante de la recepción. Una vez previsto en los estatutos, la elección del medio concreto corresponde a los administradores, sin que los socios puedan reclamar una determinada forma (SAP de Madrid de 10 de junio de 2013, rec. 219/2012)
- c) Al margen de estos medios imperativos y mínimos, los estatutos pueden establecer cualesquiera otros mecanismos adicionales de publicidad, sin restricción ni condicionante alguno.

## 2. Imperatividad del sistema y Registro Mercantil

La doctrina de la DGRN en cuestiones de forma es muy rigurosa y rechaza la inscripción cuando se incumple el sistema legal/estatutario, sin tener en cuenta las ventajas del utilizado (Res. de 31 de octubre de 2001), o las dificultades prácticas que expliquen el cambio (en la Res. 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). Para la DGRN, el socio tiene derecho a recibir el anuncio en la forma prevista y con la celeridad que resulte del propio sistema, de ahí que no quepa la sustitución por otro (Res. de 1 de octubre de 2013, al insistir en la rápida recepción por buro-fax o telegrama, frente a la lentitud del correo, diferencia importante porque el cóm-

puto corre desde el envío, no desde la recepción; curiosa la Res. de 31 de octubre de 2001, al sugerir que el socio que cuenta con una convocatoria «pública» puede no tener prisa en comunicar su adquisición a la sociedad). Lógicamente, esto es así a afectos de su inscripción y desde la limitación de medios de prueba del procedimiento registral, muy distinto la posibilidad de que al final un juez declare su validez y termine por inscribirse. Por esta falta de coincidencia surgen dos inconvenientes de orden práctico:

- Cómo se pone en marcha un procedimiento judicial que termine declarando la validez si al socio discrepante ya le viene bien el extrañamiento registral y no impugna. Téngase en cuenta, además, que una hipotética nueva JG que pretendiera ratificar el acuerdo anterior podría encontrarse viciada de origen en orden a su inscripción, si el administrador convocante fue nombrado en la anterior Junta que se ratifica.
- Por otro lado, aunque no se inscriba, el acuerdo puede quedar de hecho convalidado por caducidad de la acción de impugnación, pues el plazo para el socio puede empezar a correr antes de la inscripción (antes de la Ley 31/2014 ya era normal distinguir entre socios y terceros, con el argumento de que el cómputo legal desde la inscripción solo está destinado a proteger a estos últimos, cuya única fuente de conocimiento es la publicidad obtenida a través del Registro Mercantil —STS de 15 de julio de 2004, rec. 1352/1998—; tras la reforma, el art. 205.2 LSC alude a la oponibilidad de la inscripción, efecto que el art. 21.1 CCom aplica a los terceros de buena fe; esta alusión a una cualidad propia del tercero confirma que para los socios el acuerdo es vinculante desde su adopción y, por eso, igualmente oponible).

Quizá el mejor ejemplo de este rigor sea la convocatoria judicial. Aunque la DGRN era propensa a valorar los detalles conocidos en el expediente para salvar de algún modo la convocatoria (Ress. de 24 de noviembre de 1999 y de 28 de febrero de 2014), no abdica de la exigencia general y muchas veces confirma el defecto (Res. de 27 de enero de 2016, 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). En este sentido, la DGRN ha sido coherente con sus premisas, y en la Res. 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 poco útil 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 previs-

ta, no cabe el recurso al sistema legal supletorio. Se declarará concluso el expediente y no se convoca la JG.

De todos modos, y con carácter general para todas las cuestiones relacionadas con la convocatoria, la DGRN no desconoce la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, en particular el nuevo art. 204 LSC cuando establece una serie de motivos por los que no procederá la impugnación de los acuerdos. Quede 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, ni la calificación negativa del registrador mercantil ha de constituir para el juez un indicio de la superior relevancia del defecto. Esto supuesto, la DGRN contempla 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, pero siempre fiel a su idea de que la protección de los derechos del socio no recae exclusivamente en su iniciativa (Res. de 2 de octubre de 2015), y por eso tampoco es determinante el aquietamiento de los socios. Sobre esta base, las Ress. más recientes tampoco permiten formular conclusiones muy generales sobre una posible mayor tolerancia en la valoración de las infracciones, pues no es lo mismo que la flexibilidad descansa en una auto-restricción que el RM deba imponerse al calificar (tesis que la DGRN parece rechazar) que hacerlo por la simple acumulación de contingentes circunstancias particulares a valorar por el RM en su calificación, siempre desde la premisa de controlarlo todo (entre otras, Ress. de 6 de febrero de 2015, de 13 de enero de 2015, de 29 de noviembre de 2015, de 18 de febrero de 2015, de 21 de octubre de 2015 y de 15 de junio de 2015). En ese sentido, las cosas siguen estando más o menos igual que antes.

Por último, respecto de la acreditación de la convocatoria cuando se ha hecho por comunicación individual y escrita, la DGRN no admite una declaración genérica de cumplimiento, pero se conforma con la indicación detallada del modo y de la fecha de la comunicación, sin exigir los recibos o justificantes individuales de cada uno (Ress. de 3 de noviembre de 2016, de 9 de septiembre de 2015 y de 16 de febrero de 2013).

### **3. La perspectiva judicial**

En el ámbito judicial, la situación es muy distinta, ya que los tribunales sí pueden valorar todas las circunstancias del caso, en especial la buena/mala fe, tanto del convocante como del posible impugnante, igual que la proporcionalidad de la infracción cometida. Tanto es así que, en ocasiones, se anula una convocatoria formalmente impecable, pero distinta de la practicada hasta entonces —debemos supo-

ner, en contra de lo dispuesto en la ley/estatutos— cuando se busca con el cambio «despistar» a algún socio (entre las más recientes, SAP de Zaragoza de 16 de febrero de 2015, rec. 31/2015, SAP de Navarra de 28 de marzo de 2014, rec. 126/2013), o, a la inversa, se rechaza la impugnación de una convocatoria defectuosa por la actitud obstruccionista o pasiva que mostró el mismo destinatario, al ser él quien buscó a propósito una situación que le permitiera alegar el «desconocimiento».

No es fácil deducir reglas generales de tanto casuismo pero algunas ideas pueden destacarse:

- No debe confundirse el cambio en la forma de la convocatoria con un cambio en el modelo de JG, es decir, se deja de celebrar JG universal (en ocasiones, ni eso, simplemente se pasaba el acta a la firma), para hacerlo mediante JG convocada. En este segundo caso, el hecho de convocar formalmente la JG no siempre responde al propósito de hurtar su conocimiento a los otros socios, sino de blindar la JG ante el riesgo de una impugnación (SAP de Barcelona de 1 de diciembre de 2011, rec. 67/2011: «la cuestión no es que se pasara de una forma de citación para las Juntas —citación personal— a otra —exclusivamente por anuncios—, sino que se pasó de no convocar formalmente las Juntas, y darlas por celebradas de forma virtual, a celebrarlas de manera formal. No podemos considerar que en ello exista un atentado a la buena fe o un abuso de derecho cuando ese cambio se produjo en un entorno de desencuentro entre los accionistas»; SAP de Las Palmas de 13 de marzo de 2014, rec. 807/2012: «en una etapa de relaciones conflictivas, o de discrepancias, es lógico que se cumplan las formalidades previstas al efecto y se quiera dejar constancia fehaciente de la convocatoria de los socios, para salvar los actos y acuerdos sociales de una impugnación judicial de los mismos basada en un supuesto vicio de la convocatoria»; en cambio, la SAP de Sevilla de 6 de marzo de 2015, rec. 7113/2014, entiende que las exigencias de la buena fe imponían la comunicación del cambio de modelo).
- Si a la sociedad no le consta otro domicilio, cumple enviando la convocatoria al domicilio del socio fallecido; en este sentido, el aviso dejado por el servicio de correos es suficiente para que los interesados deban desplegar un comportamiento activo en defensa de sus intereses (SAP de Valencia de 16 de marzo de 2016, rec. 1179/2015).
- Cabe aceptar la citación conjunta a un matrimonio (SAP de Huelva de 31 de octubre de 2014, rec. 435/2014).
- Si el socio niega la recepción, el esfuerzo probatorio de que llegó a conocimiento del mismo corresponde a la sociedad, por eso, si la carta no se ha entregado, la sociedad debe intentar por cualquier otro modo que el

socio tenga noticia de la convocatoria, «con la finalidad de evitar toda sombra de duda sobre la plena validez de la convocatoria» (SAP de Cádiz de 2 de octubre de 2013, rec. 737/2012). En cambio, en un caso donde el socio sostuvo que no pudo recoger la comunicación por estar de vacaciones —en el mes de octubre—, la SAP de Santa Cruz de Tenerife [4] de 1 de julio de 2010, rec. 243/2010, entiende que debía acreditar la causa que le impidió recoger la carta. En estos casos no es irrelevante que la sociedad supiera que el socio estaba de vacaciones en esas fechas (o se trate de un período «normal» de vacaciones), porque así se lo comunicó —era trabajador de la sociedad—, ni que el remitente de la carta fuera el asesor, y no la sociedad, haciendo difícil que el socio destinatario pudiera imaginar que se trataba de una convocatoria (SJM de Palma de Mallorca de 25 de febrero de 2015, proc. 394/2014; también SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de febrero de 2014, rec. 44/2014).

- El socio no puede renunciar al derecho a ser convocado, por mucho que comunique a la sociedad su intención de no asistir a las futuras JG por existir un pleito sobre la titularidad (SAP de Pontevedra de 3 de julio de 2013, rec. 251/2013).
- El hecho de que el socio resida en el extranjero no implica que la convocatoria no tenga que remitírsele si no designa domicilio para notificaciones, sino que en defecto de ese domicilio designado deberá convocarse en el domicilio que consta en el Libro Registro de Socios, siempre que el mismo no se haya fijado de forma arbitraria y fraudulenta (SJM de Donostia de 18 de septiembre de 2012, proc. 5/2012).
- En ocasiones, se considera defectuosa una convocatoria hecha en período habitual de vacaciones —agosto— por no haberse comunicado también informalmente al asesor del socio, según era práctica habitual (SAP de Navarra de 28 de marzo de 2014, rec. 126/2013).

#### IV. ANTELACIÓN DE LA CONVOCATORIA

El plazo de antelación de la convocatoria es distinto para la SA y la SRL (salvo supuestos especiales, art. 40.2 LME), y en el caso de la SA hay que contar con el añadido del complemento y de la segunda convocatoria (una eventual ampliación del orden del día en SRL habría de cumplir los plazos generales, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de enero de 2013, rec. 554/2012; lo mismo para la rectificación del anuncio, Res. 24 de enero de 2002; para la segunda convocatoria en SA considera que la falta de una diferencia de 24 horas no es causa de nulidad, SAP de Burgos de 18 de diciembre de 2012, rec. 372/2012; tampoco parece que la segunda salve una convocatoria que no respetó el plazo de antelación respecto

de la primera, por mucho que se constituya con el quórum de ésta, no obstante, v. Res. DGRN de 9 de julio de 1992). La materia se regula en los arts. 176 y 177 LSC, con la indicación expresa para la convocatoria individual de que se ha de estar al día de la remisión y no al de la recepción (SAP de Madrid de 11 de diciembre de 2015, rec. 716/2013). Por lo demás, la DGRN asume la doctrina del TS de que se debe incluir en el cómputo el día inicial, excluyendo el de la celebración de la JG, que ha de quedar ya fuera del plazo de antelación (Res. de 5 julio de 2016). Por otro lado, aunque algunos sistemas de comunicación dejan constancia de la hora, el cómputo es por días, sin tener en cuenta la hora (SAP de las Islas Baleares de 20 de mayo de 2016, rec. 108/2016).

Lógicamente, el plazo legal mínimo se exige para el sistema obligatorio de convocatoria, ya se trate del legal o del estatutario que lo sustituya. Respecto del complementario que fijen los estatutos, éstos pueden señalar un plazo menor, incluso, no señalar plazo alguno (con mayor razón si se trata de una publicación adicional, no exigible, SAP de Madrid de 14 de marzo de 2014, rec. 645/2012).

## V. CONTENIDO DE LA CONVOCATORIA

El art. 174 LSC regula con carácter general el contenido de la convocatoria. Hay circunstancias obvias, sin las cuales mal podría cumplir el llamamiento su finalidad convocante, como la fecha y hora de la reunión. Nada se dice del lugar, por no ser un requisito esencial, ya que supletoriamente el art. 175 LSC dispone dónde debe celebrarse. Solo sería necesaria la indicación en sentido contrario. No menos evidente resulta la identificación de la sociedad (el error no siempre ha de ser invalidante, Res. DGRN de 2 de agosto de 1993; en cambio, v. Res. DGRN de 3 de abril de 1997), mientras que la del cargo solo quiere garantizar una primera apariencia formal de legitimidad a su autor. Pero ahora interesan los requisitos materiales con un significado más jurídico: los asuntos a tratar, en cuanto integran el orden del día; y los requerimientos informativos que, en ocasiones, deben cumplirse por medio del anuncio.

### 1. Orden del día

- a) Orden del día y capacidad de la Junta general para tomar acuerdos: aunque la JG puede tener un objeto puramente informativo, incluso deliberativo, pero sin votación final, realmente su competencia se define por la posibilidad de adoptar acuerdos por mayoría, acuerdos a los que van a quedar sometidos todos los socios, incluidos los disidentes y los ausentes, y no solo los socios, pues el órgano de administración tampoco puede desconocer sin más las instrucciones y mandatos que reciba de la JG, sin perjuicio de la incidencia que tenga —o no— ulteriormente en cuestiones de responsabilidad (art. 236.2 LSC).

Por eso, la JG solo puede tomar acuerdos sobre los asuntos incluidos en el orden del día, con unas excepciones muy acotadas relacionadas con los administradores (como regla, directores de la convocatoria y —se supone— remisos a su inclusión por propia iniciativa), en particular el acuerdo de entablar la acción social de responsabilidad (art. 238.1 LSC) y el cese de los mismos (art. 223.1 LSC). Algo más problemático puede resultar el nombramiento de un nuevo administrador para cubrir la vacante generada inmediatamente antes por un sorpresivo acuerdo de cese, pues solo cabe reconstruir la normalidad del órgano anterior a la separación del cargo, en ningún caso cambiar el sistema de administración. Por idéntico motivo no queda claro que la JG pueda dejar vacante el puesto, si ello implica cambiar de hecho el sistema (sigue como administrador único el anterior solidario), o el número plural de administradores mancomunados/solidarios fijado en una JG anterior.

En todo caso, si se pretende una JG decisoria, no cabe un orden del día genérico del estilo «examen de la situación de la sociedad y adopción de medidas al respecto». No sirve de excusa argüir que son medidas propias de la gestión y, por ello, que el órgano de administración podría adoptarlas por sí solo (es el argumento de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de junio de 2015, rec. 117/2015; también se muestra flexible, en el sentido de que el socio que insta la convocatoria no tiene por qué anticipar las concretas medidas que iba a proponer en la JG la SAP de Las Palmas [4] de 28 de febrero de 2012, rec. 326/2011), pues los socios tienen derecho a saber si se pretende una intervención de la JG en asuntos de gestión en los términos del art. 161 LSC. Pero, además, ciertos negocios son ahora competencia propia de la JG (art. 160.f) LSC) y su inclusión en el orden del día ha de ser clara, sin enmascaramientos.

La interpretación del texto de la convocatoria ha de ajustarse a sus términos precisos, evitando generalizaciones que permitan tratar temas cuya inclusión no sea deducible con claridad. Así, por ejemplo, si la JG ha sido convocada para renovar los cargos de los administradores, no cabe modificar el sistema de administración, por mucho que los estatutos contemplen varias alternativas y no sea necesaria su modificación para implantar el cambio. Distinto si la convocatoria fue más genérica para la «modificación del órgano de administración», pues los socios pueden contar con el cese de cualquiera de ellos, y que se cambie —además— el sistema (SAP de Soria de 10 de febrero de 2012, rec. 14/2012; para la Res. de 30 de mayo de 2013, el asunto «nombramiento de administrador único» ya llevaba implícito el cambio en la configuración del órgano de administración, pues solo podía llevarse a cabo con esa modificación). De todos modos, tampoco es exigible una plena coincidencia entre el orden del día y el acuerdo, si de la lectura de aquél se desprende por las

propias reglas del criterio humano lo que se está proponiendo para el debate (SAP de Zaragoza de 8 de julio de 2011, rec. 391/2011). En otro orden de cosas, es irrelevante el error en la denominación como JG ordinaria o extraordinaria (STS de 9 de diciembre de 2010, rec. 903/2007).

Por último, el orden del día también delimita el alcance del derecho de información de los socios antes de la reunión y durante la misma (arts. 196 y 197 LSC).

- b) Supuestos especiales: en algunos casos el orden del día de la convocatoria ha de ser algo más preciso. En particular:
- En la JG ordinaria no se debe omitir ninguno de los tres contenidos que constituyen su objeto (SAP de Sevilla de 12 de septiembre de 2014, rec. 6735/2013, aprecia defecto de convocatoria por no haber incluido el punto relativo a la aplicación del resultado —por cierto, negativo— como punto independiente objeto de votación separada; SAP de Madrid de 1 de marzo de 2013, rec. 636/2011, en la JG ordinaria ha de figurar forzosamente la censura de la gestión social y su omisión determina la nulidad *«de los demás acuerdos que integran el contenido mínimo de la JG ordinaria»*, pues no se puede entender subsumida dicha censura en la ulterior votación sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad).
  - Con carácter general, en los supuestos de reforma de los estatutos sociales los extremos que hayan de modificarse deberán expresarse *«con la debida claridad»* (art. 287 LSC). Como la claridad ya es una exigencia de cualquier convocatoria, parece en estos casos que se demanda algo más de precisión, de detalle, a fin de que el socio tenga una idea clara de lo que puede decidirse, pero sin cercenar por completo la posibilidad de que la JG disfrute de cierto margen de maniobra, y sin convertir la convocatoria en un clon del texto íntegro de la modificación propuesta, que como documento complementario el instigador de la misma debe poner a disposición de todos los socios (art. 286 LSC; en la SA, además, un informe escrito con justificación de la reforma; sobre la necesidad de que el informe exponga *«razones convincentes»*, v. SAP de Guadalajara de 4 de junio de 2013, rec. 501/2012). La trascendencia de su omisión dependerá mucho de dónde se plantee la cuestión, si en el Juzgado o en el Registro Mercantil, y de las circunstancias del caso, en especial la actitud en la reunión del socio discrepante, habiéndose generado en la práctica judicial/registral un notable casuismo:

- Inflexible se muestra la DGRN en algunos casos. Por ejemplo, en una operación acordeón el anuncio debe destacar que la reducción de capital es a cero (Res. de 26 de octubre de 2016; los tribunales se muestran más flexibles; así la SJM de Zaragoza de 31 de julio de 2015, proc. 373/2014, pues el informe de los administradores le fue remitido con anterioridad; también la SAP de Valencia de 16 de noviembre de 2012, rec. 475/2012), o con ocasión de la pérdida del carácter laboral (Res. DGRN de 2 de julio de 2003).
- Se suele considerar suficiente la indicación de los artículos a modificar, la materia de que se trate, o la naturaleza y características básicas de la operación, pero sin necesidad de concretar, por ejemplo, la cifra exacta de aumento/reducción —puede decirse «hasta ...», dejando abierta la posibilidad de una cifra menor— (Res. DGRN de 2 de noviembre de 2016; Res. de 6 de febrero de 2015, considera que falta a la debida claridad omitir que la emisión es con prima, sobre todo por ser de importe muy elevado, pero revoca finalmente la calificación del registrador mercantil en atención a las circunstancias del caso; en una convocatoria poco clara, v. Res. DGRN de 26 de febrero de 2014; SAP de Madrid de 19 de noviembre de 2010, rec. 44/2010; STS de 5 de julio de 2010; muy rigurosa para el aumento del capital la STS de 29 de diciembre de 1999, rec. 732/1995).
- No obstante, el hecho de que no figure el número del artículo de los estatutos, ni se indique cómo iba a quedar redactado después del aumento, no justifica que el socio —erróneamente— piense que la JG solo era para «sondear las opiniones de los socios» y no para tomar un acuerdo con todas sus consecuencias jurídicas (SAP de A Coruña de 18 de marzo de 2015, rec. 71/2015).
- El error en la convocatoria, sobre todo cuando sea fácilmente advertible, puede quedar aclarado por el informe de los administradores (SAP de Asturias de 8 de abril de 2013, rec. 645/2012)

Asimismo, una información equivocada por haber citado un precepto legal que no guardaba relación con la operación, tampoco ha de suponer necesariamente su nulidad (SAP de Madrid de 8 de junio de 2012, rec. 465/2011, donde se cita por error el art. 76 LSRL, dando a entender con ello que podía haber exclusión del derecho de preferencia en el aumento).

- Otras veces, determinadas características de la operación deben destacarse en la convocatoria por mandato legal expreso; así, la supresión del derecho de preferencia en los aumentos de capital

(art. 308.2.b) LSC; en sociedad profesional basta con indicar en el anuncio que el aumento de capital es para la promoción profesional, sin tener que destacar la ausencia del derecho de preferencia, STS de 5 de junio de 2013, rec. 2148/2011), o ciertas menciones mínimas del proyecto de fusión (art. 40.2 LME).

- Fuera de estos supuestos, otros acuerdos de similar trascendencia, aunque no supongan una modificación estatutaria/estructural, también han de cumplir con especial rigor la regla de la debida claridad; por ejemplo, la identidad del socio que se pretende excluir, o la causa de disolución de la sociedad (STS de 23 de julio de 2010, rec. 1633/2006, no considera aceptable que expresada en el orden del día como causa de disolución una de las previstas en la ley, se acuerde por otra diferente; la cuestión en este caso es si habría bastado para convocar la JG con una genérica alusión a «*causa legal de disolución*», pues, de acoger la respuesta afirmativa —y así lo creo—, habría sido el mismo convocante quien se metió en la trampa).
- La necesidad de identificar en la convocatoria los asuntos a tratar en la JG guarda relación con el derecho que tiene el socio a preparar su intervención en la JG con la debida antelación, derecho que está en relación con la posibilidad de solicitar la información antes de la JG y disponer de ella también previamente a su celebración (arts. 196 y 197 LSC). Si el orden del día no ha sido suficientemente claro, el socio no habrá podido preparar la JG, con independencia de que la información se suministre en la misma reunión, pero sin dar tiempo a su examen detenido. En estos casos, el argumento de que el acuerdo se habría tomado de todos modos, al estar el socio en minoría, y que la información se proporcionó durante la JG, no desactiva el reproche, pues, aunque resulte algo ingenuo, la naturaleza colegiada del órgano presupone el debate en su seno y con ello —en teoría— la posibilidad de convencer a los otros participantes. La información no es solo para votar, también para debatir y, con ello, influir en el voto de los otros.

A modo de resumen de la doctrina general, vale la pena transcribir parte de la SAP de Lleida de 10 de julio de 2015, rec. 16/2015:

«Precisamente por ello, el orden del día debe reunir dos requisitos, que se concretan en que el mismo ha de ser:

a) Claro, evitando las expresiones genéricas que por su ambigüedad solamente pueden dar una idea aproximada de los asuntos sometidos a la Junta (p. e., asuntos varios, asuntos de orden interno, etc.), particularmente en aquellos supuestos en que se propone una modificación de los estatutos sociales.

b) Completo; es decir, debe comprender todos y cada uno de los asuntos sobre los que ha de manifestarse la voluntad de la Junta.

En todo caso hay que precisar que:

1.—Las exigencias de que el anuncio de convocatoria ha de ser claro y completo no estén reñidas con la brevedad y concisión si no se les quiere convertir en una transcripción de las propuestas presentadas, lo que no es su objetivo (DGRN Resol 21-6-95).

2.—Se ha de evitar el empleo de términos excesivamente genéricos o indeterminados y en este sentido véanse las STS 14-6-94 , 17-5-95 ó 18-3-96 , así como las resoluciones de la DGRN Resol. 1-12-94 y 21-7-99 .

3.—A efectos de claridad, se rechaza la inclusión de cláusulas de carácter general (p. e., “acuerdos a adoptar según la Ley”, “modificación de estatutos”), sin especificar los artículos objeto de modificación. Sin embargo, sí es suficiente la expresión de la materia (p. e., “cambio de domicilio”, “ampliación del capital”, etcétera), aunque no se especifiquen los correspondientes artículos de los estatutos (DGRN, Resol. 29-3-93; 16-9- 93; 1-2-95).

4.—La DGRN ha admitido la validez de la expresión “renovación del Consejo de administración” como punto del orden del día, aunque no se especificaba que también se trataría de la separación o revocación de todos o algunos de sus actuales miembros, ya que entendió que esto último es presupuesto lógico y necesario para llevar a efecto la renovación (DGRN, Resol. 11-2-70).

5.—La comisión de un error en el orden del día de la convocatoria de Junta no determina necesariamente la nulidad de la Junta (DGR, Resol. 26-2-14, BOE 2-4-14).

En todo caso no está de más recordar también que el ejercicio del derecho a impugnar los acuerdos sociales debe ajustarse a las reglas de la buena fe, y no se ajusta a ésta la impugnación de acuerdos sociales por no haberse facilitado una información a la que los accionistas tenían derecho, pero que en su momento no fue requerida por ellos (TS 23-11-10)».

## 2. Requerimientos informativos especiales

Pero, en ocasiones, no basta con la especificación de los asuntos que integran el orden del día. Por la especialidad de alguno de esos asuntos, la convocatoria debe servir de cauce para informar a los socios del derecho que tienen a examinar determinados documentos y de la forma en que pueden hacerlo.

Es el caso de las cuentas anuales, donde se ha de ser muy preciso a la hora de indicar, tanto los documentos objeto de posible examen (todos los documentos pertinentes, art. 272.2 LSC; para la Res. DGRN de 23 de abril de 2012 no basta con hablar en general de «documentos», sino que deben identificarse, pues «esa documentación no siempre es la misma»; en el caso no se destacó la existencia de informe de auditoría), como el derecho a obtenerlos de forma inmediata y gratui-

ta (Res. DGRN de 18 de febrero de 2015, a pesar de aprobarse por el 99,60 % del capital).

También en la modificación de los estatutos, por la necesidad de destacar en la convocatoria el derecho de los socios a examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta —y el informe en SA—, así como pedir la entrega o el envío gratuito (art. 287 LSC; han de constar las tres modalidades de examen/entrega/envío, Ress. DGRN de 28 de octubre de 2013, de 24 de octubre de 2013; más flexible, pero en atención a las circunstancias del caso, la Res. de 29 de septiembre de 2015). Lo mismo en las modificaciones estructurales (art. 40.2 LME).

En realidad es un recordatorio de un derecho que se tiene de todos modos, y que el socio podría ejercitar a pesar del olvido en el anuncio. Por eso, la admonición en la convocatoria es independiente de su ejercicio efectivo («se trata, no de la infracción del derecho de información del demandante, sino de un vicio de convocatoria, a saber, la ausencia en la misma del preceptivo anuncio del derecho a obtener de la sociedad ... los documentos que han de ser sometido a la aprobación ... [por eso] para que se considere concurrente ese vicio de convocatoria no es indispensable que, además, se pueda concluir que el derecho de información resultó vulnerado», SAP de Madrid de 21 de febrero de 2014, rec. 571/2012). Aunque el socio obtenga la información de todos modos, la convocatoria no queda sanada, pero será difícil que prospere una impugnación a instancia, precisamente, de ese socio (STS de 3 de julio de 2013, rec. 470/2008; en la SAP de A Coruña de 21 de mayo de 2015 era, además, administrador; también en la SAP de Zaragoza de 29 de abril de 2014, rec. 88/2014). Más complejo en el ámbito registral, donde no tenemos un socio impugnante al que imputar una posible mala fe, aunque muy excepcionalmente en algún caso la DGRN ha entendido que la infracción era tan nimia que procedía la inscripción a pesar de estar mal hecha la convocatoria (Res. DGRN de 29 de septiembre de 2015).

Cuando la JG decide constituirse como universal y los socios remiten al orden del día de la convocatoria, el incumplimiento de estos requisitos informativos resulta por completo irrelevante (Res. DGRN de 29 de noviembre de 2012).

## VI. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES EN RELACIÓN CON LA CONVOCATORIA

Se indican brevemente algunas situaciones especiales que pueden darse en relación con la convocatoria de la JG:

- Sociedad en formación: la SJM de Murcia de 7 de octubre de 2015, proc. 528/2014, le reconoce personalidad jurídica para la convocatoria de JG

que acuerde la modificación de los estatutos sociales subsanando los defectos manifestados por el RM. Sobre el funcionamiento de la JG en esa fase, aunque sea como anécdota, vale la pena recordar la vieja doctrina de la DGRN en relación con el art. 72 LSA de 1951 y la limitación a cinco años del nombramiento de administradores designados «*en el acto constitutivo*», que en la práctica solía evitarse con el acuerdo de todos los socios documentado en la misma escritura, pero como acuerdo de una primera JG universal posterior a la fundación (Res. DGRN de 13 de julio de 1984).

- Requisitos de forma de la convocatoria no inscritos con ocasión de una modificación estatutaria anterior: la sociedad queda cogida en una trampa, pues la inscripción de la modificación estatutaria no es constitutiva, y por eso el nuevo sistema está vigente y obliga a los administradores a convocar según el mismo (quizá, ni siquiera impugnado en plazo), pero, al no estar inscrita, es probable que el Registro Mercantil exija que las futuras JJGG se sigan convocando con arreglo a los antiguos estatutos inscritos, rechazando la inscripción en otro caso (Res. DGRN de 15 de junio de 2015).
- Renuncia de administrador: cuando la renuncia del administrador genere una situación de acefalia, la convocatoria de JG es necesaria para inscribirla, pero nada más, aunque finalmente la JG no se constituya, o no tome el acuerdo de nombramiento (Res. DGRN de 6 de marzo de 2015). Pero repárese en el matiz, es necesario «para inscribir», pero la renuncia ya se ha producido, lo que significa, cuando la convocatoria tenga lugar después de la renuncia —aunque sea «inmediatamente» después—, que de hecho convoca quien ya no es administrador, pero se ha entender que «sigue legitimado para convocar la Junta que provea dar solución a la situación por él creada» (Res. de 22 de junio de 1994). Como veremos después, puede haber otras actuaciones que también vengan impuestas al renunciante, como expresión de su deber de diligencia, que en forma mitigada todavía pervive. Pero de hecho ha renunciado. Por eso, dándole la vuelta al argumento, aunque el renunciante nada haga, y no se inscriba su renuncia, la situación de hecho es de acefalia, y cualquier socio podrá en consecuencia solicitar la convocatoria judicial/registral por la vía rápida del art. 171.I LSC.
- Transformación de SA en SRL no inscrita: según la SAP de Cantabria de 15 de mayo de 2013, rec. 818/2011, la JG debe convocarse como SA, en atención a la naturaleza constitutiva de la inscripción de la transformación (no obstante, también tuvo en cuenta el largo tiempo transcurrido y el hecho de que los socios había reiterado durante años su actuación como SA).

- Sociedad cancelada: el AAP de Madrid de 18 de octubre de 2004, rec. 17/2004, en el caso de una SA que disuelta y cancelada en el RM por razón de la DT 6.<sup>a</sup> del RDL 1564/1989 (TRLSA), entiende que conserva su personalidad jurídica y por eso debe accederse a la convocatoria judicial de JG. Quiero llamar la atención sobre este punto, por su interés en los supuestos de cierre en falso de concurso, o concurso sin masa, especialmente en la hipótesis del llamado concurso-exprés. Cada vez está más claro en estos casos que la sociedad mantiene una personalidad jurídica «*residual*» hasta la completa extinción de sus relaciones jurídicas y que sus representantes deberán hacer un uso responsable de la misma (AAP de Barcelona de 16 de febrero de 2015, Rec. 345/2014, y muy especialmente la reciente Res. 14/12/2016). El problema práctico que plantea esta situación ha sido abordado con gran claridad por el AJM de Oviedo [1] de 13 de febrero de 2015, proc. 92/2014: «hemos de partir de que los administradores continúan en sus cargos, toda vez que el concurso se ha declarado y concluido sin pasar por el trámite intermedio de la apertura de la liquidación, que lleva consigo el cese de aquéllos (art. 145.2). Vigente el cargo, varias opciones se abren ante ellos: a) Convocar Junta general (o celebrar Junta universal si fuere posible) para acordar la disolución (por concurrir causa de disolución, si existiere, o por mera voluntad del órgano decisorio) y liquidación societaria, procediendo, en su caso, al nombramiento de liquidador. b) Restablecer el equilibrio patrimonial mediante un aumento o reducción de capital. c) Reactivar la sociedad, toda vez que como no ha habido apertura de la fase de liquidación no entra en juego la limitación del art. 370 en relación con el art. 361.2. Limitándonos a la opción de liquidación societaria, que es la que ahora nos interesa, el órgano de liquidación llevaría a cabo una liquidación ordinaria, pagando a los acreedores hasta donde alcance con el producto de la enajenación de los bienes y derechos sociales y si, llegado el caso, no pudiese pagar a todos ellos, el obstáculo del cierre registral ya no sería tal, pues recordemos que el juez del concurso ya lo acordó en su auto. De esta forma, con la secuencia “declaración-conclusión y liquidación societaria” conseguiríamos agotar formal y materialmente el proceso de liquidación de la sociedad. Formalmente, porque el cierre registral que el Registro Mercantil nos denegaría ya lo obtuvimos previamente del juez; y materialmente porque hemos procedido a realizar aquellos bienes para los que el concurso no dio solución. Se evita, además, que prosperen demandas de responsabilidad interpuestas por socios o acreedores contra los administradores por haber permanecido pasivos cuando se les cerró la puerta del concurso y no haber adoptado medidas que impidieran la pérdida o deterioro de activos que, aun insuficientes para dar plena vida a un concurso, pueden tener valor económico». Dicho esto, en el trance de tener que liquidar la sociedad ya cancelada, bien por empezar de cero con la liquidación, bien porque se reanude la liquidación iniciada antes del concurso, las situacio-

nes posibles serán muy distintas, según la sociedad hubiera mantenido —o no— su órgano de administración/liquidación. En particular, si se hubiera llegado a la fase de liquidación en el concurso se produce inevitablemente el cese de los administradores/liquidadores, que son sustituidos por la administración concursal (art. 145 LSC). En este caso, la conclusión del concurso no puede provocar la resurrección del órgano societario y realmente la sociedad se encontraría en una situación de acefalia, que también impide la conversión automática del administrador, pues su cargo no estaría vigente. En esta situación, en la que es necesario un nombramiento de liquidador por la JG, el mayor problema estará en la convocatoria de la misma, ya que falta un cargo vigente para llevarla a cabo. No obstante, en mi opinión, aunque los administradores/liquidadores de la sociedad hubieran sido cesados por la apertura de la fase de liquidación, no han desaparecido completamente, pues subsiste una vinculación con la sociedad que les legitima —de hecho, obliga— para el llamamiento asambleario, que siempre podría ser judicial/registral, sin perjuicio de forzar la analogía con el art. 173 LC para hacer posible una convocatoria por la administración concursal, cuando exista. Incluso, no ha de haber inconveniente en inscribir al liquidador así nombrado, ya que se trata de una vicisitud posterior a la cancelación de la que interesa obtener reflejo registral, siempre que se deje muy claro en el nombramiento que su función queda limitada a la liquidación del patrimonio del que se ha dejado constancia en el concurso, aunque sea exprés, pues la aparición de otros nuevos bienes cortocircuita —de momento— esa liquidación y obliga a la reapertura del concurso.

## VII. CELEBRACIÓN DE LA JUNTA GENERAL

Para acomodar esta ponencia al resto de las intervenciones, solo trato en este punto las cuestiones relacionadas con el lugar y el momento de celebración de la JG.

### 1. Lugar de celebración

- a) Autonomía estatutaria: que el llamamiento a JG tiene lugar para reunirse en el lugar que resulte de la misma convocatoria no parece plantear demasiadas dudas. Aunque los estatutos hubieran previsto y regulado la asistencia de los socios por medios telemáticos, y todos ellos hicieran uso de esta posibilidad, la JG, como tal órgano de la sociedad, y más específicamente su órgano rector —la mesa de la JG— ha de instalarse físicamente en un lugar, y este será el de celebración de la JG (art. 175 LSC, y para la SA arts. 182 y 189.2 LSC; sobre la posibilidad de hacer extensiva a la SRL la asistencia por videoconferencia o por medios telemáticos, v. Res. DGRN de 19 de diciembre de 2012).

Con arreglo al art. 175 LSC, ese lugar de celebración puede conocerse de dos modos:

- Si nada se indica en el anuncio, la JG está convocada para celebrarse en el domicilio social.
- En otro caso, el órgano convocante habrá de indicar un lugar concreto, siempre que esté dentro del término municipal donde la sociedad tiene su domicilio. Por tal ha de entenderse su domicilio estatutario, lo cual plantea dos posibles problemas: que haya discordancia entre el domicilio real (*ex* art. 9 LSC) y el estatutario; que haya discordancia entre el domicilio estatutario y el domicilio registral (traslado no inscrito). En ambos casos creo que se ha de estar al estatutario para salvar —en principio— la validez de la JG (el socio no es tercero del art. 10 LSC), pero el acuerdo encontrará problemas de inscripción si el Registro Mercantil consigue detectar la discrepancia (no siempre la detectará, pues el anuncio y la certificación pueden hablar simplemente de «*domicilio social*»); cuestión distinta es la maniobra de un posible socio disidente que mediante la presentación de otro documento ponga al Registro Mercantil sobre aviso, forzando una calificación conjunta; sin embargo, justo en el sentido contrario, por haber tenido en cuenta el nuevo domicilio social, aún no inscrito, v. Res. DGRN de 25 de enero de 2012, «el acuerdo de cambio de domicilio válidamente adoptado genera en cabeza de los socios y a efectos internos la expectativa legítima de que las Juntas serán celebradas en el nuevo domicilio aunque penda la inscripción del correspondiente acuerdo social»).

La elección del lugar corresponde al órgano autor de la convocatoria, no al proponente de la misma (p. ej., minoría socios). La situación puede complicarse en los casos de convocatoria judicial/registral, cuando los administradores no colaboren (pensemos en el acceso físico al domicilio social, situado —quizá— en el domicilio particular de alguno de ellos). El art. 119.5.I LJV solo se refiere al lugar fijado en los estatutos, y si no lo estuviera deberá estar situado dentro del término municipal donde radique el domicilio de la sociedad. No queda claro si la elección concreta de ese lugar corresponde al autor de la convocatoria —letrado de la Administración de Justicia o registrador mercantil—, en su caso a propuesta del mismo instante, después de haber oído a los administradores, o si puede dejarse a la iniciativa de quien materialice el llamamiento (p. ej., el presidente de la JG designado; pensemos, p. ej., en su celebración en una notaría; antes hay que saber cuál, si en la población hay varias).

Al hilo de lo anterior, especial interés tiene el margen de libertad que se reconoce a los estatutos para regular esta materia. Es indudable que los

estatutos pueden permitir que la convocatoria contemple la celebración de la JG en otro término municipal distinto al del domicilio social. Para la DGRN son dos las circunstancias que entonces limitan el ámbito de modificación de las previsiones legales: por un lado, el lugar de celebración previsto en los estatutos debe estar debidamente determinado; por otro lado, el lugar debe estar referido a un espacio geográfico determinado por un término municipal o espacio menor como una ciudad o pueblo (Ress. de 3 de octubre de 2016, de 30 de septiembre de 2014 —rechaza expresamente la provincia—, de 19 de marzo de 2014, de 30 de marzo de 2014 y de 14 de octubre de 2013). Pero ha de tratarse de una previsión alternativa, pues siempre ha de ser posible la reunión en el domicilio social. La duda es si solo en el domicilio social, o ha de incluirse necesariamente todo el término municipal correspondiente al mismo. Pensemos, por ejemplo, en el domicilio social situado en una gran ciudad y la alternativa estatutaria en una pequeña localidad próxima. No veo inconveniente en ello, ya que la salvedad estatutaria del primer inciso del art. 175 LSC se refiere al mismo término municipal, y el único derecho que debemos suponer intangible es el referido al estricto domicilio social. De todos modos, cabe plantear si por esta vía se pueden añadir varios términos municipales alternativos, o solo se admite uno; incluso, si sería posible una concreción indirecta como, por ejemplo, solo para el caso de acta notarial de JG, admitiendo la celebración de la JG en una notaría del correspondiente distrito, aunque no sea la del domicilio social (donde puede no haber notaría demarcada).

- b) Situaciones especiales: aunque la doctrina de la DGRN es rigurosa, en el ámbito judicial la interpretación en ocasiones es más flexible, en atención a la circunstancias del caso. Así, por ejemplo, para la SAP de Zaragoza de 16 de febrero de 2011, rec. 62/2011, «la mención término municipal no ha de ser entendido en sentido riguroso, a modo de interpretación estricta del alcance administrativo del concepto, sino que habrá que atender a las circunstancias del caso concreto y determinar, ponderando los derechos y posibilidades de los socios, si la convocatoria podría incluir su celebración en las afueras de la ciudad o área metropolitana, pese a que los límites municipales no le alcancen»; también de interés la SAP de Les Illes Balears de 31 de julio de 2015, rec. 255/2015, no solo por atender al hecho de haberse celebrado en el pasado otras JJGG fuera de la localidad del domicilio social, sin que los socios ahora discrepantes se opusieran, también por considerar que el cambio estaba justificado por la necesidad de celebrarla en una población que tuviera notario para levantar el acta de la JG (la AP consideraba muy conveniente el acta notarial por el conflicto entre socios). Ahora bien, fuera de estos casos en los que resulta decisiva la mala fe o el posible abuso del impugnante, como regla general la posibilidad de celebrar la JG en un término municipal dis-

tinto queda restringida a supuestos muy excepcionales de fuerza mayor (desde la STS de 28 de marzo de 1989, ponente TRILLO-FIGUEROA; v. SJM de Madrid de 8 de septiembre de 2014, proc. 470/2011; Res. de 20 de noviembre de 2012, donde no considera suficiente la razón indicada para el traslado, en el caso la enfermedad de un socio, cuando precisamente el socio enfermo no asistió).

- c) Cambio de lugar e inicio de la JG: en escenarios muy conflictivos, sobre todo cuando la disputa también se extiende a los administradores, y con ello a la fuente misma de legitimidad institucional de la reunión, pueden darse situaciones extremas en las que resulte verdaderamente difícil seguir la pista de esa legitimidad cuando los dos grupos enfrentados no se ponen de acuerdo sobre el hecho mismo de la celebración o la continuación de la JG (en la Res. DGRN de 28 de julio de 2014 el problema surge por una desconvocatoria previa que no acepta el primer convocante). En estos casos no es infrecuente que uno de esos grupos, con la apariencia de legitimidad que normalmente confiere la presencia del administrador afecto —a veces, ni eso—, pretende celebrar la JG en un lugar distinto, muchas veces por imposibilidad de acceder o de continuar en el previsto en la convocatoria (SJPI de Vitoria de 29 de enero de 2016, proc. 128/2015). Como regla, el cambio de lugar es posible, pero al menos se ha de iniciar —o intentar— en el domicilio previsto (Ress. DGRN de 16 de septiembre de 2011 y de 2 de octubre de 2003), para asegurar así una mínima vinculación con la convocatoria y con ello la identidad de la JG. Cuestión distinta es que el otro grupo haga lo mismo en otro lugar, dando lugar con ello a dos reuniones contradictorias. El problema será entonces determinar cuál de las dos es la reunión «legítima» de la JG, pero solo por el lugar donde haya tenido lugar reunión, cuando el cambio se haya producido en los términos indicados, no se debe resolver a favor de una o de otra. La fuente de legitimidad institucional habría de buscarse en otros elementos, que fueran más allá del mero emplazamiento espacial.

## 2. Momento de celebración

- a) Día y hora: tampoco ofrece dudas que la reunión ha de tener lugar el día y la hora anunciados (con la debida antelación, por eso la DGRN rechaza la rectificación de la hora que no ha respetado el plazo legal, Res. de 29 de abril de 2005), y en el caso de la SRL, además, único día/hora posible, pues no cabe una segunda convocatoria (art. 186.2 RRM, Res. DGRN de 26 de febrero de 2013). Sobre todo, ese momento marca el de la confección y cierre de la lista de asistentes, pues no deberían aceptarse incorporaciones tardías. No hay criterio sobre el plazo de «tolerancia» que se deba esperar al socio retrasado, fuera de la invocación genérica de

la buena fe, sobre todo cuando se tiene noticia de la demora (llamada de móvil anunciándola, por culpa de un atasco). A la inversa, el socio que solo quiere hacer acto de presencia para manifestar su absoluto desacuerdo con «todo» para después marcharse ha de saber que si espera a que la mesa redacte la lista, muy probablemente computará como asistente, aunque después no vote por abandono.

- b) Duración: pero también están las cuestiones relacionadas con la duración de la JG, y por ello con su identidad como tal JG. El art. 195 LSC regula el supuesto normal de prórroga de las sesiones, de tal modo que la legitimidad institucional concretada al inicio de la reunión se mantiene durante todas las sesiones posteriores, aunque se ausenten algunos socios, dejando incluso la presencia por debajo del quórum inicial requerido. Pero hay supuestos más problemáticos. Me refiero a dos de ellos:

— Conclusión precipitada de la reunión: normalmente por decisión del presidente de la JG, poco probable antes de haber agotado el contenido decisorio de la reunión según el orden del día publicado, pero más habitual para evitar la prolongación excesiva del debate en cuestiones meramente informativas. La situación se complica cuando el orden del día se amplía sobre la marcha con la inclusión de nuevos asuntos (acción responsabilidad, destitución administrador), quizá no muy del agrado de la presidencia. En estos casos no está en la competencia de la mesa levantar la sesión antes de haber debatido y votado los nuevos asuntos y, por eso, en caso de decisión contraria de la mesa, que incluso abandone la reunión, la legitimidad inicial se mantiene, por mucho que sea necesario nombrar una nueva mesa para seguir con la reunión. Las facultades de dirección de la mesa no llegan al extremo de interrumpir un procedimiento que, hasta cierto punto, pone en marcha su propia legitimidad institucional.

— Otro ejemplo problemático es el de la segunda convocatoria en la SA, que solo es procedente, según se desprende del art. 193 LSC, cuando no consigue constituirse en primera convocatoria por falta de quórum (la Res. DGRN de 6 de noviembre de 1995 rechaza que la segunda convocatoria pueda servir para salvar la nulidad de la JG, «puesto que ello solo puede tener remedio realizando una nueva convocatoria que cumpla todos los requisitos legales establecidos»). Por eso, si en la primera ya hay quórum bastante, pero, por la razón que sea, los asistentes deciden esperar a la segunda, ésta no quedaría amparada por la convocatoria inicial, y solo valdrá si puede considerarse JG universal (excepcionalmente, la impugnación quizá no prospere, como en la SAP de Guipúzcoa de 30 de julio de 2013, rec. 2142/2013, donde se aplazó por la imposibilidad de conseguir un

notario que levantara el acta en la primera convocatoria, pero después fueron los mismos socios que pidieron el acta notarial los que impugnaron los acuerdos). Con mayor razón, cuando no hay acuerdo alguno de los asistentes, pero concurren circunstancias externas que impiden celebrar la reunión, tampoco cabe acudir a la segunda convocatoria (un interesante ejemplo donde se mezclan problemas con el lugar, el momento y la identidad de la JG lo tenemos en la Res. DGRN de 3 de febrero de 2011; convocada la JG para su celebración en una notaría, la disputa sobre la titularidad de unas acciones, por la negativa de las administradoras a permitir la entrada a la sala de reuniones del representante de un socio que reclamaba la titularidad de las acciones por haber revocado una donación previa, lleva al notario a considerar imposible la celebración de la JG, abandonando la reunión para atender a otros clientes; ante esta situación, uno de los grupos decide continuar la JG en un lugar diferente, mientras que el otro grupo deja el despacho para comparecer de nuevo el día después en la misma notaría y celebrar la JG en segunda convocatoria; es evidente que no cabe esta segunda reunión, y que tampoco le corresponde al notario decidir sobre la celebración de la JG, pero también que el otro grupo no puede pretender su «auto-legitimación» para constituirse en JG al margen del órgano de administración existente; el asunto tuvo una deriva penal, donde la SAP de Tarragona de 4 de noviembre de 2010, rec. 524/2010 declaró, con pleno acierto, «que en puridad debió permitirse el simple acceso a la sala de Juntas de aquellas personas que afirmaban ser socios o apoderados de los socios, dando lugar al inicio formal de la Junta, adoptando a continuación la decisión que procediera respecto a su legitimación o su capacidad para asistir a dicha Junta»).

## VIII. JUNTA GENERAL UNIVERSAL

### 1. Requisitos

#### 1.1. Materiales

Dos son los rasgos principales que definen la JG universal según el art. 178 LSC. Uno constituye su presupuesto, la presencia de todo el capital social (también posible en JG convocada), pero el elemento realmente definitorio es el hecho de haber quedado válidamente constituida, a pesar de no haber sido convocada en forma. Es una JG privada del acto inicial externo que pone en marcha el procedimiento conducente a un foro donde adoptar legítimamente acuerdos vinculantes, y es posible porque la JG como órgano se legitima a sí misma por medio de una decisión colectiva que han de tomar los socios antes de que la JG esté constituida

como colegio, «pues el hecho de su decisión unánime es precisamente el requisito imprescindible para que la Junta llegue a nacer, configurarse o existir» (STS de 19 de julio de 2016, rec. 2526/2013). Para ello es necesario que esté presente/representado todo el capital social y que los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión, con un determinado orden del día. La unanimidad no solo se requiere para celebrar la JG, también para decidir qué asuntos se deben tratar y esta exigencia persiste durante toda la reunión. No cabe incluir sin el asenso de todos los presentes nuevos asuntos sobre la marcha, ni siquiera aquellos que pueden serlo con normalidad en una JG convocada, pues todos los asuntos tratados en la JG universal han de contar con el *placet* de la unanimidad, ya lo hagan al comienzo de la reunión o en un momento posterior (no obstante, v. SAP de Madrid de 18 de diciembre de 2009, rec. 60/2009: «*una vez constituida la Junta, para lo que medió consentimiento válido de los socios, podía plantearse durante la misma, con independencia de que fuese ordinaria o extraordinaria, o incluso universal, la separación del administrador; ... sin necesidad, pues esa es la peculiaridad que afecta a este específico asunto, de su previa inclusión en el orden del día previamente anunciado o acordado. Por lo que el alegado error cometido por el demandado carecería de importancia, pues tras suscribir de modo consciente la constitución de la Junta resultaría irrelevante que además se hubiera o no representado la posibilidad de que se suscitase durante ella un acuerdo para cesarle, incluso aunque el otro socio lo hubiese tenido en mente y no le hubiese advertido de ello; lo que no estaba en la mano del recurrente era impedir que la mayoría social pudiese decidir, en el seno de esa o de cualquier otra Junta, que le separaba del cargo sin previo aviso y sin necesidad de sujetarse a justa causa, bastando simplemente con que le retirase la confianza de la que hasta entonces había gozado*»). Con esta salvedad ya funciona como una JG normal, cuyos acuerdos se adoptan por mayoría, y cuyo acta también deberá aprobarse —en su caso— por mayoría (art. 202 LSC).

Al prescindir de la convocatoria, los socios también renuncian a los mecanismos informativos asociados a la misma, en particular a la posibilidad de acceder con antelación, y de una forma específica, a ciertos documentos relevantes, lo que no significa que esos documentos dejen de existir, pues algunos pueden ser requisitos de la operación misma (p. ej., informe administradores/certificación auditor, art. 301 LSC). En absoluto ha de significar falta de información, pues normalmente se habrá recibido por otras vías, en términos que el socio considera suficientes (Res. DGRN de 7 de diciembre de 2011: «*los socios, al aceptar la celebración de la Junta universal para la adopción del acuerdo de modificación de estatutos, y al aceptar el orden del día, implícitamente están renunciando al derecho de la disponibilidad formal de la información citada*»; por eso resulta poco comprensible la Res. DGRN de 29 de noviembre de 2012 cuando afirma que la Junta universal no exime de ciertos requisitos relativos al derecho de información, en particular la expresión del derecho que asiste a los accionistas a examinar el texto íntegro de las modificaciones propuestas y de la advertencia de las formas

de su posible ejercicio, solo explicable porque en el caso uno de los socios formuló reserva sobre ese tema, a pesar de haber aceptado la constitución de la Junta).

Cumplido el presupuesto, puede celebrarse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero. Asimismo, en la actualidad tampoco ofrece dudas que puede tratar cualquier asunto, incluso en aquellos casos donde la convocatoria de la JG también sirve de referencia informativa a otros sujetos interesados en la operación (fusión de sociedades, art. 42 LME). Al faltar la convocatoria, la información habrá de suministrarse a esos sujetos por otras vías.

Por otro lado, el capital social puede estar presente o representado, incluida una representación de tipo general. Pero no es lo mismo que la amplitud del poder se refiera a las facultades conferidas (un poder general para administrar todo el patrimonio, arts. 183.1 y 187 LSC), que un poder conferido con carácter general para cualquier JG, pero solo para asistir y votar en ellas (en SRL posible, si consta en documento público, art. 183.2 LSC; más amplio en SA, solo por vínculo personal, art. 187 LSC). Aunque la decisión de constituirse en JG universal puede considerarse previa y distinta al hecho de asistir y votar en la reunión, se ha de admitir la actuación del apoderado, lo que supone un cierto riesgo para el poderdante, quizá por completo ignorante de que ha tenido lugar la JG. Si quiere preverse debería excluir la JG universal del poder. Yendo algo más lejos, la DGRN también admite la exigencia estatutaria de un poder especial, cuando sea específicamente a los efectos de constituirse en JG universal (Ress. DGRN de 7 de febrero de 1996, de 5 de marzo de 1997 y de 27 de octubre de 1998). Lógicamente, si la representación se otorga para una Junta concreta con convocatoria previa, aunque informal, y donde conste el orden del día, no será posible añadir nuevos asuntos a este último, pues al ser insuficiente el poder no se cumpliría el requisito de la concurrencia de todo el capital social. Lo mismo para hacer que una JG mal convocada valga como JG universal. Distinto es que se pretenda una ratificación por parte de un socio ausente de la reunión para integrar *a posteriori* esa unanimidad, posibilidad que rechaza por principio la DGRN (Ress. de 16 de marzo de 1990 y de 20 de noviembre de 1995).

No obstante, en ocasiones resulta algo más problemático determinar si están presentes todos los socios y si solo es necesaria la presencia de los socios. Reseño algunas de esas situaciones.

#### a) Respecto de los socios:

- i) Disociación entre titularidad y ejercicio del derecho: pensemos en los derechos reales y las situaciones de cotitularidad. Aunque la LSC alude a la presencia del capital social, y no del legitimado para el ejercicio del derecho, entiendo que se ha de estar a esto último. Por eso, la validez

del acuerdo adoptado en JG universal por la persona a la que corresponde el ejercicio de los derechos de asistencia y voto, de conformidad con los estatutos, no queda cuestionada por el hecho de que el título constitutivo del usufructo o de la prenda confiera a la otra parte la titularidad exclusiva de tales derechos. En las situaciones de copropiedad deberá comparecer el representante y, en su defecto, todos los cotitulares (no obstante, la SAP de Madrid de 18 de febrero de 2011, rec. 244/2010, en ausencia de designación de representante, considera suficiente la presencia y actuación unitaria de la porción mayoritaria, como expresiva de una designación tácita de representante común).

- ii) Número mínimo de acciones para asistir: cuando el accionista no haya agrupado sus acciones con otro (arts. 179.2 y 189.1 LSC). Parece que no sería posible constituir JG universal y por eso se le habrá de permitir el acceso.
- iii) Mora del accionista: aunque la privación solo se refiere al ejercicio del derecho de voto, el importe de sus acciones será deducido del capital social para el cómputo del quórum (art. 83.1 LSC), pero al no estar privado del derecho de asistencia parece que su presencia es necesaria para constituir JG universal.
- iv) Participaciones propias y recíprocas: cuando se trate de acciones o de participaciones propias, de la sociedad dominante, o de las poseídas en concepto de prenda o de otra forma de garantía, no tiene sentido que la suspensión de los derechos políticos (art. 148.a) LSC), unida a la regla de cómputo en el capital para el cálculo de las cuotas necesarias para constitución y adopción de acuerdos en la Junta (art. 148.b) LSC), lleve a la imposibilidad del resto de los socios de celebrar JG universal. Por eso a estos efectos sí que procede su descuento. Algo más complejo se presenta el supuesto de las participaciones recíprocas, pues no cabe una equiparación completa con las acciones y participaciones propias. La suspensión de los arts. 152.2.3 y 155.1 LSC se limita al ejercicio del derecho de voto y no afecta a otros derechos, singularmente el de asistencia e información, por eso, cuando falte toda coordinación entre los administradores de las sociedades participadas, realmente hay alteridad, y supondría un exceso que ciertas operaciones societarias pudieran llevarse a cabo a sus espaldas. La mayor facilidad concedida al resto de los socios pasaría entonces por encima de un derecho de información que ahora tiene pleno sentido. Por eso, aunque no pueden votar, sí que ha de ser necesaria su presencia para la constitución de la JG sin convocatoria previa.
- v) Acciones y participaciones sin voto: la doctrina sigue dividida en torno a la necesidad de que concurran a la JG universal los titulares de acciones

y participaciones sin voto, fuera, lógicamente, del supuesto excepcional en que lo recuperan (art. 99.3 LSC).

b) Respetto de otros sujetos:

- i) Comisario del sindicato de obligacionistas: el artículo 421.4 LSC dispone que podrá asistir, con voz y sin voto, a las deliberaciones de la JG de la SA, pero será posible la constitución de la JG universal sin su presencia, al margen de la información que deba recibir.
- ii) Administradores: están sujetos al deber de asistencia a la JG (art. 180 LSC), pero la ausencia de todos o de algunos de ellos tampoco ha de impedir la constitución de la JG universal, pues lo contrario sería tanto como dejar en sus manos la posibilidad de celebrarla (STS de 19 de julio de 2016, rec. 2526/2013).
- iii) La asistencia a la Junta como derecho estatutario o contractual: con fundamento en el art. 181.1 LSC, los estatutos pueden autorizar la asistencia a la JG de otras personas que tengan interés en la buena marcha de los asuntos sociales, pero, en la medida que se trate de una autorización, no deba comprometer el derecho de los socios a constituirse en JG universal. En ocasiones, más que una autorización, puede hablarse de auténtico derecho reconocido en los estatutos, como sería el caso de los titulares de bonos de disfrute. Incluso es posible su configuración contractual como una medida accesoria de protección del crédito, normalmente de carácter colectivo, como ocurre en las participaciones preferentes. A pesar de ello, parece innecesaria su presencia para constituir JG universal.
- iv) Administrador concursal: sí que es necesaria su presencia (art. 48.2.II LC).

## *1.2. Formales*

La verificación de los presupuestos de la JG universal ha de resultar con claridad de la simple narración del acta de la JG. Sin embargo, por la especialidad del supuesto, el art. 97.1.4.º I RRM demanda algo más, endémico de la JG universal, cual es la exigencia de firma del acta por todos los socios a continuación de la fecha, lugar y del orden del día. No solo la narración, también la firma (para su constancia posterior en la certificación, v. art. 112.3.2.ª RRM).

Pero así es, con todo su rigor, solo en el ámbito del RM, donde el cumplimiento del requisito de la firma ha de resultar de la certificación para la posterior inscripción de los acuerdos, pero la firma no es necesaria para la validez del acta

de la JG universal (SAP de Las Palmas de 22 de julio de 2014, rec. 574/2013; SAP de Lugo de 16 de septiembre de 2016, rec. 91/2016; SAP de Madrid de 13 de marzo de 2012, rec. 271/2011; SAP de Cáceres de 10 septiembre de 2015, rec. 239/2015), del mismo modo que el acta en general no es necesaria para la validez de los acuerdos de cualquier JG (Res. DGRN de 17 de abril de 1999: *«son ámbitos perfectamente diferenciables, el de las exigencias formales necesarias para acreditar la validez de los acuerdos sociales a efectos de su inscripción, donde el formalismo es especialmente riguroso, del de las precisas para justificar en otros ámbitos la existencia y validez de los mismos acuerdos, que pueden no verse afectados por irregularidades formales a la hora de su documentación en la medida que quede probada su existencia y validez»*); sobre la necesidad de que conste expresamente la aceptación unánime del orden del día, sin que pueda deducirse de determinadas circunstancias, v. Res. DGRN de 24 de abril de 2013; también Res. 28 de octubre de 2013; no obstante, siguiendo el precedente de la Res. de 17 de febrero de 1992 —anterior al RRM de 1996—, más recientemente la DGRN ha matizado su postura sobre la exigencia de la firma, así en la Res. de 12 de diciembre de 2016, aunque se trata de un supuesto muy especial, pues de los tres representantes mancomunados de un socio, uno de ellos vota en contra y se niega a firmar el acta, pero, según resulta del acta, aceptó el orden del día). En el ámbito judicial, la falta de un acta firmada pondrá sobre la sociedad la carga de la prueba (SAP de Madrid de 12 de noviembre de 2014, rec. 386/2012; la SAP de Madrid de 4 de marzo de 2013, rec. 137/2011, destaca que la flexibilidad con la que se contempla el requisito de la firma en las Juntas universales se refiere a supuestos de negativa a firmar, no a los casos de falta de asistencia).

### 1.3. Legitimación de los socios, ¿es posible la autogestión?

No es una especialidad de la JG universal que el control de asistencia corresponda a la mesa de la JG, fácil de llevar a cabo cuando la mesa es de constitución automática, por tratarse de presidente/secretario del Consejo de Administración, o haber disposición estatutaria que lo permita (art. 191 LSC). Más difícil en aquellos casos en los que debe tener lugar una votación previa, que también dependa de una previa acreditación, aunque sea provisional de la condición de socio y de la representación, pero ¿a cargo de quién?

Parece claro que a cargo de los administradores, y deberá llevarse a cabo según se trate de acciones/participaciones, de la llevanza del libro-registro de la existencia de títulos, de una posible legitimación anticipada, etc. La situación se puede complicar en el caso de administradores enfrentados, cualquiera que sea la estructura del órgano y por la posible existencia de fuentes de legitimación contradictorias; por ejemplo, libro de registro en poder de un administrador, mientras otro administrador exhibe títulos contradictorios. Son situaciones que pueden llevar a la imposibilidad de celebrar la reunión, o al desdoblamiento en dos reunio-

nes opuestas según la legitimación que se aplique, con una probable contienda judicial para dirimir cuál de las dos es la correcta (el sorprendente caso de la SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2012, rec. 552/2011, por una cuestión estrictamente sucesoria relacionada con la propiedad de las acciones objeto de un legado). Pero normalmente habrá algún administrador presente, pues algún administrador la ha tenido que convocar, y si se trata de convocatoria judicial/registral ya cuenta desde el inicio con su propia mesa (art. 170.2 LSC, art. 119.5 LJV).

Es una incidencia propia de cualquier JG, pero en la JG universal presenta una especialidad. En ausencia de convocatoria, y no siendo necesaria la presencia de los administradores sociales, ¿pueden los asistentes legitimarse a sí mismos como socios, nombrar la mesa de la JG y tomar acuerdos? Expresado de forma gráfica, ¿cabe la autogestión en la JG?

Indudablemente la respuesta ha de ser afirmativa, condicionada —lógicamente— a la veracidad de sus afirmaciones, es decir, que realmente sean socios, pero la ausencia de los administradores o la falta de los mecanismos formales de legitimación en poder de aquéllos no impide la constitución de la JG universal (un caso especial la sociedad unipersonal, arts. 15.2 LSC y 108.1.I RRM).

A partir de aquí, la última línea de garantía para evitar un falseamiento completo que lleve al secuestro de la sociedad está en los mecanismos de documentación de los acuerdos sociales y muy especialmente de su inscripción a través del recurso postrero al art. 111 RRM, que, a pesar de su modestia (una notificación, que puede no llegar a su destinatario y queda a la espera de una respuesta por su parte), cumple una función esencial en el entramado institucional de la sociedad, como pieza final que proporciona legitimidad al procedimiento, ya que se trata del titular del cargo orgánico con capacidad adverante de los futuros acuerdos. Ante la dificultad de establecer otros mecanismos preventivos más severos (p. ej., exigir la presencia de los administradores y el control de legitimación por su parte), el art. 111 RRM se constituye en el último mecanismo de control del tracto de autenticidad de la documentación que fluye al RM. Se entiende así el interés de la DGRN en reforzar su aplicación, aunque sea sobre la base de notificar a quien ya no es —según el mismo Registro Mercantil— administrador con cargo vigente, sirviéndose para ello de la ficción puramente registral de no haber extendido aún la nota marginal del art. 145.3 RRM (Res. DGRN de 8 de octubre de 2016; el usurpador interesado en conseguirla de todos modos lo tiene muy fácil, solo ha de pedir una certificación y ya no hay a quien notificar).

## **2. Impugnabilidad por defecto de convocatoria y Junta general universal de hecho**

Supuesto lo anterior, nada impide a efectos expositivos hablar de la JG universal como una modalidad de JG y de ese modo contraponerla —solo— a la JG

convocada, como si fueran dos clases distintas. A pesar de ello, la distinción resulta algo forzada, pues en la práctica se hace difícil una reunión de personas que tenga lugar por generación espontánea. Normalmente habrá una convocatoria previa, solo que mal hecha, ya sea por razón del autor, la forma, el plazo o el contenido. Lo característico de la JG universal es que ese defecto de convocatoria queda purgado por la voluntad explícita de todos los presentes de constituirse en JG con un determinado orden del día, sin necesidad de mencionar cómo fueron llamados antes a la reunión y con el habitual remache formal —que no esencial— de un acta de JG que ha de cumplir requerimientos especiales, en especial la firma de todos.

Sin embargo, la impugnación de una JG mal convocada no siempre se ve coronada por el éxito, produciéndose entonces de algún modo la purga del defecto. Incluso puede ocurrir que un socio, por sus circunstancias personales, ni siquiera esté en condiciones de impugnar por ese motivo. Los efectos de una eventual sentencia se extenderían a todos los socios, aunque no hubieran litigado (art. 222.3.III LEC), pero, a la inversa, esas circunstancias personales pueden ser decisivas en la impugnación de un socio y conducir a su fracaso. Si otros socios en situación distinta y, por ello, mejor posicionados para invocar el defecto, no impugnaron por su cuenta y dejaron pasar la fecha límite de caducidad de la acción, la JG podrá salvarse. Por cuanto se trata de una situación singular del socio, en estos casos no se puede hablar propiamente de una JG universal «de hecho», por más que el defecto de convocatoria termine desactivado. No obstante, puede ocurrir que esa situación realmente afecte a todos los socios, o solo a los disidentes, pero a todos ellos, en cuyo caso sí que se produce una situación que podríamos calificar de JG universal de hecho, «virtual» o «ficticia», hasta el extremo que, en ocasiones, a pesar de su rigurosa doctrina sobre los requisitos formales de la JG universal, la DGRN admite la inscripción, aun siendo claro el defecto de convocatoria.

En tal sentido me refiero a tres supuestos.

i) El cumplimiento de la finalidad de la convocatoria:

El régimen de convocatoria no constituye un fin en sí mismo, sino que solo implanta la mecánica que el legislador ha considerado más idónea para comunicar a sus destinatarios la próxima celebración de una Junta, y por esa misma vía suministrarles determinada información. Por eso, cuando conste con total claridad que el objetivo informativo se ha cumplido, bien sea por la escasa relevancia material del incumplimiento, bien porque el devenir posterior de los acontecimientos así lo confirma, no parece que una convocatoria formalmente incorrecta deba arrastrar la invalidez del acuerdo, con independencia de que la infracción no se considere irrelevante a los efectos de resolverse como cuestión incidental de previo pronunciamiento (art. 204.3 LSC).

Adviértase que en estos casos la actitud del socio disidente puede resultar decisiva para verificar si aquella finalidad resultó efectivamente cumplida, pero no se trata de deducir consentimiento alguno a favor de la celebración de la JG. Al contrario, debemos suponer que el socio se mostró beligerante en contra de la JG, pues la actitud complaciente nos llevaría al segundo supuesto que examino después.

Es una situación frecuente en el ámbito judicial, donde puede plantearse desde la singular posición personal de cada impugnante, cuando el tribunal considera que su impugnación es abusiva o su conducta contraria a la buena fe, especialmente —como ya hemos visto— en cuestiones relacionadas con la forma y el derecho de información, cuando conste que el socio ha dispuesto de la misma con anterioridad, o en la misma JG (sentencias *supra* citadas).

Por eso resulta más problemático cuando el defecto se refiere al autor de la convocatoria, pues aquí el fin de la norma no es la información, sino la legitimidad del procedimiento en sí. La única manera de cumplir con ese fin sería mediante la sustitución de una JG mal convocada, por otra que no necesita convocatoria, es decir, por una JG universal (SAP de Madrid de 27 de abril de 2012, rec. 364/2011). Solo excepcionalmente cabe lograr por otra vía ese resultado (SAP de Cantabria de 4 de junio de 2013, rec. 653/2012, admite la subsanación por el hecho de asistir los otros administradores a la reunión y consentir el orden del día).

En el ámbito del RM es más difícil valorar el posible cumplimiento del fin de la norma, pues al no operar sobre la base de un socio concreto que impugna el acuerdo hay que especular con la situación de todos ellos. No obstante, excepcionalmente es posible cuando la disidencia está perfectamente acotada por el resultado de la votación (Res. de 13 de enero de 2015, 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).

## ii) ¿Consentimiento ficticio/tácito?:

Con independencia de los requisitos formales necesarios para acceder al RM, en la práctica las situaciones pueden no ser tan claras, sobre todo cuando falte un pronunciamiento expreso de los presentes —y la firma del acta—, de tal modo que el hipotético asenso se quiera deducir de la actitud meramente pasiva del socio, no opuesto con claridad al hecho de celebrar la JG incorrectamente convocada. Cuando haya existido una propuesta clara de la mesa para continuar la JG como universal, y ninguno de los presentes se oponga (para el acta notarial de Junta, v. art. 102.1.4.º RRM), al margen de los problemas de inscripción posterior

por ausencia de firma en el acta, se puede entender prestado sin mayor violencia ese consentimiento. Pero cuando la JG simplemente se haya desarrollado sin hacerse cuestión sobre la regularidad de su convocatoria, ni dejar constancia de su carácter universal, o de la propuesta en tal sentido, claramente no se puede hablar de JG universal (SAP de Madrid de 19 de marzo de 2013, rec. 339/2011), pero las mismas exigencias de seguridad jurídica tampoco se concilian demasiado bien con la posibilidad de que el socio discrepante vuelva sobre sus propios pasos y pretenda la impugnación de los acuerdos.

En el pasado, sobre la base de la distinción entre acuerdos nulos/anulables, y de la exigencia de hacer constar la oposición al acuerdo para la impugnación de los anulables (aunque la infracción de las reglas legales de convocatoria determinaba la nulidad), una nutrida línea jurisprudencial, sobre la base de los principios de buena fe y congruencia con los propios actos, había venido negando la legitimación para impugnar a aquellos socios que, sin haber hecho la oportuna denuncia al abrirse la sesión, consienten la celebración de la Junta o, incluso, votan a favor de los acuerdos que luego impugnan. Cuando todos los socios se encuentren en idéntica situación, el resultado viene a ser en la práctica una especie de convalidación de la JG defectuosamente convocada, aunque solo sea porque tiene lugar una pérdida generalizada de aquella legitimación activa (STS de 16 de marzo de 2010, rec. 2453/2005: «la consideración de la Junta como universal se utiliza en la sentencia recurrida como argumento para entender subsanados los defectos de convocatoria, y sucede que, sea o no universal, dada la presencia de todo el capital social, la ausencia de reservas o protestas y la forma de celebración de la misma, los defectos de convocatoria denunciados carecen de relevancia para determinar la nulidad de la misma. Por consiguiente, y por aplicación de la doctrina de equivalencia de resultados, el motivo decae»).

Con estos antecedentes, la Ley 31/2014 ha dispuesto la pérdida de la legitimación para impugnar de quien, habiendo tenido la ocasión de denunciar en el momento oportuno los defectos de forma en el «*proceso de adopción del acuerdo*», no lo hubiera hecho (art. 206.5 LSC). Aunque habla de defectos de forma, creo que la regla se aplica a todo lo relacionado con la convocatoria, así la autoría, la forma, el plazo o el contenido. En cuanto al momento oportuno, debemos distinguir el tiempo de que dispone el socio para manifestar su oposición, de aquel momento específico que la ley juzga relevante para excluir su legitimación. En el primer sentido nada se opone a que el socio lo alegue desde que tiene conocimiento de la convocatoria, por ejemplo, mediante una comunicación directa a los administradores sociales. Pero el legislador habla de un «*momento oportuno*» para hacerlo, y que —parece— ha de ser al comienzo de la reunión y a requerimiento expreso de la mesa de la JG (la habitual declaración de estar válidamente constituida la JG y la pregunta de si hay reservas o protestas). Obviamente es un requerimiento abierto para alegar cualesquiera defectos de ese tipo, sin que corresponda a la mesa detallar las posibles irregularidades, por muy claras que algunas

pudieran resultar. Es obvio que si el socio ya lo manifestó antes, tampoco hay necesidad de reiterarlo, pero si no lo hizo y en ese momento guarda silencio, su legitimación puede verse comprometida, cualquiera que sea su actitud en la JG, es decir, aunque no incurra en la contradicción de votar después a favor. Ahora bien, si la mesa no concede esa oportunidad, y con ello evita un posible trámite de oposiciones, cabe entender que no hubo «*momento oportuno*», y el mero hecho de haber guardado silencio no habría de privarle de legitimación (quizá, salvo que votara a favor). Bastará con alegar el defecto, sin necesidad de oponerse a la celebración de la JG, anunciar acciones legales o rechazar que se haga valer como JG universal (sin embargo, en la SAP de Madrid de 27 de abril de 2012, rec. 364/2011, el socio advirtió del defecto, y hasta votó en contra, pero al no oponerse a la celebración de la JG la admite como JG universal; SAP de Madrid de 19 de marzo de 2013, rec. 339/2011: «como es natural, la concurrencia de todo el capital social a una Junta convocada por el órgano de administración y su celebración como consecuencia de dicha convocatoria, no transforma la Junta general, en este caso extraordinaria, en Junta universal, pues sería tanto como transformar en universal una Junta por el solo requisito de la presencia de todo el capital social y sin que pueda confundirse el hecho de que los accionistas no hicieran reserva ni protesta respecto de las manifestaciones del presidente de la Junta sobre el número de socios representados y el capital presente con la aceptación de la celebración de la Junta como universal, lo que nada tiene que ver. Por lo demás, la asistencia de los demandantes a la Junta, como consecuencia de su convocatoria por el órgano de administración, no sana, por sí sola, los vicios de su convocatoria o la vulneración del derecho de información y menos aún cuando no se discute que, al menos, uno de los demandantes hizo constar en acta la infracción»).

Por esta vía, igual que en el caso anterior, puede decaer la posibilidad de impugnar una JG por defecto de convocatoria, pero esto no significa que la JG haya pasado a ser universal. Simplemente, el socio habría perdido esa opción impugnatoria. Ahora bien, si la situación es común a todos los socios, por resultar del acta que ningún socio alegó defecto alguno en la convocatoria de la JG, a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo, y dando por supuesto que en la reunión estaban todos, sí que se produce *de facto* una validación de la JG como si hubiera sido universal (no fue el caso en la Res. DGRN de 27 de octubre de 2012, donde uno de los socios se opuso a la adopción del acuerdo; en la Res. de 29 de noviembre de 2012 simplemente se omitió por el presidente la declaración formal sobre la válida constitución; en cambio, la Res. de 2 de septiembre de 2016 tiene en cuenta que asistieron todos los socios y ninguno formuló objeción).

### iii) La Junta general universal simulada o inexistente:

Por último, tendríamos el caso de la JG universal inexistente. El problema es que en la práctica el paradigma tampoco se reduce a la simple y burda falsedad.

Unas veces porque realmente una reunión se ha celebrado, pero sostienen algunos de los presentes que no fue realmente una JG decisoria; otras, porque habiéndose instaurado de hecho en la sociedad un sistema de adopción de acuerdos sin reunión, donde el acta se pasaba después a la firma, salta por los aires con las primeras desavenencias dentro de la sociedad; y en la mayoría de las ocasiones por discrepancias en torno a la legitimación para asistir y votar en la JG resueltos por la mesa en un determinado sentido, con el riesgo de haber dejado fuera al verdadero socio.

En el pasado, el tema estuvo muy condicionado por la redacción anterior del art. 205.1 LSC, que solo aludía a que los acuerdos resultaren contrarios al orden público *«por su causa o contenido»*, como forma de evitar los breves plazos de caducidad imperantes. En ese sentido, la STS de 28/11/2005, rec. 679/1999, reconoció que solo dando a esa expresión un sentido lato se podía entender incluido el supuesto de JG inexistente por ausencia de algún socio. No obstante, sentencias posteriores del TS admitieron la impugnación por esta vía (STS de 30 de mayo de 2007, rec. 2452/2000, a la que sigue la STS de 19 de julio de 2007, rec. 3072/2000: «cualquiera que sea la concepción que se acoja no puede entenderse que el orden público resulte indemne a actos falsarios que, además, vulneran frontalmente el nivel participativo de los socios allí donde es conceptual y legalmente indispensable; es absolutamente incompatible el orden público con la falsaria simulación formal que pretende encubrir la mutilación radical de un derecho societario. A ello solo cabe añadir ... que crear la apariencia de una Junta universal que no se ajusta a la realidad y con el propósito de eludir la intervención de socios que desconocen su existencia ataca los más elementales principios de la vida social; y los acuerdos, por su causa, infringen la normativa legal —arts. 99 LSA y 48 LSRL— afectando al orden público societario»).

Con posterioridad, la muy interesante STS de 29 de octubre de 2008, rec. 3001/2001, se refiere a los casos en que la JG universal es totalmente ficticia, de ahí que «los acuerdos atribuidos a tales Juntas serían contrarios al orden público, ya que la simulación de acuerdos sociales inexistentes atenta contra los principios configuradores de la sociedad, o si se quiere, contra derechos esenciales para el sistema societario»; por el contrario, aquellos otros casos en que se discute sobre la legitimación o el derecho a asistir de alguno, o donde se constata un funcionamiento informal de la sociedad, del que también fuera partícipe el demandante, no impiden apreciar la caducidad de la acción. La ulterior STS de 19 de abril de 2010, rec. 2079/2005, parece acoger un criterio aún más amplio de la infracción del orden público, que solo atiende a las características de la JG universal, como aspecto esencial del sistema societario, sin hacerse cuestión del conocimiento que los demandantes hubieran podido tener de los acuerdos adoptados, por cuanto participaron en su ejecución, circunstancia que lógicamente no obsta a su impugnación, pero debería ser relevante para valorar el plazo de caducidad («la celebración de reuniones de socios como Juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 —la presencia de todo el capital— se ha

considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público —sentencias de 29 de septiembre de 2003, 30 de mayo y 19 de julio de 2007—, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados —sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2007, no obstante la de 18 de mayo de 2000—, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como Junta la reunión de socios en que se tomaron». De acuerdo con esto, se hace difícil admitir las reuniones informales (SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2015, rec. 339/2013, «atendida la vinculación familiar entre los socios, manifestó que hasta la separación del Sr. ... y su hermana éstos se reunían semanalmente sin reparar en el cumplimiento de los requisitos formales de convocatoria y constitución de las Juntas. Obviamente, la relación entre los socios no justifica que las formalidades legales sobre convocatoria y constitución de la Junta se relajen al extremo de pasar por Juntas, en las que se modifica el capital social, simples reuniones entre accionistas de las que se desconoce su contenido»; la SAP de Málaga de 23 de octubre de 2015, rec. 425/2015, rechaza la justificación basada en la práctica habitual, cuando la pretendida JG tuvo lugar después de la crisis en la pareja).

La reforma por la Ley 31/2014 amplía en esta línea el concepto de orden público, al incluir también la infracción del mismo por razón de las circunstancias del acuerdo.

Sin embargo, la postura del TS se ha matizado en el caso de la JG inexistente, cuando el sistema de adopción de acuerdos seguido en la sociedad había prescindido habitualmente de la reunión del órgano colegido. En concreto, STS de 16 de marzo de 2015, rec. 964/2014: «es cierto que en la sentencia 222/2010, de 19 de abril —siguiendo a otras— declaramos que el cumplimiento de las normas sobre válida constitución de las Juntas universales, como alternativa a la exigencia de una correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia del régimen jurídico de este tipo de sociedad, de modo que la celebración de tales reuniones de socios sin cumplir aquellas condiciones constituye causa de nulidad y de infracción del orden público. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en el caso que enjuiciamos imponen de inmediato la procedencia de exceptuar de dicha doctrina —o, lo que es lo mismo, de aplicar a la acción de impugnación la regla de caducidad anual— aquellos supuestos en que ... por la reiterada decisión de los socios —exteriorizada «acta concludentia»—, las Juntas universales no se reúnen de hecho, los temas se tratan por los partícipes en sus conversaciones telefónicas o aprovechando encuentros familiares y las actas se redactan después de aquéllas o de éstos, siendo firmadas por todos, sucesivamente, en sus respectivos domicilios. Quienes así actúan no pueden después afirmar —como aquí hacen al cabo de diez años— que, por razones de orden público, la acción de impugnación de los acuerdos, en cuya adopción intervinieron del relatado modo, no caducan en el plazo señalado por la norma en general para los acuerdos nulos» (v. también SAP de Lugo de 16 de septiembre de 2016, rec. 91/2016; SJM de Gijón de 22 de julio de 2016, proc. 453/2015).

A la vista de todo esto, uno se pregunta qué sentido tenía suprimir en 1995, con la nueva LSRL, el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito de la LSR de 1953, que claramente daba cobertura a estos supuestos —muy frecuentes— de adopción de acuerdos por la mera firma del acta, sin tener que inventarse una reunión que nunca ha tenido lugar.

## IX. ACTA NOTARIAL DE JUNTA

### 1. Requerimiento al notario

Como cuestión previa conviene destacar otras consecuencias prácticas del acta notarial de JG, distintas de la más evidente de la cobertura por la fe notarial de los hechos consignados en el acta. Ahora me interesan otros efectos por razón del mismo documento, por razón de su naturaleza de acta de la JG, sobre todo en relación con los administradores y el RM:

- No está sujeta la aprobación, lo que supone que sus acuerdos son ejecutivos desde su cierre (art. 203.2 RRM; SAP de Madrid de 15 de febrero de 2013, rec. 742/2011), que puede ser inmediato (art. 103.1 RRM).
- En ocasiones es título inscribible por sí mismo, sin necesidad de que se eleve a escritura pública (p. ej., nombramiento administradores, art. 142.1.I RRM; separación administradores, art. 148 RRM; no será suficiente si hay cambio de sistema, pues debe elevarse a público, Res. DGRN de 6 de abril de 2011). Obsérvese, en caso de cambio de todos los administradores, que la inscripción se obtiene directamente con un título que instaron los anteriores, sin que sea necesaria la intervención de los nuevos. De todos modos, aunque puede servir de base para la elevación a público de los acuerdos (art. 107.1 RRM), también es posible emitir una certificación en relación con el acta notarial de JG, en cuyo caso no será necesario acompañar su copia al Registro Mercantil, siempre que la certificación informe de todas las circunstancias necesarias para la calificación del registrador mercantil (Res. DGRN de 18 de abril de 2012; de todos modos, la DGRN entiende que la calificación del registrador mercantil se extiende al requerimiento efectuado al notario, Res. DGRN de 10 de abril de 2001; aunque no entra en el tema, es de interés la Res. de 4 de diciembre de 1991).
- En los casos de cambio en el titular de la facultad certificante (o del sistema, Res. DGRN de 23 de mayo de 2001), al no ser necesaria para la inscripción ni la certificación del acuerdo ni la correspondiente elevación a público, se puede obtener la inscripción directa sin la notificación al anterior titular del cargo que exige el art. 111 RRM. La exención está justificada porque consta fehacientemente la intervención en el requerimiento de un representante social, aunque no se trate del certificante.

Sobre esta base, la regla es que el requerimiento solo puede hacerse por un representante de la sociedad con facultades para ello, y en el caso del órgano de administración habrá de ser con arreglo a su estructura y forma de funcionamiento (aunque el art. 101.1 RRM solo habla de administradores, no hay razón para excluir a un representante, siempre que esté dotado de esta facultad específica —arg. *ex* art. 108.3 RRM—, no siendo suficiente un poder para actas en general; v. el supuesto de hecho de la Res. DGRN de 13 de noviembre de 1999). No cabe el criterio más flexible en materia de legitimación propio de las actas notariales del art. 198.1.1.º Reglamento Notarial —RN—. El acta redactada por el notario vale como acta de la JG, no es una simple acta de presencia, y con efectos exorbitantes si tenemos en cuenta la anterior exención del art. 111 RRM, por eso la garantía de un requerimiento en forma resulta ineludible.

Pero la legitimación es estrictamente «representativa», no por razón de la convocatoria. Es decir, podrá requerir cualquier administrador solidario, aunque no se trate del convocante, o el número mínimo de administradores mancomunados necesario para representar a la sociedad (en su caso, uno solo por medio de poder que confiera esta facultad específica, Res. DGRN de 12 de septiembre de 1994), aunque la convocatoria haya exigido la intervención de todos ellos. En los casos de Consejo de Administración se habrá de acreditar el acuerdo previo, que el representante se limita a ejecutar, o intervenir un consejero delegado.

Los problemas surgirán cuando el requerimiento inicial se haga por quien no tiene por sí solo capacidad para representar a la sociedad, con sometimiento entonces a una ulterior ratificación por los otros administradores que sean necesarios, justo antes de empezar la reunión. Ningún inconveniente en que así se haga, pero ha de hacerse. No vale que en ese momento se quiera reemplazar la legitimación que solo confiere la intervención del representante social por una pretendida legitimación asamblearia por parte de los mismos socios, o de la mesa de la JG (v. *infra* para la JG universal; en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de octubre de 2009, rec. 477/2009, se acepta la ratificación por el presidente de la JG, a la vista de que ninguno de los presentes se opuso). El acta notarial es de JG solo cuando así se pide por la representación social legítima. En otro caso será un acta de presencia, no de JG (arg. *ex* art. 105 RRM, al aludir a otras posibles actas notariales en relación con la JG, y que solo será acta notarial de JG «*la regulada en los artículos anteriores*», entre ellos el art. 101.1 RRM para el requerimiento; esa intervención del otro órgano —o apoderado, que recibe el poder de ese órgano— también está presente en la elevación público de los acuerdos, que solo puede hacerse por determinadas personas —art. 108 RRM—, a diferencia de la simple protocolización, que puede hacerse por cualquiera que tenga en su poder el documento; para esta última distinción, v. Res. DGRN de 26 de agosto de 1998).

En los casos de convocatoria judicial/registral, no hay razón para excluir la intervención del notario, que solo reemplaza al secretario nombrado por el letrado

de la Administración de Justicia o por el registrador mercantil en su función adverante, pero no en el control de legitimación de los asistentes y la dirección de la reunión. De todos modos tendría que haberse solicitado así con ocasión de pedir la convocatoria, pues, de no haberlo previsto el letrado de la Administración de Justicia o por el registrador mercantil en su resolución, no veo tan claro que se pueda limitar la actuación del secretario nombrado por aquél. Distinto si se ha pedido posteriormente por otros socios. Por otro lado, aunque en la resolución ordenando la convocatoria se hubiera dispuesto el levantamiento de acta notarial, el requerimiento sigue correspondiendo al representante de la sociedad en la forma dicha, nunca a la persona designada como presidente de la JG.

Cuestión distinta es la posibilidad de un «contra-requerimiento» por renuncia a la solicitud previa de otro administrador (p. ej., otro administrador solidario que fuera, incluso, el autor de la convocatoria). Entiendo que no es posible. Solo el mismo requirente, exigencia que en el caso de Consejo de Administración demanda un nuevo acuerdo.

Un caso interesante es el de la Res. DGRN de 16 de diciembre de 2016, donde el RM rechaza la inscripción de la renuncia de un administrador único que había convocado la JG, por el hecho de que un socio titular del 75 % había solicitado el acta notarial de la JG, al entender el registrador mercantil que el requerimiento al notario era necesario por tratarse de un requisito de validez de los acuerdos de la JG. La decisión de la DGRN revoca la nota porque el mismo registrador mercantil no quiso practicar la anotación preventiva (de hecho, ni siquiera el asiento de presentación), y por eso el registrador mercantil no debía tomar en consideración aquella solicitud en su calificación. No obstante, si prestamos atención a la cuestión de fondo, creo que el deber de diligencia obliga en estos casos al administrador a formalizar el requerimiento, sin perjuicio de su renuncia, pues hay deberes del cargo susceptibles de prolongarse en el tiempo (p. ej., arts. 228.b), 374.2 LSC), y este sería un caso, pues entre la convocatoria y la reunión puede ser necesario todavía que actúe el órgano de administración, precisamente para asegurar la operatividad de la JG. En el requerimiento el administrador renunciante deberá dejar constancia de esa peculiar situación.

## 2. Control de la convocatoria

El art. 101.1 RRM dispone que el notario verificará si la reunión ha sido convocada con los requisitos legales y estatutarios, «*denegando en otro caso su ministerio*». No ofrece dudas que ha de controlar la autoría y la forma de la convocatoria, pues solo en ese caso se habría puesto en marcha el procedimiento que conduce a una JG. No tan claro respecto del contenido. Que el orden del día sea poco claro, que no satisfaga requerimientos informativos específicos, incluso que se exceda de lo permitido por razón del tipo de convocatoria (p. ej., art. 171 LSC;

un ejemplo, en SAP de Tarragona de 31 de mayo de 2016, rec. 701/2015), indudablemente puede afectar a la validez de los acuerdos, pero supone entrar en un terreno sujeto a su valoración, que no parece deba acometer el notario en ese momento (tampoco, creo, en la posterior elevación a público). El notario ha de limitar su control al autor y los requisitos de publicidad.

### 3. Requisito de validez de los acuerdos

Cuando haya existido solicitud de la minoría (1% en SA, 5% en SRL), y con una antelación de cinco días (es decir, cinco días antes del previsto para la JG; no lo está el día 17 para celebrar una JG el día 21, según SAP de Madrid de 14 de marzo de 2014, rec. 645/2012; el plazo cuenta desde que se recibe el requerimiento por la sociedad, no desde que se hace, según SAP de Burgos de 18 de diciembre de 2012, rec. 372/2012), el acta notarial se convierte en requisito de validez (art. 203.1 LSC), tanto en la SA como en la SRL, incluso con la posibilidad de conseguir el cierre cautelar del RM (arts. 104 y 194 RRM, con la incoherencia de mantener en la SA un asiento de vigencia temporal; para el supuesto inverso, pues se extendió equivocadamente una anotación preventiva en SRL, atiende a la realidad de la nueva situación legal, la Res. DGRN de 28 de junio de 2013). En la SA la exigencia de notario está referida tanto a la primera como a la segunda convocatoria (en este sentido, SAP de Barcelona de 21 de julio de 2016, rec. 465/2015). La invalidez es una consecuencia inexorable, que rara vez se evita por los tribunales (así, SAP de Madrid de 23 de septiembre de 2013, rec. 347/2012, que no toma en consideración las dificultades —meramente alegadas— para encontrar notario disponible; SAP de Guipúzcoa de 30 de julio de 2013, rec. 2142/2013; interesante la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2012, rec. 611/2011, que considera contrario a la buena fe que el solicitante se amparara en la inactividad de los otros administradores, cuando él también podía hacer el requerimiento al notario en su condición de administrador solidario, y así se lo hicieron saber los otros dos en la contestación).

Nada se opone a que la minoría renuncie, desbloqueando con ello la validez de la JG por esta causa, y en el caso de haber sido varios los socios solicitantes, la renuncia solo será efectiva si el porcentaje de capital del socio que persiste en la solicitud queda por debajo del mínimo requerido (Res. DGRN de 28 de julio de 2014). Aunque la petición conste en el RM, la renuncia puede resultar del acta y su certificación. No equivale a una renuncia la ausencia en la reunión del socio que la solicitó (en algún caso extremo así se puede interpretar, como la SAP de Zaragoza de 12 de diciembre de 2014, rec. 371/2013). Menos claro si los socios aceptan constituirse en JG universal y nada dice el solicitante sobre la ausencia del notario. Cabe entender en ese caso que la JG finalmente celebrada ha sido distinta de la que fue convocada, y por ello no queda sujeta a la condición del acta notarial para su validez (en el caso de la STS de 13 de noviembre de 2013, rec.

2032/2011, estuvo presente todo el capital social, pero no hubo unanimidad sobre la celebración de la reunión y el orden del día).

#### **4. Control de la legitimación de los asistentes**

Una cuestión que ha de quedar muy clara es que el notario no toma parte en la confección de la lista de asistentes. Es una tarea que corresponde en exclusiva a la mesa de la JG, que deberá constituirse según las reglas generales (STS de 12 de febrero de 2014, rec. 140/2012: «el notario que asiste a la Junta general para levantar el acta no realiza funciones de calificación de la legalidad de la actuación de los miembros de la mesa ni de la regularidad y licitud de los acuerdos que se adoptan. Tampoco de la suficiencia de los apoderamientos de quienes comparecen en representación de socios»). El notario solo recoge la declaración oportuna de la presidencia (art. 102.1.2.<sup>a</sup> RRM), por mucho que discrepe de su criterio (art. 102.3 RRM). El problema es que en ocasiones ni siquiera será fácil designar a los integrantes de la mesa, sobre todo cuando los administradores presentes —y enfrentados— enarbolan fuentes de legitimación contradictorias entre sí. En estos casos el notario debe mantener una posición de exquisita neutralidad, sin preferir la postura del administrador requirente, aunque al final la situación se desborde y conduzca de hecho a la celebración ante notario de dos reuniones simultáneas contradictorias. Cuando el acta es privada, lo normal en estos casos será que los asistentes se separen y cada grupo tome sus propios acuerdos, arguyendo cada uno haber celebrado la única JG legítima (Res. DGRN de 6 de julio de 2004: «cuando existe incompatibilidad total entre los que se presentan como acuerdos adoptados por un mismo órgano social en la misma reunión y documentados por separado»). En la práctica terminarán accediendo al RM dos títulos contradictorios y ninguno de ellos se inscribirá, en particular el presentado antes —siempre que el segundo llegue a tiempo— en aplicación de la conocida doctrina de la calificación conjunta, que mitiga en el ámbito del RM los efectos del principio de prioridad (fundamental en este tema la Res. DGRN de 5 de junio de 2012). Cuando el acta es notarial, la situación resultará un poco más surrealista, pues si ninguno de los administradores cede, es posible que se acaben nombrando dos mesas de JG, con dos listas de asistentes, dos votaciones y dos acuerdos, y todo ello en el mismo acta (Res. DGRN de 31 de marzo de 2003).

#### **5. Junta general universal**

La intervención del notario en una JG universal no ha de plantear mayores problemas cuando el requerimiento se formaliza por representante social con facultades para ello. En este caso no habría convocatoria que el notario debiera controlar, pero la ausencia de esta verificación no se reemplaza por una intervención notarial directa en la redacción de la lista de asistentes. Sigue siendo una

tarea encomendada en exclusiva a la mesa de la JG, sin perjuicio de la previa intervención de los administradores, cuando resulte necesaria. El notario dejará constancia de la presencia de todo el capital social, según el presidente de la JG, y de la decisión unánime de constituirse en JG universal y del orden del día aceptado por todos los presentes.

El problema se plantea por la posibilidad antes indicada de una JG universal «auto-gestionada», es decir, sin intervención de los administradores, lógicamente cuando éstos no sean socios, en cuyo caso, ¿pueden requerir los mismos socios al notario? ¿Se sustituye el requerimiento en forma por una verificación notarial de la condición de socio y de la legitimación para asistir? En mi opinión, la respuesta ha de ser rotundamente negativa.

Por mucho que el notario se implique en esa verificación, en ocasiones facilitada por haber intervenido poco antes en la adquisición de los títulos, solo es acta notarial de JG la que se funda en un requerimiento previo de un representante social, también en el caso de unipersonalidad (el socio único puede ejecutar y formalizar sus acuerdos —art. 15 LSC—, pero no representa a la sociedad antes de tomarlos). Esto no obsta a que pueda levantarse un acta notarial de la reunión, pero como acta de presencia, no de JG. Es decir, con todos los efectos de la fe pública en cuanto a los hechos narrados, pero sin reemplazar el acta de la JG, que sigue siendo necesaria. Nada impide que entonces los socios la acepten como tal (más discutible que al notario se le puede nombrar secretario de la JG; no obstante, v. Res. DGRN de 21 de junio de 1990 y SAP de Córdoba de 25 de enero de 2013, rec. 273/2013) y así se transcriba en el libro de actas, pero no será un acta notarial de JG, sino un acta de JG, solo que redactada por un notario a petición de los asistentes, no de la sociedad, que como tal solo puede actuar por medio de sus representantes. Puede plantearse una situación delicada, pues, como tal acta —no notarial— de JG deberá someterse a la aprobación de la JG. El notario podrá considerarlo un desdoro, pero la aprobación es necesaria para que valga a la sociedad como acta de la JG, sin perjuicio de que la veracidad de los hechos narrados por el notario esté amparada por la fe pública.

quede claro que no propugno que el notario deba inhibirse de controlar en esas situaciones extremas la condición que invocan los asistentes, actuación que normalmente solo podrá basar en la exhibición del título de adquisición, sin que figure en el mismo nota de transmisión, poco más. Al contrario, creo que es su deber hacerlo. Solo digo que no es acta notarial de JG, aunque nada impide que los asistentes la acepten como acta de la JG.

Podrá parecer que estoy diciendo lo mismo, sobre todo en relación con la validez del acta y de los acuerdos, pero hay un matiz importante que las distingue y que no cabe olvidar. Al no tratarse de acta notarial de JG, sino solo de acta de JG, ciertos acuerdos no podrán inscribirse directamente sobre la base de una copia

autorizada del acta «de presencia», en particular los decisivos —en estos casos de conflicto— de separación/nombramiento de administradores. El nombrado habrá de elevar a público y notificar al anterior certificante con arreglo al art. 111.3 RRM. Ciertamente este último precepto se redactó en 1996 con singular torpeza, pues, queriendo evitar la grieta que en el RRM de 1989 dejaba la elevación a público del acuerdo sin certificación, sobre la base del acta o testimonio notarial del acta, incluyó estos supuestos en el ámbito de la notificación obligatoria, pero solo cuando hubiera elevación a público, olvidando que el art. 142.1 también permite la inscripción directa del «*testimonio notarial del acta*». Se impone una interpretación correctora, que en este caso evitaría la extravagancia de pretender que la copia del acta «de presencia» valiera como testimonio notarial de sí misma. Por tanto, solo cuando se trate de auténtica acta notarial de JG, es decir, con el fundamento inicial de un requerimiento a cargo de un representante social, cabe llegar a la inscripción de un nuevo cargo certificante sin la exigencia añadida de aquella notificación que, al menos en el terreno documental, opera como garantía última de legitimidad del sistema.

Ya les advierto que la DGRN parece opinar de otro modo, al menos desde la Res. de 2 de enero de 1992, no obstante anterior al RRM de 1996 en su nueva redacción del art. 111.3 RRM; para la DGRN: «si se tiene en cuenta que en el caso debatido el título inscribible es una escritura pública a la que sirve de base no la certificación privada expedida por el nombrado en el acuerdo que se documenta, sino la propia acta notarial de la Junta universal en la que se adoptó aquél, resulta evidente la inaplicación del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, sin que quepa estimar la alegación del registrador de que al no haber sido los administradores quienes han requerido la presencia del notario, no puede considerarse aquel acta notarial como acta de la Junta, pues no pueden desconocerse las peculiaridades características de la Junta universal respecto de la cual aquel requerimiento por los administradores ha de entenderse plenamente suplido por el que unánimemente realicen todos los socios; téngase en cuenta, además, que en el caso debatido consta la voluntad unánime de los socios de dar al acta notarial el valor de acta de la Junta y que todos ellos han firmado la diligencia de su conclusión». Pero no conviene olvidar las muy especiales circunstancias del caso. Debido a que la madre de los accionistas dispuso un administrador testamentario de las acciones hasta que el hijo menor hubiera cumplido los 35 años, ya hubo un primer conflicto entre los hermanos y dichos administradores que motivó la Res. DGRN de 17 de marzo de 1986, claramente a favor de los segundos, que se aseguraron *de facto* el control de la sociedad. Pues bien, el día después de cesar la administración testamentaria los hermanos celebran JG universal mediante acta notarial, donde destituyen a los anteriores administradores. El problema es que dos días más tarde tiene entrada en el RM otra escritura que formalizaba unos acuerdos de aumento y reducción del capital social, adoptados varios meses antes, y de los cuales resultaba que la JG celebrada por los hermanos no podía ser universal. En realidad, la DGRN quiso evitar la cuestión de fondo, y por

eso se sirvió de un pretexto para no aplicar el art. 111 RRM, y con ello eludir el delicado tema de la falta de autenticidad del nombramiento, cuando en realidad era un problema de validez por razón de los efectos internos de un aumento de capital no inscrito. Hubiera sido mucho más correcto aplicar esa norma, pero dejar claro que al RM no le correspondía dirimir la controversia sobre la validez de la JG, consiguientemente inscribir y dejar que resolvieran los tribunales. Como la DGRN sigue sin tener demasiado claro en los casos de calificación conjunta hasta dónde puede llegar el RM en la constatación de una invalidez «evidente» (aplicando «las reglas de la sana lógica y de los criterios hermenéuticos habituales», según la Res. DGRN de 5 de junio de 2012), optó por la solución mucho más cómoda de no aplicar el precepto, aunque al hacerlo dejara abierta una puerta que podía resultar peligrosa en el futuro.

Teniendo claros estos antecedentes, creo que debe leerse con cierta cautela la reciente Res. DGRN de 23 de enero de 2015. En un caso de socio único (aunque inscrito aparece otro), donde realmente no se habla de acta notarial de JG, sino directamente de una escritura que formaliza una JG universal, otorgada por el socio y el nuevo administrador, la DGRN considera que el notario ha podido comprobar la realidad de su adquisición por haber tenido a la vista el título de adquisición («es cierto que la situación de titularidad podría haberse modificado posteriormente por otras transmisiones, pero la presunción de legitimidad y propiedad de las participaciones sociales, mientras no se desvirtúe, está a favor del titular escriturario ... En consecuencia, si el notario autorizante de la escritura de protocolización ha tenido a su vista el título que acredita esa titularidad del socio único, y en el mismo no existe nota de transmisión posterior, es suficiente la acreditación para la celebración de la Junta en la que se toman los acuerdos que se contienen en el documento que se presenta a inscripción»). Aunque en la misma escritura los interesados solicitan la inscripción sin necesidad de la notificación del art. 111 RRM, realmente este defecto no se pone por el RM, de ahí que la DGRN tampoco se pronuncie con claridad sobre el tema. Por ello, nada que objetar a la posibilidad de que el notario lleve a cabo una comprobación de ese tipo, sin intervención de los representantes sociales, pero sigo pensando que no será un acta notarial de JG. Se tratará de un acta ordinaria de JG, con simultánea elevación a escritura pública, pero no por eso exenta de la notificación del art. 111.3 RRM.

## X. CONCLUSIÓN

He querido insistir desde el comienzo de la exposición en la necesidad de identificar aquellos requisitos esenciales que dan legitimidad a la JG entendida como procedimiento. La JG no es una reunión espontánea de personas, sino una reunión que necesita para constituirse válidamente que se cumplan ciertas condiciones, algunas de ellas muy anteriores en el tiempo. Por su naturaleza efímera,

ya que la JG no sobrevive a su propia reunión, sólo los administradores están en posición de suministrar, como regla general, esa legitimidad. Pero no siempre es así, ya sea por la posibilidad de una JG universal sin la presencia de administradores, como por el riesgo de que este último órgano quede a su vez bloqueado por conflictos internos que hagan difícil proporcionar esa cobertura. Como el control de legitimidad no puede ser exhaustivo, especialmente en el trance final de la documentación de los acuerdos y su inscripción, el sistema también ha de cerrarse con mecanismos de alerta que, al menos en apariencia, ofrezcan un remoto control de autenticidad. Creo que tener claro el significado de cada uno de esos requisitos, el papel legitimador/adverante que singularmente cumplen y el reparto preciso de competencias y de tareas entre los posibles participantes, tanto societarios, como externos, puede ser el hilo de ARIADNA que nos permita encontrar la salida en muchas situaciones que, por su propia complejidad, y como acreditan muchos de los casos tomados de la práctica judicial/registral que he reseñado, sin duda alguna pueden resultar laberínticas.

*(Trabajo recibido el 02/02/2017  
y aceptado para su publicación el 30/03/2017)*

## **ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES**



## **DERECHO CONTRACTUAL**

### **COMENTARIO A LA STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOBRE LA NULIDAD PARCIAL DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN DIVISAS**

**FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ**

*Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Granada*

#### **RESUMEN**

Se analizan algunos aspectos de la STS 15 noviembre 2017 por la que se declaran abusivas por falta de transparencia las cláusulas que denominan un préstamo hipotecario en divisas, como la obligación de transparencia en relación a estas cláusulas, el enfoque de la cuestión desde la perspectiva de las cláusulas abusivas y no del error vicio, la valoración del desequilibrio importante que estas cláusulas representan para el consumidor, la consecuencia de la nulidad parcial y la conversión del préstamo en un préstamo concertado desde el inicio en euros y la liquidación efectuada de la restitución de lo indebidamente cobrado.

**Palabras clave:** préstamos hipotecarios en divisas, transparencia, cláusulas abusivas, protección de consumidores.

## COMMENT ON THE SUPREME COURT JUDGMENT DATED NOVEMBER 15TH, 2017, ON THE PARTIAL NULLITY OF MORTGAGE LOANS IN FOREIGN CURRENCIES

FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ  
*Senior Lecturer in Civil Law at the University of Granada*

### ABSTRACT

In this paper some aspects of the judgment of the Supreme Court of 15 November 2017 declaring unfair due to lack of transparency the clauses included in a mortgage loan in foreign currency are analyzed, such as the duty of transparency of these clauses, the approach of the issue from the perspective of the unfair terms and not of the misrepresentation, the assessment of the significant imbalance that these clauses represent for the consumer, the consequence of the partial nullity and the conversion of the loan in a loan arranged from the beginning in euros and the liquidation of the restitution of the undue payment.

**Keywords:** foreign currency mortgages, transparency, unfair terms, consumer protection.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN: ¿CLÁUSULA ABUSIVA O ERROR VICIO?—III. LA INFORMACIÓN NECESARIA EN RELACIÓN AL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DEL TIPO DE CAMBIO.—IV. EL PERJUICIO PARA EL CONSUMIDOR SEGÚN LA STS 15 NOVIEMBRE 2017 Y SEGÚN EL TJUE.—V. LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO Y SU CONVERSIÓN EN UN PRÉSTAMO EN EUROS.—VI. LA RES-TITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS.

## I. INTRODUCCIÓN

La contratación de un préstamo hipotecario en una divisa extranjera comporta un riesgo elevado para el prestatario, ya que el valor en euros que deba pagar mensualmente a la entidad prestamista en concepto de amortización de capital y de intereses ordinarios dependerá de la fluctuación del tipo de cambio entre el euro y la divisa, siendo así que, si se produjese una depreciación del euro, la cuota mensual de amortización de capital e intereses nominales se incrementaría en la misma proporción. Como ha dicho la STJUE 20 septiembre 2017 (Asunto, C-171/17, Andriuc y otros contra Banca Românească, SA, apartado 50), el prestatario se expone a un riesgo de tipo de cambio que le puede hacer dificultar el cumplimiento de sus obligaciones periódicas en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Pero la fluctuación del tipo de cambio no solo repercute sobre la cuota que el prestatario haya de pagar en cada período de amortización, sino que afecta al contravalor en euros del capital prestado, que durante la vida del préstamo se irá continuamente recalculando en virtud de la fluctuación de la divisa. Así se explica que en muchos casos varios años después de la realización del préstamo y pese a las cuotas pagadas periódicamente por el prestatario, el capital del préstamo, valorado en euros, sea superior al inicialmente recibido.

De conformidad con este riesgo propio de los préstamos concertados en divisas, la STS núm. 608/2017, de 15 noviembre 2017, aclara que la obligación de transparencia en relación a las cláusulas que fijan el capital del préstamo y la obligación del prestatario de restitución del capital y pago de intereses nominales en una divisa no se agota en la posibilidad de que el prestatario pudiera conocer que el valor en euros de sus cuotas mensuales podía aumentar o disminuir en función de la fluctuación del tipo de cambio de la divisa, algo que se ha de suponer conoce quien realiza un préstamo en divisas, sino que requiere que el consumidor estuviera suficientemente informado sobre la entidad del riesgo de fluctuación del tipo de cambio porque se le hubiera explicado el impacto potencial que

en términos cuantitativos pudiera tener una depreciación previsible del euro tanto sobre las cuotas mensuales como sobre el capital pendiente de amortización. Esto es, se requiere no sólo que el prestatario conozca que la fluctuación de la divisa le puede beneficiar o perjudicar, sino además que conozca la intensidad del riesgo económico al que potencialmente se expone por la contratación de un préstamo de estas características, respecto de sus obligaciones periódicas de reembolso del capital y del pago de intereses nominales y respecto del capital pendiente de amortización.

Sigue así esta sentencia el dictado de la STJUE 20 septiembre 2017 (Asunto, C-171/17, Andriuc y otros contra Banca Românească, SA), según la cual la exigencia de transparencia en relación a estas cláusulas implica que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Conforme a la obligación de transparencia definida, la entidad prestamista ha de aportar al prestatario una información precontractual que le permita conocer que la depreciación del euro respecto de la divisa puede suponer un incremento importante de sus obligaciones periódicas de restitución del capital y pago de intereses nominales que puede poner en riesgo su capacidad de pago (Fundamento de Derecho Octavo, apartado 26) y que además supondrá un incremento proporcional de contravalor en euros del capital pendiente de amortización, de tal manera que es posible que varios años después de la realización del préstamo y a pesar de las cantidades satisfechas periódicamente en concepto de amortización el contravalor en euros del capital debido sea superior al capital inicial del préstamo (Fundamento de Derecho Octavo, apartado 28). Esto es algo que un consumidor medio sin la debida información no puede esperar<sup>1</sup>.

La STS 15 noviembre 2017, siguiendo a la STJUE 20 septiembre 2017, tiene por tanto el mérito de haber definido un deber de transparencia en relación a los préstamos hipotecarios en divisas acorde con el riesgo propio de este tipo de con-

---

<sup>1</sup> Como pone de manifiesto la STS 15 noviembre 2017 (FD 8.º, apartado 27), «un consumidor medio no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos» y (FD 8.º, apartado 31): «La percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que, a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas, como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor».

tratos y con la necesidad de que el prestatario conozca las consecuencias económicas derivadas de dicho riesgo para que pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa, trascendiendo de las obligaciones puramente formales representadas por los requisitos de incorporación de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, y por las exigencias de las normas administrativas sobre transparencia bancaria.

Sin embargo, alguno de los pronunciamientos de la sentencia merece un análisis crítico desde un punto de vista doctrinal. En primer lugar, la STS 15 noviembre 2017, apartándose de la precedente STS 30 junio 2015, núm. 323/2015, y seguramente constreñida en este punto por la STJUE 20 septiembre 2017 no enfoca la cuestión del desconocimiento del prestatario sobre el riesgo propio de los préstamos en divisas desde la perspectiva del error vicio del consentimiento, sino desde la de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato que resultan abusivas por un defecto de transparencia, de conformidad con el art. 4.2 de la directiva UE/13/1993, en relación con los arts. 60, 80.1 y 82 TR-LGDCU. En segundo lugar, la STS 15 noviembre 2017, a diferencia de lo acontecido en relación a la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo, no establece unos parámetros que a modo orientativo permitieran dar por satisfecho el deber de transparencia de las entidades financieras en relación a las cláusulas de divisas. En tercer lugar, la STS 15 noviembre 2017 define el desequilibrio importante en perjuicio del consumidor derivado de la falta de transparencia de las cláusulas de divisas, como el perjuicio derivado de la imposibilidad de comparar fielmente la oferta del préstamo en divisas con la ofertas de otros préstamos, ignorando que la STJUE 20 septiembre 2017, al respecto, ha dispuesto que el perjuicio ha de ser un perjuicio cuantitativo o económico que se ha de valorar con arreglo a las perspectivas de devaluación del euro que tuviera la entidad prestamista en el momento de conceder el préstamo. En cuarto lugar, la STJUE 15 noviembre 2017 considera que el préstamo puede subsistir sin las cláusulas relativas a la operativa del préstamo en divisas, como un préstamo concertado en euros desde el inicio, lo que, siendo sin lugar a dudas una solución favorable al consumidor, implica una modificación de los términos del contrato. Por último, la STS 15 noviembre 2017 asume el fallo de la sentencia de primera instancia, que efectúa una incorrecta liquidación de la restitución derivada de la nulidad conforme al art. 1.303 CC.

## **II. FALTA DE INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN: ¿CLÁUSULA ABUSIVA O ERROR VICIO?**

La STS de 15 noviembre 2017, de acuerdo con la STJUE 20 septiembre 2017 (apartado 50), ha considerado que las cláusulas que en un contrato de préstamo fijan en una divisa tanto el capital prestado como la obligación del prestatario de reembolso del capital y de pago de intereses nominales son cláusulas que define

el objeto principal del contrato en el sentido del art. 4.2 de la directiva UE/1993/13, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, cuya validez ha de enjuiciarse de conformidad con la doctrina sobre el control de transparencia material o, lo que es lo mismo, de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia<sup>2</sup>.

En la práctica jurisprudencial española la categoría de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia había venido referida hasta el momento al supuesto en que una condición general alterase de manera sorpresiva o subrepticia el pacto sobre el precio o sobre las características o condiciones de la contraprestación, tal y como había quedado definido en la oferta, así: la cláusula suelo, que altera el interés nominal del crédito constituido por el diferencial aplicable al tipo de referencia (STS 9 de mayo de 2013); la cláusula que repercute al comprador de un inmueble el pago del impuesto de «plusvalía» (STS 25 de noviembre de 2011) o la cláusula que condiciona la rentabilidad prometida de un depósito a la evolución de un determinado valor subyacente (STS 22 diciembre 2009).

No es éste exactamente el problema de las cláusulas que fijan el capital del préstamo y las obligaciones económicas del prestatario en una divisa, pues la inclusión de estas cláusulas en el contrato no altera de manera subrepticia las condiciones de una oferta previa, salvo en la hipótesis poco probable de que se hubiera ocultado en la fase precontractual la existencia de estas cláusulas y el prestatario hubiera concertado el préstamo convencido de que se trataba de un préstamo convencional concertado en euros. En los préstamos concertados en divisas, el prestatario no se ve sorprendido por la existencia de estas cláusulas, con la que cuenta, puesto que inciden en la denominación misma del préstamo que está concertado, sino que su eventual desconocimiento y su consecuente sorpresa recae sobre la entidad del riesgo y de las consecuencias económicas que supone para él la fluctuación del tipo de cambio de la divisa.

La falta de información en relación con los préstamos en divisas no tiene que ver en consecuencia con la ignorancia de una determinada cláusula contractual

---

<sup>2</sup> Dispone la STS 15 noviembre 2017 (FD 8.º, apartado 9) que: «Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores», siguiendo en este punto lo dispuesto por la STJUE 20 septiembre 2017 (apartado 38): «el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo».

predispuesta, sino con el desconocimiento de la realidad extrínseca al contrato, el riesgo de fluctuación del tipo de cambio. El desconocimiento de este riesgo no es por tanto un problema propio de la contratación con condiciones generales y su posible incidencia sobre la validez del contrato tendría mejor encaje en la figura del error vicio del consentimiento. En realidad, ese mismo error sobre el riesgo de fluctuación de la divisa podría haberse dado en un caso hipotético en que el contrato de préstamo hubiese sido expresamente negociado.

De este modo, hasta la STS 15 noviembre 2017, el problema del desconocimiento del riesgo potencial derivado de la contratación de un préstamo denominado en divisas había sido tratado por los tribunales españoles desde la perspectiva del error vicio, dependiendo el triunfo de la acción de anulación del juicio sobre la excusabilidad del error, en función de la información proporcionada por la entidad prestamista y de las circunstancias subjetivas —conocimientos y experiencia financiera— del prestatario<sup>3</sup>. Así, la STS 30 junio 2015 había considerado que no había error excusable por ser el prestatario un abogado especializado en derecho bancario<sup>4</sup>.

El Tribunal de Justicia UE —y tras él la STS 15 noviembre 2017— ha tratado el problema de la falta de información sobre los riesgos de las hipotecas en divisas desde la perspectiva del art. 4.2 de la directiva UE/13/1993, conectando la falta de información sobre el riesgo con el carácter abusivo de la cláusula, por razones de su propia competencia, pues solo la tiene para interpretar disposiciones de derecho comunitario.

El enfoque del problema del desconocimiento de la entidad del riesgo de fluctuación del tipo de cambio en los préstamos hipotecarios en divisas, desde la perspectiva del error vicio o de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, desde luego no es una cuestión baladí. Mientras el error vicio del consentimiento está sujeto al régimen de la anulabilidad (art. 1.300 CC), la declaración del carácter abusivo de una cláusula, aunque sea por una falta de transparencia,

---

<sup>3</sup> Enfoque que defendimos en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas», *RCDI*, núm. 761, 2017, en particular, pp. 1212 y ss., e igualmente ALBIEZ DOHRMAN, K. J.: «Cláusula de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios», *Diario la Ley Unión Europea*, núm. 53, 2017. Critica este cambio de perspectiva en la STS 15 noviembre 2017 CARRASCO PERERA, A.: «Una previsible y fallida sentencia: nulidad y futuro de las hipotecas multidivisa», *Centro Derecho de Consumo* (CESCO) <http://centroestudiosdeconsumo.com>, noviembre, 2017, p. 2.

<sup>4</sup> Igualmente, por ejemplo, la SAP Sevilla (Sección 5.ª), 31 marzo 2016, no consideró excusable el error en un supuesto en el que los prestatarios eran licenciados en arquitectura y en interpretación y la SAP Madrid (Sección 10), 11 mayo 2015, por ser el prestatario un empleado en un Registro de la Propiedad, que había demostrado en sus conversaciones previas tener avanzados conocimientos financieros; por el contrario, sí se apreció error excusable en el caso en que los prestatarios eran profesores de secundarios sin conocimientos financieros especiales, SAP Burgos (Sección 3.ª), 5 abril 2016.

conlleva como consecuencia la nulidad de pleno derecho de la cláusula (art. 83 TR-LGDCU), con las diferencias que ello comporta en relación a la prescripción, la posible confirmación, la apreciación de oficio o la oposición de la nulidad en procedimientos de ejecución hipotecaria ex art. 695.1.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, amén de que el carácter abusivo por falta de transparencia sólo puede predicarse respecto de los adherentes consumidores y de la resistencia del Tribunal Supremo español a admitir una nulidad parcial derivada de los vicios del consentimiento. Pero sobre todo, entre el error vicio del consentimiento y las cláusulas abusivas por una falta de transparencia, existe una diferencia esencial en relación a sus supuestos de hecho y, en consecuencia, a los criterios que han de ser tomados en consideración para enjuiciar cuándo una determinada cláusula ha de ser ineficaz desde uno y otro prisma.

Desde la perspectiva de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, lo relevante es la conducta del predisponente, en particular la adecuación de la información proporcionada al parámetro de honestidad objetiva que representa la buena fe (art. 82 TR-LGDCU). Por el contrario, en la valoración del vicio error, el centro de atención se sitúa en la persona de quien lo sufre, pues es preciso probar no sólo la concurrencia de un error, en lo que, sin lugar a dudas, en un escenario de asimetría informativa será determinante la falta de información proporcionada por la otra parte, sino también la excusabilidad del mismo por quien lo ha padecido con arreglo a sus circunstancias subjetivas. La concurrencia de error de vicio requiere, por tanto, un plus respecto de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula, por un defecto de transparencia, que el error no sea imputable a la falta de diligencia de quien lo ha sufrido.

Esta diferencia ha sido puesta de manifiesto por la STS núm. 367/2017, de 8 junio 2017, relativa a la nulidad de una cláusula suelo, según la cual, mientras que en la evaluación de la transparencia de una condición general se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la acción de anulación por error, vicio de las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo.

Pensemos en la influencia que puede tener el cambio de perspectiva del enjuiciamiento de la cuestión de la falta de información de los préstamos en divisas, desde el prisma del error de vicio; al del control de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. Como hemos dicho, el centro de decisión en la mayor parte de las sentencias que han resuelto esta cuestión era si, a pesar de la parquedad de la información proporcionada por la entidad financiera sobre este riesgo, el prestatario, por su formación, conocimientos o experiencia debiera conocer o no ese riesgo. Sin embargo, desde la nueva perspectiva que representa la STJUE 20 septiembre 2017 y la STS 15 noviembre 2017, lo que habrá de valorarse es si sobre la base de la información proporcionada por la entidad prestamis-

ta, de manera más objetiva, «un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», puede valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. No obstante, como ha aclarado la anteriormente citada STS 8 junio 2017, en el juicio sobre la nulidad de las condiciones generales relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia, la condición de experto en contratos bancarios del prestatario puede tener cierta relevancia, pues podría resultar contrario a la buena fe (art. 7.1 Código Civil) que pretendiera la nulidad por la ausencia de una información que en realidad no necesitaba<sup>5</sup>.

### III. LA INFORMACIÓN NECESARIA EN RELACIÓN AL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DEL TIPO DE CAMBIO

Como ya se ha dicho, la STS 15 noviembre 2017 declara que el plus que representa la obligación de transparencia material respecto de los meros requisitos de incorporación de claridad y comprensibilidad (arts. 5 y 7 LCGC), en relación a las cláusulas que fijan el capital del préstamo y las obligaciones económicas del prestatario en una divisa, requiere no sólo que el prestatario conozca que la fluctuación de la divisa le puede beneficiar o perjudicar, sino además que conozca la intensidad del riesgo económico al que potencialmente se expone tanto en sus obligaciones periódicas de reembolso del capital y del pago de intereses nominales como respecto del capital pendiente de amortización<sup>6</sup>.

Sin embargo, la STS 15 noviembre 2017 no ha establecido ningún parámetro que de manera orientativa permitiera juzgar si se había cumplido o no dicha obligación de transparencia, a diferencia de lo ocurrido en relación a la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia de las cláusulas suelo a partir de la STS 9 mayo 2013. Conviene tener en cuenta que en relación a las cláusulas suelo, aunque tanto el Auto TS 3 junio 2013, como la STS 8 junio 2017, hubieran aclarado que estos parámetros tienen un carácter puramente orientativo, en la práctica jurisdiccional el incumplimiento de estos parámetros —alguno de ellos tan exigentes como la aportación de cuadros de amortización simulados o la entrega de una oferta comparativa de un préstamo sin cláusula suelo— es un elemento deter-

<sup>5</sup> Si bien la citada STS 8 junio 2017, de manera muy restrictiva, circunscribe con carácter general la condición de experto en contratos bancarios a quien se dedica profesionalmente a la banca, pero no la predica de cualquier persona con formación universitaria, ni en el caso concreto de aquella sentencia, de un licenciado en derecho, que asesora a empresas extranjeras para establecerse en España.

<sup>6</sup> Esta idea se expresa con profusión a lo largo de todo el Fundamento de Derecho Octavo de la STS 15 noviembre 2017 y se sintetiza en su apartado 33: «es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar, al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo».

minante de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo, lo que ha conllevado una práctica universalización del carácter abusivo de estas cláusulas por falta de transparencia.

Perfectamente se podría haber establecido, como parámetros orientativos para la superación del control de transparencia material de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisas, la exigencia de aportar información precontractual sobre la evolución histórica del tipo de cambio de la divisa o la entrega de un ejemplo simulado en un escenario de depreciación del euro que ilustre sobre el impacto cuantitativo de dicha depreciación sobre las cuotas mensuales y el capital pendiente de amortización<sup>7</sup>. Si así fuera, la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas de denominación en divisas de un préstamo sería prácticamente automática, como lo es la nulidad de las cláusulas suelo, pues resultarían excepcionales los casos en los que las entidades financieras hubiesen cumplido con dichos parámetros. No siendo así las cosas, habrá que analizar caso por caso, y sin la referencia de estos parámetros, si la información escrita o verbal proporcionada por la entidad fue suficiente para que el consumidor conociera la entidad del riesgo de fluctuación del tipo de cambio sobre su cuota y sobre el capital debido.

En el caso concreto de la STS 15 noviembre 2017 se consideró que no se había cumplido dicha obligación de transparencia porque había quedado acreditado que ni tan siquiera se hizo entrega de la oferta vinculante a la que se refiere la Orden Ministerial de transparencia de 5 de mayo de 1994 y que la empleada que atendió a los clientes no estaba cualificada para entender y explicar la dinámica y el riesgo de los préstamos concertados en divisas. Dos hechos que no admiten duda sobre la insuficiencia de la información proporcionada, pero no en todos los casos las cosas serán tan obvias. Lo único que se desprende con claridad de la STS 15 noviembre 2017 —que lógicamente enjuicia la falta de transparencia de las cláusulas de divisas a partir de los hechos probados en el caso concreto— es que no basta con la lectura de las cláusulas financieras por el notario autorizante en el acto de otorgamiento de la escritura pública para dar por cumplido el deber de transparencia (Fundamento de Derecho Octavo, apartados 37 a 39) y que ninguna relevancia ha de otorgarse a una hipotética manifestación del prestatario en la escritura pública de préstamo de conocer los riesgos asociados a un préstamo en divisas (Fundamento de Derecho Octavo, apartados 41 a 42).

No se pronuncia la STS 15 noviembre 2017 acerca si hubiera sido suficiente para dar por cumplido el deber de transparencia con la entrega de la oferta vinculante, por la sencilla razón de que en el caso concreto por ella resuelto ni siquiera

---

<sup>7</sup> El art. 23.6 de la directiva UE/17/2014, en este mismo sentido, exige que: «Si los contratos de crédito no contienen disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 %, la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 %».

fue entregada al prestatario, aunque, eso sí, sobre la prueba de la entrega de dicho documento afirma que el hecho de que en la escritura se afirme por el notario que he examinado la oferta vinculante no hace prueba de la entrega de la oferta vinculante a los prestatarios, pues esto solo puede significar que la entidad financiera exhibió al notario dicha oferta (Fundamento de Derecho Octavo, apartado 37).

En este sentido, consideramos que la hipotética entrega de la oferta vinculante a la que se refería el art. 5 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia bancaria —en vigor hasta el 28 de abril de 2012— tampoco habría bastado para dar por cumplida la obligación de transparencia en los términos requeridos por la STJUE 20 septiembre 2017 y por la STS 15 noviembre 2017, pues según el Anexo II de la citada orden, en el que se desarrollaba el contenido de la oferta vinculante, en la misma no se hacía ni una sola mención al riesgo de fluctuación del tipo de cambio y a su potencial impacto sobre la cuota y sobre el capital pendiente de amortización: en el apartado I del Anexo II (Capital) sólo había que especificar la divisa, definiéndola adecuadamente; en los apartados II y III (Amortización e Intereses) sólo había que especificar las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota y de los intereses, respectivamente; y en el apartado IV (Comisiones) sólo había que informar sobre las comisiones máximas de cambio aplicables. En la Orden Ministerial de 5 mayo de 1994, la información sobre el riesgo de fluctuación de la divisa se posponía al momento de la firma de la escritura pública y se reducía a una advertencia notarial de lo que el prestatario genuinamente ya conocía (art. 7.5), la existencia de un riesgo de fluctuación del tipo de cambio. Lo que necesitaba saber el prestatario para asumir este riesgo con pleno conocimiento de causa —y desde luego en un momento anterior al de la conclusión del contrato de préstamo en un despacho notarial— era el alcance real del mismo y el impacto tan importante que sobre la obligación de restitución de capital e intereses podía llegar a tener.

En la vigente Orden del Ministerio de Economía de Hacienda de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en vigor desde el 29 de abril de 2012), en la FIPER (Ficha de Información Personalizada), a la que se refiere el art. 21, de conformidad con el modelo normalizado a la que ha de sujetarse la misma (Anexo II, apartado 14) debe hacerse una advertencia al prestatario de que el *«importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de la moneda del préstamo/euro»*. Esta advertencia no parece suficiente para considerar cumplido el deber de transparencia en los términos definidos por la STJUE 20 septiembre 2017 y STS 15 noviembre 2017 sobre el riesgo de fluctuación de la divisa, porque sólo se advierte al prestatario del riesgo que la fluctuación del tipo de cambio puede tener sobre el importe en euros de cada cuota periódica, pero no sobre el incremento del valor en euros del capital prestado. Adicionalmente, 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 su art. 6, exige que se incluya en la escritura

pública de otorgamiento del préstamo hipotecario una expresión manuscrita del cliente en la que manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, cuando, entre otras circunstancias, haya sido concedido en una o varias divisas, pero esta manifestación en sí misma no implica que el cliente haya sido informado sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio para que haya podido adoptar su decisión de contratar un préstamo en divisas con pleno conocimiento de causa. Si la información dada sobre el impacto potencial que la apreciación de la divisa pudiera tener sobre el valor en euros del capital prestado fuera insuficiente, la expresión manuscrita no sanaría por sí misma esta falta de información.

En definitiva, los deberes de transparencia previstos tanto en la OM 5 mayo 1994, como en la vigente OM 28 octubre 2011, se revelan insuficientes para que un prestatario sin conocimientos ni experiencia previa en el mercado de divisas conociera el alcance real del riesgo que la fluctuación de la divisa puede suponer sobre sus obligaciones de restitución de capital y pago de intereses.

El conocimiento por parte de un consumidor medio del impacto que la fluctuación de la divisa podía suponer tanto sobre el pago de las cuotas de amortización, como sobre el capital pendiente de amortizar, requeriría que se le hubiera hecho entrega con anterioridad al contrato de la evolución histórica en los últimos años del tipo de cambio del euro con respecto de la divisa, para que pudiera conocer la probabilidad de depreciación del euro y además que se le hubiera hecho entrega de un documento en el que se contuviera un ejemplo representativo del impacto sobre la cuota mensual a pagar y sobre el capital pendiente de amortización, en caso de un eventual escenario de depreciación del euro. Se produce por tanto, en el ámbito de los préstamos hipotecarios en divisas, una brecha entre el control de transparencia formal, representado por los requisitos de incorporación de las condiciones generales al contrato y por el cumplimiento de las exigencias de la normativa sobre transparencia bancaria y el control de transparencia material o comprensibilidad real.

Por el contrario, en el nuevo régimen de transparencia previsto en los arts. 12 y 13 del Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario, el cumplimiento de las obligaciones de información documental previa y la verificación del control de transparencia material en sede notarial permitiría tener por cumplidos los requerimientos de información sobre el riesgo de fluctuación de la divisas previstos en la STJUE 20 septiembre 2017 y STS 15 noviembre 2017, puesto que en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) debe incluirse una advertencia expresa de que el valor del préstamo, en la moneda nacional del prestatario, puede variar (Sección 3.<sup>a</sup>) y además se deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 %, si en el contrato no hubiese disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20 % (Sección 6.<sup>a</sup>).

La advertencia sobre el riesgo de fluctuación de las divisas ha de reiterarse en la FIAE (Ficha de advertencias estandarizadas) y además en sede notarial no sólo se ha de verificar el cumplimiento de estos deberes de documentación, sino que en el «acta de comprobación del principio de la transparencia material» se deben efectuar por el notario unas pruebas sobre la comprensión por el prestatario del riesgo de fluctuación de la divisa. Cumplidos todos estos requisitos se puede cuanto menos presumir que el prestatario ha prestado su consentimiento con pleno conocimiento de causa sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio sobre las cuotas de amortización y sobre el capital debido, presunción que podría desvirtuarse excepcionalmente, por ejemplo, en caso de que se probase que se habían dado unas explicaciones individualizadas sobre el riesgo de fluctuación inexactas o en caso de que el préstamo en divisas hubiera sido ofrecido a quien por sus condiciones subjetivas, evidentes para la entidad prestamista, no podría en absoluto comprender dicho riesgo por más información que se le diera.

#### IV. EL PERJUICIO PARA EL CONSUMIDOR SEGÚN LA STS 15 NOVIEMBRE 2017 Y SEGÚN EL TJUE

Según la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, de conformidad con el art. 4.2 de la directiva UE/1993/13 y con los arts. 60, 80.1 y 82 TR-LGDCU, las cláusulas que definan el objeto principal que no superen el control de transparencia material pueden ser abusivas por causar un perjuicio para el consumidor, consistente en la alteración subrepticia de su expectativa legítima respecto al precio del contrato y al mismo tiempo en la imposibilidad de escoger la opción, de entre las distintas existentes en el mercado, que mejor se adecua a sus intereses<sup>8,9</sup>. Es decir, conforme a esta doctrina, la falta de transparencia no da lugar a la abusividad automática de la cláusula en cuestión, pues puede haber cláusulas no transparentes relativas al objeto principal del contrato que sean inocuas para el consumidor —de hecho, en los contratos de préstamo lo serán la mayor parte de las cláusulas financieras que describen el procedimiento para el cálculo de las cuotas mensuales—, sino que una cláusula no transparente será abusiva cuando cause un perjuicio para el consumidor, si bien este perjuicio no consiste en que el precio resultante del

<sup>8</sup> Tesis que habíamos sostenido en la obra, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.

<sup>9</sup> Así, por ejemplo, la STS núm. 334/2017, de 25 de mayo de 2017, siguiendo a las precedentes STS 9 mayo 2013, STS 25 marzo 2015 y STS 29 abril 2015, ha dispuesto que: «El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”), porque 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 supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados».

contrato por aplicación de esta cláusula sea caro, sino simplemente en que el precio resultante es distinto del legítimamente esperado por el consumidor.

Siguiendo la anterior doctrina, la STS 15 noviembre 2017 considera que la falta de transparencia de las cláusulas que fijan en divisas el capital del préstamo no es inocua, sino que causa un grave perjuicio para el consumidor, en cuanto que, al ignorar los riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo en divisas con la de otros préstamos existentes en el mercado (FD 8.º, Apartado 43). Además, la STS noviembre 2017 observa que, en el caso concreto que resuelve la inclusión de las cláusulas de divisas en el contrato, produce un desequilibrio de la posición jurídica del prestatario, por estipularse en el contrato un supuesto de vencimiento anticipado para el caso de que la depreciación del euro elevase el contravalor en euros del capital pendiente de amortización por encima de la suma garantizada con la hipoteca. No obstante, este último perjuicio, que es de índole jurídica y no económica, lo que comportaría es la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por depreciación del euro en sí misma, no necesariamente la nulidad de las cláusulas de fijación del préstamo en divisas si éstas hubieran sido transparentes.

De acuerdo con la STS 15 noviembre 2017, la mera imposibilidad de comparar fielmente la oferta del préstamo en divisas con otras ofertas existentes en el mercado y la privación por tanto de haber escogido entre las distintas ofertas la que mejor se adecuara a los intereses del prestatario, es suficiente para declarar la cláusula abusiva conforme al art. 82 TR-LGDCU. Sin embargo, resulta discutible que, de conformidad con la interpretación del art. 4.2 de la directiva UE/13/1993, efectuada por la STJUE 20 septiembre 2017, sea esta imposibilidad de comparación el desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que ha de valorarse para declarar abusiva una cláusula relativa al objeto principal del contrato no transparente. El perjuicio al que se refiere la STJUE 20 septiembre 2017 es un perjuicio económico cuantitativo derivado de la depreciación del euro y, como éste es un perjuicio que se materializa en un momento posterior a la realización del contrato y de acuerdo con el art. 4.1 de la directiva UE/13/1993, el carácter abusivo de una cláusula debe valorarse en el momento de la realización del contrato, considera la STJUE 20 septiembre 2017 que lo que debe tenerse en cuenta es si en el momento de la celebración del contrato, atendiendo al conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento, este perjuicio ocasionado por la depreciación del euro resultaba ya previsible para el prestatario (apartado 58). Por tanto, el perjuicio no deriva de la mera privación de la posibilidad de comparar la oferta con otras por una falta de transparencia, sino del juicio de previsibilidad para el prestamista en el momento de la celebración del contrato de que el riesgo de fluctuación del tipo de cambio perjudicaría al consumidor<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Lo que ya había advertido en su comentario a la STJUE 15 noviembre 2017 AGÜERO ORTIZ, A.: «La hipoteca multidivisa es abusiva si la información sobre las fluctuaciones futuras en el

Conforme al criterio expresado en la STS 15 noviembre 2017, constatada la falta de transparencia en los términos definidos, las cláusulas de fijación del capital y de la obligación de reembolso en una divisa sería automáticamente abusiva, porque es una consecuencia inherente a esta falta de transparencia la privación de la posibilidad de comparar fielmente la oferta del préstamo en divisas con otras<sup>11</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva de la STJUE 20 septiembre 2017, el carácter abusivo de estas cláusulas no sería una derivación automática de la falta de transparencia, sino que se requiere valorar si en el momento de la celebración del contrato era ya previsible que la fijación del préstamo en divisas fuese perjudicial para el prestatario por poder preverse que en el futuro serían más frecuentes los periodos en los que el euro se depreciase que aquéllos en los que se apreciase.

Está claro, por tanto, que el Tribunal Supremo español está siguiendo un criterio distinto al del TJUE en la valoración del carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia<sup>12</sup>, lo cual no quiere decir que la doctrina del Tribunal Supremo español sea contraria a derecho comunitario, teniendo en cuenta que el carácter de mínimos de la directiva UE/1993/13 (art. 8) permite a los ordenamientos nacionales adoptar disposiciones más protectoras para los consumidores que las previstas en la propia directiva, lo que ya ha sido puesto de manifiesto en relación al caso concreto del art. 4.2, directiva UE/1993/13, por la STJUE 3 de junio de 2010 (Asunto C 484-08; Caja Madrid contra Ausbanc).

Aclara también la STS 15 noviembre 2017 que ninguna relevancia tiene en el juicio sobre el carácter abusivo de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisas el hecho de que en el préstamo hipotecario se previera la posibilidad del prestatario de optar por cambiar la divisa inicial por el euro u otra divisa, puesto que la conversión se efectuará al tipo de cambio vigente en el

---

momento de la contratación permitía inferir que el consumidor no habría querido contratarla», *Centro de Estudios de Consumo* (CESCO), <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>, noviembre, 2017, en especial, p. 8.

<sup>11</sup> Lo que ha sido objeto de crítica por CARRASCO PERERA, A.: «Una previsible y fallida sentencia: nulidad y futuro de las hipotecas multidivisa», *op. cit.*, p. 10.

<sup>12</sup> No es la primera vez, pues la STJUE 26 enero 2016 (Asunto C-421/14, Baco Primus, S. A.) sugiere que el carácter abusivo de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia tiene que ver con el carácter objetivamente caro del precio resultante, al disponer que el juzgador deberá comparar «el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado» y a pesar de ello, desde la STS 25 mayo 2017, núm. 324/2017, se sigue insistiendo en que el carácter abusivo de la cláusula suelo tiene que ver con la alteración subrepticia que provoca respecto de la relación precio contra-prestación que creía legítimamente haber pactado, haciendo abstracción de cualquier alteración del tipo resultante, teniendo en cuenta la cláusula suelo con los tipos medios de los préstamos hipotecarios concedidos en la misma época.

momento en que tenga lugar, por lo que, en definitiva, mediante la conversión sólo se estaría trasladando el incremento del capital ya producido, como consecuencia de la apreciación de la divisa, a la moneda propia o a otra divisa escogida por el prestatario, evitándose sólo el riesgo de depreciación de la divisa en el futuro (Fundamento de Derecho Octavo, apartados 46 y 47)<sup>13</sup>.

Además, la posibilidad de conversión no permite eludir la obligación de informar sobre el riesgo real del impacto de la depreciación del euro sobre las cuotas y sobre el capital debido. Tal y como aclara la STS 15 noviembre 2017 (Fundamento de Derecho Octavo, apartado 45), en la Directiva UE/2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencia, la posibilidad de conversión de la divisa, prevista en el art. 23, como uno de los posibles medios a adoptar por el prestamista para limitar el riesgo de fluctuación del tipo de cambio no excluye las obligaciones de información.

## **V. LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO Y SU CONVERSIÓN EN UN PRÉSTAMO EN EUROS**

Según dispone el art. 83 TR-LGDCU, la consecuencia de la declaración del carácter abusivo de una cláusula es la nulidad parcial y la subsistencia del resto del contrato, siempre que el contrato pueda subsistir sin dichas cláusulas.

La STS 15 noviembre 2017 considera que el préstamo hipotecario inicialmente concertado en divisas puede subsistir perfectamente sin las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisas como un préstamo concedido en euros desde el primer momento y amortizado en euros, considerando que en el caso concreto esta solución lo que supone es la sustitución de las cláusulas anuladas por un régimen previsto en el propio contrato, esto es, una autointegración con el contenido del propio contrato (Fundamento de Derecho Octavo, apartados 53 y 54).

Sin embargo, es más que dudoso que la conversión del préstamo concertado en divisas en un préstamo concertado en euros pueda considerarse como una operación de integración del vacío contractual provocado por la nulidad, puesto que lo que prevé el contrato es que el prestatario pueda disponer de distintas alternativas (dejar el préstamo en la divisa inicial, convertirlo a euros o convertirlo a otra divisa), pero no que una de estas alternativas pueda sustituir a otra con efectos retroactivos en caso de indisponibilidad jurídica de la opción inicialmente escogida. La conversión del préstamo inicialmente concedido en divisas en un

---

<sup>13</sup> Este era el criterio que habíamos sostenido en el trabajo precedente, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «Presupuestos para la anulación por error vicio en los préstamos hipotecarios en divisas», *op. cit.*, p. 1199.

préstamo concertado y amortizado en euros desde el inicio en realidad supone una novación contractual operada judicialmente, lo que es más que dudoso que pueda ser una consecuencia que se derive de la nulidad contractual en virtud del art. 1.303 CC.

Pese a ello, la STS 15 noviembre 2017 encuentra apoyo a la tesis de la nulidad parcial en la doctrina del TJUE 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartados 83 y 84) que, constatando el grave perjuicio que supondría para el consumidor la nulidad total de un contrato de préstamo, pues se vería obligado a restituir íntegramente y de una sola vez el capital prestado, admite una integración del vacío contractual dejado por una cláusula relativa al objeto principal del contrato declarada abusiva, incluso con disposiciones de derecho supletorio, para el caso de que la declaración de nulidad de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad. En el caso de la nulidad de las cláusulas de fijación del capital y de la obligación de amortización en una divisa, la conversión del préstamo en un préstamo concertado en euros desde el principio no supone realmente la integración del vacío contractual, la moneda del préstamo, con una disposición de derecho supletorio, pero la decisión del Tribunal Supremo español entronca con el espíritu de la STJUE 30 abril 2014, en cuanto que trata de evitar que una disposición prevista para proteger al consumidor, la nulidad de las cláusulas abusivas, se termine convirtiendo en una penalización para el mismo.

## **VI. LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS**

La STS 15 noviembre 2017, en su fallo, casa la sentencia de apelación recurrida y en su lugar desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, que es la SJPI núm. 84, Madrid, núm. 103/2014, 12 mayo 2014, cuyo pronunciamiento deviene por tanto incólume.

El fallo de la referida SJPI núm. 84, Madrid 12 mayo 2014, tras declarar la nulidad parcial del préstamo «en todos los elementos relativos a la opción multi-divisa», declara que el efecto de esta nulidad es la conversión del préstamo en un préstamo inicialmente concedido en euros, con el tipo de interés de euríbor más 0,82 puntos y además que la nulidad «conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos». Pues bien, esta liquidación de los efectos de la nulidad es contraria al art. 1.303 CC, que establece la regla de la restitución recíproca de las prestaciones, con arreglo al cual el prestatario tiene derecho a la restitución íntegra de lo indebidamente pagado hasta el momento en el que se declara la nulidad.

Lo indebidamente pagado se ha de calcular por la diferencia entre las cantidades efectivamente pagadas por el prestatario, valoradas en euros, desde el momento de realización del contrato, en concepto de amortización del capital y pago de intereses nominales y las cantidades que debería haber pagado si el préstamo se hubiera concertado desde el inicio en euros, con el tipo de interés correspondiente, cálculo que, conforme al art. 219.2 LEC, puede liquidarse en ejecución de sentencia. Sin embargo, la SJPI núm. 84, Madrid, 12 mayo 2014, no corregida en este punto por la STS 15 noviembre 2017, no efectúa esta operación de cálculo de lo indebidamente cobrado, por la diferencia entre las cantidades pagadas y lo que debiera haberse pagado, sino que considera que el saldo pendiente de amortización será el resultado de disminuir al capital inicialmente prestado, valorado en euros, todas las cantidades pagadas hasta el momento por el prestatario, no sólo en concepto de amortización de capital, sino también de pago de intereses nominales. Al imputar la sentencia de primera instancia los intereses nominales pagados a la amortización del capital, el efecto que produce es que el préstamo ha quedado hasta la fecha de la sentencia como un préstamo gratuito o sin interés, lo que no solamente es contrario al art. 1.303 CC, pues el efecto patrimonial de la nulidad resulta más beneficioso para el prestatario que la restitución de lo indebidamente cobrado —lo que puede significar un enriquecimiento injusto del consumidor por el exceso—, sino que además resulta incongruente con el resto del fallo de la sentencia, que había declarado que la consecuencia de la nulidad era que el préstamo fuera considerado desde su inicio como un préstamo en euros, con un tipo de interés nominal determinado, no como un préstamo gratuito hasta el momento de dictarse sentencia<sup>14</sup>.

*(Trabajo recibido el 18/12/2017  
y aceptado para su publicación el 28/12/2017)*

---

<sup>14</sup> El exceso de imputar las cantidades pagadas en concepto de intereses nominales a la amortización del capital ha sido también denunciado por CARRASCO PERERA, A.: «Una previsible y fallida sentencia: nulidad y futuro de las hipotecas multidivisas», p. 2.

## **DERECHO SOCIETARIO**

### **LA SENTENCIA DEL TJUE DE 25 DE OCTUBRE DE 2017 («POLBUD»)**

BLANCA VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA

*Doctora en Derecho. Notario*

#### **EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y CUESTION PREJUDICIAL**

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «STJUE» o «la sentencia», indistintamente) de veinticinco de octubre de dos mil diecisiete resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Polonia sobre la interpretación de los artículos 49 y 54 TFUE, que establecen lo siguiente: El artículo 49: «En el marco de las disposiciones siguientes quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales».

El artículo 54 señala: «Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende

las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

Expuestos los dos preceptos del Tratado que determinan el concepto de libertad de establecimiento, su ámbito de aplicación y la prohibición a la restricción de tal libertad, pasamos a exponer los hechos que dieron lugar al planteamiento por el Tribunal Supremo de Polonia de la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en la sentencia.

1. La Junta general de la sociedad Polbud, sociedad de responsabilidad limitada de Polonia, adoptó el 30 de septiembre de 2011 un acuerdo de traslado de domicilio social a Luxemburgo.
2. El 19 de octubre de ese mismo año se presentó una solicitud de inscripción del inicio del procedimiento de liquidación ante el Registro Mercantil, inscribiéndose tal inicio y nombrándose por éste un liquidador.
3. El 28 de mayo de 2013 la Junta general de socios de Consoil Geotechnik Sàrl, cuyo domicilio social se encuentra en Luxemburgo, adoptó un acuerdo ejecutando el inicial de 30 de septiembre de 2011 trasladando el domicilio social a Luxemburgo, para someterla a este derecho y sin perder la personalidad jurídica. En esta fecha, la sociedad cambio de denominación, adoptando la de Consoil Geotechnik.
4. El 24 de junio de 2013 Polbud presentó una solicitud de cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil polaco, sobre la base del traslado anterior de domicilio a Luxemburgo y éste le pidió una serie de documentos de conformidad con lo previsto en el artículo 288 del código de sociedades mercantiles, que regula la liquidación de la sociedad que ha de llevarse a cabo en los casos de traslados de domicilio social al extranjero (en relación con el art. 270 y 272, Código de Sociedades Mercantiles).
5. Polbud consideró que no debía aportarse tal documentación, pues no había un proceso de liquidación, sino tan sólo de traslado internacional del domicilio. El Registro Mercantil denegó la solicitud de cancelación registral por falta de aportación de los documentos. Esta resolución fue objeto de recursos por Polbud —todos desestimados— hasta que se llegó al Tribunal Supremo polaco, que planteó la cuestión prejudicial, que es resuelta por la sentencia que comentamos.

Las cuestiones concretas planteadas por el Tribunal Supremo son las siguientes:

- 1) Los artículos 49 y 54 TFUE, ¿se oponen al Derecho interno de un Estado miembro que condiciona la cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil a la disolución y liquidación de dicha sociedad, cuando ésta ha sido reconstituida en otro Estado miembro conservando la personalidad jurídica?

Si la respuesta es negativa, el Tribunal plantea dos cuestiones más:

- 2) ¿Pueden interpretarse los artículos 49 y 54 TFUE en el sentido de que los requisitos procedimentales y sustantivos de liquidación, impuestos por el derecho interno previos a la cancelación, constituyen un medio adecuado, necesario y proporcional para salvaguardar el interés general digno de tutela de protección de acreedores, socios minoritarios y trabajadores? Y, en tercer lugar,
- 3) ¿Deben interpretarse los artículos 49 y 54 TFUE en el sentido de que el traslado de domicilio social estatutario a otro Estado miembro a efectos de transformación en una sociedad de dicho Estado, sin cambiar el domicilio de su sede de actividad principal, que se mantiene en el Estado originario de constitución, constituye una restricción a la libertad de establecimiento?

## 2. LA SENTENCIA

El TJUE resuelve en primer lugar la tercera cuestión y trata de determinar si la libertad de establecimiento ampara una transformación transfronteriza, consistente en que la sociedad traslada su domicilio a otro Estado miembro y se constituye conforme al ordenamiento del Estado de acogida, conservando su personalidad jurídica, cuando dicho traslado únicamente se refiere al domicilio social, pero no al real. En definitiva, se trata de determinar si la libertad de establecimiento debe aplicarse en este caso en que no hay traslado de sede real, sino únicamente de sede estatutaria. El TJUE concluye que sí. Considera, sobre la base de sentencias anteriores, que no es un abuso en sí mismo el hecho de establecer el domicilio social o real de una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro para disfrutar de un régimen más ventajoso (en este sentido también la sentencia Centros). Además reitera la idea de que cada Estado miembro tiene libertad para definir el criterio de conexión exigido a una sociedad para considerarla constituida conforme a su ordenamiento interno (esto ya se reconocía en el caso *Daily Mail*). Por ello, señala que el Estado de origen, cuando la sociedad se ha transformado conforme a la legislación del Estado de acogida, no puede imponer exigencias más restrictivas que las que rigen una transformación interna, de manera que se impida o disuada a llevar a cabo tal clase de transformaciones transfronterizas.

El TJUE, una vez resuelta la tercera cuestión prejudicial, trata conjuntamente la primera y segunda. Se trata de determinar si los repetidos artículos 49 y 54 TFUE se oponen a la legislación interna del Estado de origen que exige la liquidación de la sociedad para obtener la cancelación de su inscripción registral en el Estado de origen, una vez efectuada la transformación transfronteriza. El TJUE afirma que, al exigir la liquidación de la sociedad, se puede obstaculizar o impedir la transformación transfronteriza, por lo que constituye una restricción a la libertad de establecimiento.

A continuación, en la sentencia se trata de analizar si existen razones imperiosas de interés general para admitir una restricción a la libertad de establecimiento y además se estudia si las medidas restrictivas impuestas por la legislación son adecuadas y necesarias o proporcionadas. Es jurisprudencia reiterada del TJUE que han de cumplirse estas exigencias para admitir las restricciones a la libertad de establecimiento. Por parte del TS polaco, se considera que la restricción a la libertad de establecimiento en este caso está justificada por el deseo de proteger a acreedores, socios minoritarios y trabajadores de la sociedad. El TJUE ha reconocido en numerosas ocasiones que la protección de tales intereses se incluye dentro de las razones imperiosas de interés general que amparan las restricciones a la libertad de establecimiento. Ahora bien, además, conforme a la jurisprudencia, las medidas impuestas han de cumplir dos exigencias: i) adecuación y ii) proporcionalidad o necesidad. La legislación mercantil polaca exige la liquidación societaria de una manera objetiva. Es decir, sin considerar en el caso concreto si existe riesgo real de causar un daño a los acreedores, minoritarios o trabajadores y sin prever la posibilidad de adoptar medidas menos intensas que pudieran proteger tales intereses. A modo de ejemplo, y siguiendo a la Comisión Europea, para proteger a los acreedores podrían exigirse garantías bancarias o equivalentes. También se alega por el Gobierno Polaco como fundamento de tal medida la de la lucha contra el fraude y contra los abusos. La sentencia concluye que no es en sí mismo abusivo el establecimiento del domicilio, social o real, de una sociedad conforme a la legislación de otro Estado miembro con el objetivo de lograr una legislación más favorable. Por tanto, considera que la exigencia de la liquidación supone una presunción general de abuso y debe entenderse desproporcionada. Es decir, la libertad de establecimiento prevista en los artículos 49 y 54 TFUE se opone a la normativa interna que exige para la transformación transfronteriza la liquidación en el Estado de origen.

### 3. COMENTARIO

La sentencia que comentamos profundiza en defensa del principio de libertad de establecimiento y de la limitación a las restricciones al mismo. Permite el traslado de domicilio a otro Estado miembro, cuando se cumplan todos los requisitos exigidos por la legislación del Estado de acogida para ostentar personalidad jurí-

dica y sin que se traslade la sede efectiva o el domicilio real. Es decir, admite el traslado de sede social al extranjero con el consiguiente cambio de legislación aplicable y nacionalidad sin que vaya acompañado de un traslado de sede real. La sentencia es contundente: lo admite incluso aunque las principales actividades económicas, o todas ellas, se realicen en el primer Estado miembro. Esta libre elección de legislación aplicable se admite no sólo en la fase de constitución de la sociedad (caso Centros), sino con posterioridad, a través de la transformación transfronteriza. Esta solución ha de mantenerse mientras no exista una armonización en el Derecho de la Unión Europea sobre los criterios de conexión que determinan el Derecho interno aplicable a una determinada sociedad y, por tanto, mientras sea competencia de cada Estado su determinación, considerándose equivalentes por el TJUE el domicilio social, administración central y el centro de actividad principal.

La sentencia favorece una mayor competencia entre legislaciones de Estados miembros de la UE. Ahora bien, generará una postergación de aquellos en los que se siga el criterio de la sede real (como es el caso de la legislación española). Dichas transformaciones transfronterizas sin cambio de sede real solo podrán hacerse a favor de países que sigan el principio de la incorporación. Es decir, que solamente exijan para ostentar personalidad jurídica la constitución conforme a la legislación reguladora, con independencia del lugar en que radique la sede real. Para que las transformaciones transfronterizas puedan realizarse a favor de un Estado como España u otros en los que se siga el principio de sede real deberá trasladarse no sólo el domicilio social, sino el real. Ello evidencia que implicará mayores dificultades y que no podrán conseguirse estos traslados sociales si no son efectivos. Es decir, en éstos la voluntad ha de ser real y no bastará con la intención de acogerse (por motivos que pueden ser muy diversos) a una legislación más favorable manteniendo la actividad en el Estado originario.

Por tanto, creará un régimen de competencia entre las legislaciones de los distintos Estados miembros. Las transformaciones transfronterizas podrán venir motivadas por la aplicación de legislaciones internas más competitivas o desarrolladas, no cabe duda. Desde este punto de vista, debemos aplaudir la sentencia. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto<sup>1</sup>, puede amparar transformaciones transfronterizas de sede social, pero no de sede real, con el único deseo de llevar a cabo conductas abusivas. Así, en búsqueda de aquellas legislaciones que sean menos protectoras de los derechos de los socios minoritarios o de los acreedores. Incluso en beneficio de legislaciones que impongan menos controles notariales o registrales. O menor control de blanqueo de capitales. Conductas todas éstas que solo perjudican a la seguridad jurídica que ha de imperar en el conjunto de la Unión Europea.

---

<sup>1</sup> En este sentido, v. ÁLVAREZ ROYO -VILLANOVA, S. en [www.almacendederecho.org](http://www.almacendederecho.org) y en [www.hayderecho.com](http://www.hayderecho.com)

Desde el punto de vista del Derecho español, el artículo 8 de la Ley de Sociedades de Capital establece que serán españolas y, en consecuencia, se les aplicará la LSC a aquellas sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, con independencia del lugar en que se hubieran constituido. Por su parte, el artículo 9 LSC establece las reglas para la fijación del domicilio de las sociedades, que habrá de encontrarse: a) en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o b) en el lugar en el que radique su principal establecimiento o explotación. Asimismo, señala que aquellas sociedades cuyo principal establecimiento o explotación se encuentre en España deberán tener su domicilio en este país. Por otro lado, se prevé una norma de protección de los terceros, ya que cuando exista discordancia entre el domicilio estatutario y el que habría de corresponder conforme a las reglas previstas en el artículo 9, aquéllos podrán considerar el que tengan por conveniente (art. 10 LSC). De estos tres preceptos se concluye que en nuestro ordenamiento jurídico rige el criterio de sede real, por lo que, como ya hemos apuntado anteriormente, no podrán efectuarse tales transformaciones transfronterizas si las mismas no llevan aparejado el cambio de sede real. Ello se deduce también del artículo 94 de la Ley de Modificaciones Estructurales, que regula el traslado internacional del domicilio, al señalar que, para llevar a cabo tal traslado a España, la sociedad deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España.

*(Trabajo recibido el 20/12/2017  
y aceptado para su publicación el 28/12/2017)*

## DERECHO CONCURSAL

### UN FINAL *MADE IN HOLLYWOOD* PARA EL CIERRE EN FALSO DEL CONCURSO

RICARDO CABANAS TREJO  
LETICIA BALLESTER AZPITARTE

*Notarios de Torredembarra*

#### RESUMEN

La doctrina de la DGRN sobre la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, los efectos de la cancelación de la inscripción en el Registro mercantil y el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada como garantía para los acreedores, tras la reforma concursal de 2011, está firmemente asentada. Tras resolver el caso de la posterior ejecución singular de bienes (res. de 14 de diciembre de 2016) o la venta de un bien social (res. de 10 de marzo de 2017), el órgano administrativo aborda ahora una auténtica liquidación societaria *posconcursal*, dando lugar a la resolución de 30 de agosto de 2017, quedando únicamente por ver si admitirá la inscripción independiente del cargo de liquidador.

**Palabras clave:** concurso sin masa, concurso exprés, Registro mercantil, liquidación societaria, nombramiento de liquidador, remisión de deudas, personalidad jurídica, cancelación, reapertura del concurso.

## A HOLLYWOOD ENDING FOR PAPERING OVER INSOLVENCIES

RICARDO CABANAS TREJO  
LETICIA BALLESTER AZPITARTE  
*Notaries Public*

### ABSTRACT

The General Direction of Registries and Notaries has a firmly established doctrine regarding the termination of the arrangement procedure with creditors when there is no property nor assets to face the liabilities, the effects of the cancellation of the company's registration at the Commercial Registry, and the continuation of its legal personality as a guarantee for creditors, as it is regulated after the 2011 reform of the Bankruptcy Act. After solving the specific case of a subsequent seizure of individual assets, which could be requested anew (res. of December 14th 2016), and the sale of a single good of the company (res. of March 10th 2017), the administrative authority faces now an authentic procedure for winding up the company —according to the Companies Act— after the bankruptcy procedure's termination and the cancellation of its registration, resulting in the resolution of August 30th 2017. There is only one more issue to be determined, and that is the registration alone of the appointment of the liquidator or clearing partner.

**Keywords:** no asset procedure (NAP), express insolvency procedure, Commercial Registry, winding up of companies, appointment of liquidator or clearing partner, debts discharge, legal personality, cancellation, reopening of bankruptcy.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO. DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE EL CIERRE EN FALSO DEL CONCURSO.—II. NOVEDADES TRAS LA RESOLUCIÓN DE 30 DE AGOSTO DE 2017 Y CASOS QUE QUEDAN AÚN POR PLANTEARSE.

## **I. PLANTEAMIENTO. DOCTRINA DE LA DGRN SOBRE EL CIERRE EN FALSO DEL CONCURSO**

La Resolución de la DGRN de 30 de agosto de 2017 constituye un nuevo hito en la doctrina de dicho órgano relativa al concurso sin masa: particularmente, en lo que se refiere a los efectos de la cancelación de la inscripción de una sociedad en el Registro mercantil y el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada como garantía para los acreedores. Como expusimos de manera extensa en el artículo publicado en el número 67 de esta misma Revista («Registro de la propiedad y cierre en falso del concurso: un *thriller* en tres episodios... que ya veremos cómo acaba»), la doctrina del mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada como centro de residual de imputación, en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas respecto de los acreedores subsistentes, está firmemente asentada en la DGRN, si bien quedaba aún por plantearse la posibilidad de inscripción en el Registro mercantil (RM) de la escritura posterior de disolución y liquidación social complementaria —caso que plantea en esta ocasión la res. de la DGRN de 30 de agosto de 2017, que da lugar al presente comentario— y, eventualmente, la inscripción del nombramiento del cargo de liquidador.

Desde la reforma concursal de 2011, se prevé como causa de conclusión del concurso la comprobación, en cualquier estado del procedimiento, de la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 176.1.3.º LC), que procederá cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa —salvo que el Juzgado de lo Mercantil (JM) considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente— (art. 176 bis LC). También cabe acordar esta conclusión incluso en el mismo auto de declaración de concurso, si el juez aprecia esta insuficiencia de manera evidente, dando lugar al «concurso exprés»: tratándose de una declaración-liquidación simultánea, no se procede al nombramiento de un administrador concursal, ni se inicia la realización del patrimonio social.

En ambos casos, de acuerdo con el art. 178.3 LC, la conclusión por insuficiencia de masa activa supone la extinción y cancelación registral del deudor persona jurídica (no la remisión de deudas, sólo prevista en el art. 178 bis LC para las personas físicas), pero se mantiene su personalidad jurídica «controlada» o «limitada» a la liquidación del patrimonio del que se ha dejado constancia en el concurso. Quedando excluido el caso de que hubiera activo sobrevenido —donde tendrían que reanudarse las operaciones liquidatorias en el ámbito del procedimiento concursal y bajo la dirección del mismo Juzgado que conoció el primer concurso fallido—, es evidente que los administradores (incluso si hubieran sido cesados por razón de la apertura de la fase de liquidación concursal, ex art. 145.2 LC), deben seguir procurando la liquidación del haber social, aunque sea mediante convocatoria de Junta general para un nuevo nombramiento que la haga posible o acudiendo al nombramiento del secretario judicial o del registrador mercantil previsto en el art. 377 de la LSC.

Recientemente, la res. de la DGRN de 14 de diciembre de 2016 había resuelto el supuesto de una ejecución singular sobre bienes de una sociedad ya cancelada en el RM, pero con inmuebles inscritos a su nombre en el Registro de la propiedad (RP). La Ley de Emprendedores de 2013, al introducir la exoneración parcial del pasivo insatisfecho en el concurso de la persona física, suprimió —presumiblemente, por error— el art. 178.2 de la LC respecto de las personas jurídicas, que recogía anteriormente, sin mayor distinción, la posibilidad de los acreedores de iniciar ejecuciones singulares en tanto no tuviera lugar la reapertura del concurso<sup>1</sup>. Sin embargo, no existiendo la remisión de deudas sino para la persona natural (art. 178 bis LC), cabe despachar la orden de ejecución y practicar anotación preventiva de embargo, entiende la DG, sin necesidad de proceder a la reapertura del concurso (art. 179 LC), pero debiendo entonces acreditar mediante resolución del JM si el bien se incluyó en la masa activa y si se vio afectada por las operaciones aprobadas en el plan de liquidación (en realidad, entendemos que por error, el bien en cuestión no se incluyó en la unidad productiva objeto de enajenación mediante subasta).

Posteriormente, en la resolución de 10 de marzo de 2017 se admitió la inscripción en el RP de una escritura de venta y otra de cancelación de los préstamos hipotecarios que gravaban la finca, previa condonación a la entidad deudora (la

---

<sup>1</sup> En todo caso, sí se habría perdido la equiparación de la inclusión del crédito en la lista definitiva de acreedores a una sentencia de condena firme. Precisamente por ello, y en casos de liquidación posterior, para hacer efectiva la responsabilidad solidaria de los antiguos socios respecto de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación (art. 399 de la LSC) —lo que justifica la inscripción prevista en el art. 248 del RRM, utilizado como argumento clave para la nueva resolución de 30 de agosto de 2017—, resulta conveniente dirigir la demanda contra la sociedad cancelada, obteniendo un reconocimiento judicial del crédito que debería haber formado parte de la liquidación, haciendo así que la practicada no pueda ser considerada definitiva.

sociedad cancelada tras su «concurso exprés») de la parte de crédito no cubierta con el importe de la venta, otorgándose carta de pago por la totalidad de la deuda. Se trataba de un supuesto relativamente sencillo, pues la sociedad había entrado y salido del concurso con el órgano de administración intacto, pudiendo llevar a cabo la liquidación societaria *posconcurstral* de manera controlada y con la amenaza latente de responsabilidad por una posible irregularidad sobrevenida. En definitiva, era la primera vez que dicha actuación se producía frente a un tercero (y no estrictamente en el ámbito interno de la sociedad cancelada), poniéndose de manifiesto las contradicciones de la doctrina sobre los efectos del asiento cancelatorio como presunción de extinción de la sociedad «en favor o en garantía de terceros de buena fe» (Res. DG de 2016), siendo precisamente el tercero el principal perjudicado de haber perdido, por la cancelación del historial registral de la sociedad, el cargo orgánico inscrito al adquirir bienes o pagar deudas a la sociedad.

## II. NOVEDADES TRAS LA RESOLUCIÓN DE 30 DE AGOSTO DE 2017 Y CASOS QUE QUEDAN AÚN POR PLANTEARSE

Podemos decir que finalmente ha llegado a la DG un supuesto de auténtica liquidación societaria posterior al concurso fallido (y no una mera ejecución singular), dando lugar a la reciente resolución de 30 de agosto de 2017. Habiéndose hecho constar en el RM la extinción de la sociedad con cancelación de la hoja registral en un concurso *exprés*, como consecuencia del auto de declaración y simultáneamente de cierre del concurso de acreedores, sería improcedente, como regla general, inscribir una ulterior escritura de extinción de dicha sociedad. Ahora bien, de acuerdo con la tesis jurisprudencial de que la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación (STS de 25 de julio de 2012, rec. 1570/2009), produciéndose la definitiva desaparición de la sociedad sólo cuando la cancelación responda a una situación real —o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir (lo que por definición no puede haber ocurrido en el concurso *exprés*, pues el concurso se ha declarado y concluido en el mismo acto, sin pasar por el trámite intermedio de la apertura de la liquidación)—, la liquidación societaria complementaria, fuera del concurso, no debe quedar al margen del RM.

Retirado el Derecho concursal —no necesariamente de forma definitiva, pues siempre cabe la reapertura del concurso en caso de aparición de nuevos bienes o derechos de los que no se hubiera tenido constancia en el concurso<sup>2</sup>—, el espacio

---

<sup>2</sup> Dicha reapertura podría ser también una reapertura *exprés* si el JM considerase que los activos descubiertos tampoco cubren los posibles créditos contra la masa, lo que obligaría a continuar con la liquidación societaria. Por ello, autores como EMPARANZA, A.: «La extinción de la sociedad como efecto de la conclusión del concurso», en AAVV, *La liquidación de la masa activa*, dir. por A. ROJO, J. QUIJANO y A. B. CAMPUZANO, Cizur Menor, 2014, págs. 739-754, entienden que la reapertura sólo podrá tener lugar cuando los bienes encontrados sean suficientes para hacer frente a

sólo puede ser completado por el Derecho societario a los efectos de liquidar las relaciones jurídicas pendientes. El cierre de la hoja registral, por su propia configuración, debe admitir posibles asientos posteriores<sup>3</sup>. La DG, en su resolución de 30 de agosto, reconoce que el nombramiento de liquidador es una vicisitud posterior a la cancelación que interesa a terceros; y, sin duda, las operaciones de liquidación reflejadas en la escritura calificada (aprobación del balance de liquidación y reparto del exiguó activo resultante) constituyen otras vicisitudes de la sociedad que interesan también al liquidador, en cuanto comportan un efectivo cumplimiento de su cometido, de suerte que está justificado su reflejo registral «post mortem». Por lo demás, tal constancia registral tiene claro apoyo en la aplicación analógica de lo establecido en el art. 248 RRM, respecto de la inscripción —no obstante la cancelación efectuada— del valor de la cuota adicional de liquidación que hubiera correspondido a cada uno de los antiguos socios en caso de activo sobrevenido.

La DG parece haber abandonado la necesidad de exagerar los efectos propios del asiento cancelatorio como presunción de extinción de la sociedad «a favor o en garantía de terceros de buena fe», prescindiendo de esta última coletilla —al menos en su más reciente resolución—, al considerar que la extinción prevista en el art. 178.3 LC tiene por objeto principal evitar que la sociedad deudora e insolvente pueda seguir operando en el tráfico con normalidad. Como veníamos argumentando, en efecto, lo que debe evitarse es cualquier actuación societaria al margen de la liquidación del patrimonio del que se dejó constancia en el concurso «mal concluido» (para eso se forjaron precisamente los conceptos de irregularidad societaria y de sociedad general del tráfico), pero mientras no se exceda de la actividad estrictamente liquidatoria, no hay razón para privar al tercero de los efectos propios de la legitimación registral<sup>4</sup>.

---

los gastos, «ya que si no lo fueran no tendría sentido volver a abrir el procedimiento concursal». En todo caso, sería una reapertura muy singular, pues hubo vida societaria durante el intervalo, con salida de bienes y posible responsabilidad de los liquidadores, siendo el concurso la manera de controlar también cómo se hizo esa liquidación y de fijar esas responsabilidades.

<sup>3</sup> Nótese que este principio puede también operar a la inversa: esto es, una sociedad que hubiera sido cancelada siguiendo el procedimiento societario habitual también es susceptible de ser declarada en concurso, sin que se produzca una reapertura de su historial, sino simplemente una nueva inscripción por mandamiento judicial para hacer posible los sucesivos asientos del concurso, y sólo los de éste. Véase la SAP de A Coruña [3] de 20/3/2009, rec. 427/2008, a cuyo tenor «la sociedad se extingue cuando se disuelve, y puede disolverse si cumple cierta *condictio iuris*: que el proceso de liquidación se haya efectuado correctamente; en otro caso, subsiste su personalidad durante todo el tiempo que sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones que tenga pendientes». Se cita el art. 322.3 del RRM, que señala que «*si no estuviera inscrita en el Registro Mercantil la sociedad mercantil que hubiera sido declarada en concurso de acreedores, se procederá a su inscripción [:] en el caso de que faltara la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de un mandamiento judicial, que deberá contener, al menos, la denominación y el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios de los que el juez tenga constancia*».

<sup>4</sup> Nuevamente podría utilizarse como argumento el art. 248 del RRM, esta vez su último párrafo, que señala que *en el caso de que el Juez competente hubiere acordado el nombramiento de persona que sustituya a los liquidadores para la conversión en dinero de los bienes y derechos a*

Sentadas las bases para que «el nombramiento de liquidador [sea] una vicisitud posterior a la cancelación que interesa a terceros», quedan aún por plantearse supuestos en los que no sea tan fácil determinar esta figura, por no ser estrictamente un concurso con declaración y conclusión simultánea, en el que el órgano social recupera sin más la normalidad. La inscripción de la cancelación en el Registro mercantil no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo, dice la DG en la resolución de 30 de agosto, y lo mismo puede decirse de la que refleja el cargo de liquidador. Independientemente de que la sociedad ya estuviera disuelta al solicitar el concurso, de que lo fuera por efecto de la apertura de la fase de liquidación o de que faltase esta disolución formal (como en el caso del concurso *exprés* que dio lugar a la resolución comentada), la declaración de extinción y la cancelación registral la ponen automáticamente en estado de liquidación, sin necesidad de acuerdo específico de disolución por la Junta general<sup>5</sup>, y hacen imprescindible la existencia de un liquidador que pueda desarrollar su labor sin trabas innecesarias.

Por tanto, más allá de la disolución, liquidación y extinción posterior al concurso que se inscriban en virtud de un mismo acto (como en la última resolución comentada) con nombramiento de liquidador incluido, queda por ver si la DG permitirá otorgar amparo registral independiente al cargo de liquidador, dando a su doctrina un auténtico final *made in Hollywood*. Y ello tanto en los supuestos de continuación en el cargo, como en los casos de nuevo nombramiento por la Junta, por el secretario judicial o registrador mercantil, o simplemente por efecto de la conversión automática que regula el art. 376.1 de la LSC (aunque la referencia temporal ha de entenderse hecha a la conclusión del concurso y no a la disolución de la sociedad). No debe existir inconveniente para su inscripción, siempre que se deje muy claro en el nombramiento que su función queda limitada a la liquidación del patrimonio que formó parte del concurso, pues la aparición de nuevos bienes, como hemos dicho, cortocircuita esa liquidación societaria *posconcursal*, obligando a la reapertura del concurso.

(Trabajo recibido el 14/11/2017  
y aceptado para su publicación el 15/12/2017)

---

que se refiere el apartado primero y para la adjudicación de la cuota adicional a los antiguos socios, el Registrador Mercantil, no obstante la cancelación efectuada, procederá a inscribir el nombramiento de dicha persona en virtud de testimonio judicial de la resolución correspondiente. También el art. 400 de la LSC, que atribuye la representación a los antiguos liquidadores para la formalización de actos jurídicos en nombre de la sociedad, tras su cancelación.

<sup>5</sup> Sí que considera necesario el acuerdo de disolución que dé cobertura a la liquidación societaria en este último caso FUENTES DEVESA, R.: *La declaración y conclusión simultánea de concurso o concurso exprés*, Madrid, 2013, pág. 59.



# COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOBRE LOS REQUISITOS PARA LA CANCELACIÓN REGISTRAL DE LAS CARGAS POR MANDAMIENTO JUDICIAL EN UN CONCURSO DE ACREEDORES

GUILLERMO PÉREZ-OLIVARES DELGADO

*Socio en Nuvagest Concursal*

## RESUMEN

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017, que trae causa originalmente en la demanda interpuesta frente a la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 18 de noviembre de 2013, aborda dos cuestiones trascendentales que afectan a las garantías de los acreedores con privilegio especial, en la enajenación de los activos con cargas hipotecarias en el marco de la fase de liquidación de un concurso de acreedores y, concretamente, en los casos en que estos bienes se transmitan dentro de una unidad de negocio.

Así, la sentencia que nos ocupa analiza en primer lugar, en un plano formal, la capacidad del registrador de calificar los requisitos legales que garantizan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Y en segundo lugar, entrando en el fondo de la cuestión planteada, revisa el procedimiento de venta de activos, sobre los que recaigan garantías reales, durante la fase de liquidación de los concursos, en concreto en los casos en los que este bien forme parte de una unidad de negocio que se transmite en bloque. Y lo hace desde la perspectiva de la protección de los derechos acreedores con privilegio especial, en las distintas redacciones que han sufrido los referidos artículos de la Ley Concursal, exponiendo cuál debe ser la participación de estos acreedores en el proceso de venta, para poder garantizar que sus derechos han sido respetados, más allá de la potestad para impugnar el plan de liquidación presentado por el administrador concursal.

**Palabras clave:** plan de liquidación, reglas legales supletorias, autorización judicial de venta, unidad de negocio, calificación documentos judiciales, subasta pública, privilegio especial.

**COMMENTARY ON THE JUDGMENT  
OF THE SUPREME COURT OF NOVEMBER 21, 2017,  
ON THE CANCELLATION OF THE CHARGES BY COURT  
ORDER IN A BANKRUPTCY PROCEEDING**

GUILLERMO PÉREZ-OLIVARES DELGADO

*Partner in Nuvagest Concursal*

**ABSTRACT**

The Judgment of the First Chamber of the Supreme Court of November 21, 2017, which originally raises cause in the lawsuit filed against the Resolution of the General Directorate of the Registries and the Notary of November 18, 2013, addresses two important issues that affect the guarantees of creditors with special privileges, in the alienation of assets with mortgage charges, within the context of the liquidation phase of a bankruptcy proceeding and specifically when these assets are transferred within a business unit.

Thus, the Judgment before us analyzes, first of all, on a formal level, the ability of the registrar to qualify the legal requirements that guarantee the rights of the holders of the rights registered in the Property Registry, in accordance with article 18 of the Mortgage Law in relation to article 100 of the Mortgage Regulation. And secondly, entering into the substance of the question raised it reviews the procedure for the sale of assets, on which real guarantees fall, during the liquidation phase of the bankruptcy proceedings, specifically in cases in which this asset forms part of a business unit that is transmitted en bloc. And it does so from the perspective of the protection of creditor rights with special privilege, in the different versions that have suffered the aforementioned articles of the Bankruptcy Law, stating what the participation of these creditors should be in the sale process in order to guarantee that his rights have been respected, beyond the power to challenge the liquidation plan presented by the trustee in bankruptcy.

**Keywords:** liquidation plan, supplementary legal rules, judicial authorization of sale, business unit, qualification of judicial documents, public auction, special privilege.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ALCANCE DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA DEL ARTÍCULO 100 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.—III. LA LIQUIDACIÓN DE ACTIVOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL.—IV. VENTA DE UNIDADES DE NEGOCIO QUE INCLUYAN ACTIVOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL.

## I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la vocación de la legislación concursal ha sido desde su promulgación y con más intensidad si cabe tras cada una de las múltiples reformas que ha sufrido en los últimos años, la continuidad de las empresas, con el mantenimiento de la actividad y los puestos de trabajo, materializado en el mejor de los casos a través de un convenio con los acreedores, la mayoría de los concursos de acreedores concluyen con la apertura de la fase de liquidación.

En las liquidaciones concursales, las expectativas de recobro por parte de los acreedores normalmente son mínimas para los acreedores ordinarios, e incluso para los que han sido calificados con un privilegio general, pues nos encontramos ante unos activos muy devaluados por la falta de mantenimiento, la pérdida de actividad y la saturación del mercado de estos bienes de segunda mano. Sin embargo, en este sentido, los acreedores cuyos créditos gozan de garantía reales inscritas ostentan un estatus diferente, pues la afección de su crédito a un bien en particular debiendo hacerse el pago, según dispone el artículo 155.1 de la Ley Concursal, con cargo a los bienes y derechos afectos, aunque sean objeto de ejecución separada o colectiva.

Tras las sucesivas reformas operadas en la redacción de los artículos 148, 149 y 155 de la Ley Concursal, existían discrepancias en torno a la forma de enajenación de estos bienes y a la participación del acreedor hipotecario en el proceso. Discrepancias que esta sentencia, en la misma línea que la de 23 de julio de 2013 o las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, como la de 11 de septiembre de 2017, ayudan a solventar.

La afección al activo sobre el que recae la garantía real supone que, al menos hasta el valor que éste alcance en la enajenación, esté garantizado el cobro. Y lo está tanto en los supuestos en los que la venta se produce en el marco de una eje-

cución separada que se reanuda con la apertura de la liquidación, artículos 56 y 57 de la Ley Concursal, como cuando esta enajenación se realiza dentro del plan de liquidación del concurso. La venta a través de un procedimiento de ejecución separada no plantea mayores cuestiones, pues debe seguirse el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo enajenarse a través de una subasta pública.

El problema se plantea en este segundo, pues si bien se fija la subasta como vía habitual, se permite que con ciertas condiciones pueda acudir a otras vías. Es la interpretación de estas condiciones la que ha generado reiteradas controversias entre administradores concursales y acreedores con créditos calificados con privilegios especiales al incluirse en los planes de liquidación fórmulas de venta, distintos de la subasta, que si bien buscaban maximizar el valor, por las circunstancias del mercado no alcanzaban en su realización el importe de la garantía real y tampoco contaban en sus trámites con la autorización expresa del acreedor.

En este sentido, la sentencia que nos ocupa trata dos cuestiones bien diferenciadas, pero que no son sino distintas manifestaciones de esta protección que se otorga a acreedor con privilegio especial y que expondremos a continuación de forma diferenciada:

- a) La función calificadora del registrador de la propiedad respecto de los documentos judiciales, en concreto de un mandamiento de cancelación de cargas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y del artículo 100 del Reglamento Hipotecario.
- b) Las condiciones y garantías que deben cumplirse, en los procedimientos de enajenación de activos, sobre los que recaigan cargas inscritas en el Registro de la Propiedad, dentro de la fase de liquidación de un concurso de acreedores, y más concretamente cuando esta enajenación se produzca en el marco de la venta de una unidad de negocio de la que formen parte estos bienes.

## **II. EL ALCANCE DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA DEL ARTÍCULO 100 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO**

Durante el transcurso del procedimiento en las distintas instancias fue alegado, frente a la Resolución de la DGRN de 18 de noviembre de 2013, la falta de competencia del legislador para valorar el contenido de un mandamiento judicial de cancelación de cargas basado en un Auto de autorización de venta de una unidad de negocio. Para abordar esta cuestión debemos partir de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación del registrador «a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya

*virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro», en relación con el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, que se refiere a los documentos expedidos por las autoridades judiciales y limita el alcance de la calificación: «se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro».*

Se trata pues de determinar si de conformidad con los artículos citados, el registrador puede únicamente revisar la participación de las partes interesadas en el procedimiento, pero no el fondo de la resolución judicial, como se defendía en la Resolución de Segunda Instancia o, por el contrario, puede comprobar que en el mandamiento judicial se cumplan todos los requisitos legales que garanticen los derechos de los acreedores con privilegio especial.

Sin perjuicio de que el legislador haya querido establecer las diferencias entre la calificación de documentos notariales y los judiciales, de esta precisión no puede desprenderse que se pretenda dejar al margen del control del registrador la inscripción de los documentos judiciales. Este precepto ha querido excluir del ámbito de calificación la revisión del fondo de la resolución judicial, pero esto no significa que no deba comprobar si se han respetado suficientemente las garantías con relación al titular registral para permitir su acceso al Registro de la Propiedad, sin que ello signifique en absoluto entrar en la validez, corrección o justicia de la decisión judicial. La redacción del artículo 149.5 de la Ley Concursal, que permite al juez del concurso ordenar cancelaciones de todas las cargas anteriores al concurso en los autos de aprobación de remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados, ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, no implica que esta facultad se verifique sin control de otros aspectos, como el principio del tracto sucesivo o la necesaria intervención del titular registral de la carga cuya cancelación se solicita.

Debemos concluir que entre los aspectos susceptibles de calificación por el registrador en las resoluciones judiciales, como son la competencia judicial, la congruencia del mandamiento con el procedimiento y las formalidades extrínsecas, está la comprobación de si se han cumplido los requisitos que el artículo 155.4 de la Ley Concursal establece respecto a los titulares de los derechos inscritos, cuya cancelación se solicita al amparo de una autorización judicial de venta realizada conforme a un plan de liquidación aprobado.

En este supuesto, como expone literalmente el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de noviembre de 2017, la función calificadora sí comprende la valoración respecto al cumplimiento de los requisitos legales imperativos para la protección de los acreedores titulares de garantías reales inscritas: «Esta función calificado-

ra no le permite al registrador revisar el fondo. Esta función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es, no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal.

De tal forma que, en un caso como el presente, respecto de lo que constituye la función calificadora de la registradora, lo relevante es que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos del art. 155.4 LC, en relación con los acreedores hipotecarios afectados por la venta directa del bien hipotecado».

En la misma línea también se había pronunciado la Dirección General de los Registros y el Notariado en Resoluciones como la de 9 de febrero de 2016 o la de 23 de octubre de 2014: «En estos términos ha de ser entendido el artículo 100 del Reglamento Hipotecario cuando determina el ámbito de la calificación registral a efecto de los documentos judiciales, de modo que no puede el registrador revisar la legalidad de aquellos trámites procesales prevenidos para el concreto procedimiento seguido que no estén directamente encaminados a hacer efectivo ese derecho de intervención conferido a los titulares registrales. En concreto, se admite la calificación por los registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial con relación a la competencia del Juzgado o tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro».

### III. VENTA DE ACTIVOS CON PRIVILEGIO ESPECIAL

Más dudas se han presentado, tradicionalmente, con estos requisitos del artículo 155.4 de la Ley Concursal para la venta, en liquidación, de activos sujetos al privilegio especial, y en concreto el carácter imperativo o no de las normas del artículo 155 de la Ley Concursal en conexión con lo recogido en los artículos 148 y 149 del mismo cuerpo legal, especialmente antes de la última modificación operada por 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal que, al suprimir el término «supletorias» del enunciado del artículo 149 para hablar únicamente de reglas legales de liquidación, extiende indubitadamente su contenido a todos los supuestos de liquidación.

El artículo 149 de la Ley Concursal se remite a lo dispuesto en el artículo 155 en cuanto a las normas para la enajenación de los activos que estuvieran afectos a algún privilegio especial. Establece la subasta pública como forma de realización, en las condiciones fijadas por la Ley de Enjuiciamiento Civil, excluyendo

de la adjudicación en subasta cualquier autorización o consentimiento por parte del acreedor con privilegio especial sobre el activo, sin perjuicio de la necesidad de que haya tenido conocimiento de la celebración de la subasta.

Sin embargo, los problemas se han planteado con la excepción que introduce en su apartado 4, que permite que el juez, autorice otra forma de venta siempre que el precio obtenido cubra el crédito con privilegio especial o haya autorización del acreedor con privilegio especial. Por tanto, de cara a la configuración del plan de liquidación, son tres los supuestos que plantea el artículo 155 para la enajenación de activos afectos a algún privilegio especial:

- a) Venta en pública subasta. En este caso no es necesaria autorización o consentimiento del titular de la carga afecta al bien subastado, simplemente que conste el conocimiento.
- b) Autorización judicial de venta, siempre que con el importe obtenido se cubra la totalidad del privilegio especial. En este caso es suficiente acreditar la publicidad de la autorización de venta y el conocimiento del acreedor con privilegio especial, pero no es necesaria su autorización o consentimiento.
- c) Autorización judicial de venta, cuyo importe no cubra la totalidad del crédito privilegiado. Es en estos supuestos donde se exige, además de la publicidad de las subastas y que sea a un precio de mercado, que haya acuerdo expreso del deudor y del titular de la garantía inscrita.

A estos efectos debemos señalar que, como una garantía más, se habla de venta a precio de mercado y de importe de privilegio especial, que están conectados con la exigencia introducida por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que modifica el artículo 94 y exige que en el informe de la administración concursal se valoren los activos inmobiliarios de acuerdo con un informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España con una antigüedad máxima de doce meses. Sirviendo este informe tanto para determinar el privilegio especial, que ya no es el total de la garantía inicialmente pactada, como el valor de mercado.

Es este último supuesto el que había planteado más discusiones, especialmente antes de la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que eliminaba del artículo 149 la referencia a normas supletorias. Ya que en algunos casos se interpretaba que al referirse a normas supletorias solo eran de aplicación en defecto de previsión en el plan de liquidación, debiendo prevalecer este último en el caso de que hubiera contradicción. Es decir, en el caso de que el plan de liquidación incluyera la posibilidad de venta

directa de activos con garantía hipotecaria sin más requisitos, ésta debería ser la forma de venta aun en oposición del titular de la garantía, que si hubiera querido oponerse a la venta debió hacerlo al Auto de aprobación del plan, sin opciones de impugnar posteriormente la venta.

Esta opinión fue ya superada, especialmente tras la clarificadora sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013, que define el carácter imperativo de lo dispuesto en los artículos 149 y 155 de la Ley Concursal y el sometimiento del plan de liquidación a estas normas: «El plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el art. 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, respecto del pago de su crédito, en el artículo 155 LC».

Esta doctrina ha sido confirmada, tanto por las reformas operadas en los artículos 149 y 155 por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas Urgentes en materia concursal y la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, como por las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo, como la que es objeto de estos comentarios, de 27 de noviembre de 2017, que hace suyos los argumentos de la de 23 de julio de 2017.

Y en el mismo sentido, muy claramente, la Dirección General de los Registros y el Notariado en Resolución de 11 de septiembre de 2017 fija el carácter imperativo de estas normas, sin que pueda alegarse que la voluntad del legislador fue atribuirles carácter supletorio: «Alega el recurrente que los requisitos establecidos en este artículo, cuyo cumplimiento exige el registrador, sólo son aplicables supletoriamente, en caso de que no se haya aprobado el plan de liquidación o en lo que no estuviere previsto en el aprobado.

Este criterio no puede ser confirmado. Como ha tenido ocasión de poner de relieve este Centro Directivo, las reglas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación del bien sobre el que recae el derecho real de garantía (artículos 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) tienen carácter imperativo y a ellas necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación (*vid.*, por todas, la Resolución de 10 de enero de 2017). Por lo demás, el carácter imperativo de tales normas ha sido confirmado por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013 (aunque se pronunciara específicamente sobre el apartado 3 del artículo 155 de la Ley Concursal), se desprende claramente del contenido y posición sistemática del citado artículo. Así resulta con mayor claridad después de la modificación introducida en el artículo 149 de la Ley Concursal por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que sustituyó en aquél la rúbrica de “Reglas legales supletorias” por la de “Reglas legales de liquidación”, así como de la regulación modificada, de la que

se infiere que la norma del segundo párrafo del apartado 2, remitente al artículo 155.4 de la Ley Concursal, no es regla supletoria, sino de imperativa observancia. Y es que de tales normas resulta patente la voluntad del legislador, para el caso de realización fuera de convenio de bienes gravados con prenda o hipoteca (y dada la especial afección del bien objeto de estos derechos de garantía), de dificultar la realización de tales bienes por un precio inferior al de tasación fijado de mutuo acuerdo por las partes en el momento de constitución de la garantía real, de modo que la realización por ese precio inferior requiere el consentimiento de la entidad acreedora con privilegio especial».

#### **IV. VENTA DE ACTIVOS EN EL MARCO DE LA VENTA DE UNIDAD DE NEGOCIO**

No podemos concluir sin detenernos en las especialidades que se presentan en las ventas de este tipo de activos, cuando se encuentran encuadrados en una unidad de negocio.

No contiene el artículo 155 de la Ley Concursal ninguna previsión específica para estos casos, por lo que podríamos entender que es de aplicación lo expuesto en el apartado anterior, debiendo aplicarse los mismos requisitos que se han enumerado. Sin embargo, la venta de activos afectos a privilegio especial no ha sido ajena a la reforma operada por el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de Medidas Urgentes en materia concursal en la línea de favorecer la venta de las unidades de negocio, como opción preferente dentro del plan de liquidación. Y si bien se mantienen los requisitos del artículo 155, se establece una matización o excepción, y es que en el caso de la venta de activos afectos a créditos con privilegio especial sin subasta pública y sin que la venta cubra la totalidad del privilegio, no será necesario que presten su conformidad el 100% de los acreedores con privilegio especial, sino que será suficiente con que lo hagan los que representen al menos el 75 por 100 del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2 de la Ley Concursal.

No es sino una manifestación más de los intentos del legislador por favorecer, o al menos no bloquear, las ventas de las unidades de negocio por la negativa de una minoría a aceptar las condiciones de venta, que en la mayoría de los casos serán beneficiosas para la masa concursal.

La sentencia objeto de estos comentarios se pronuncia sobre esta cuestión: «La singularidad del actual art. 149.2 LC consiste en que cuando la venta de la unidad productiva afecta a varios acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en la unidad productiva, en ese caso la exigencia de conformidad de estos acreedores se cumple cuando la

prestan al menos quienes representen el 75% de este pasivo afectado. Esto es, la conformidad de los acreedores que representen el 75% de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. Si no existiera esta salvedad, sería necesario el consentimiento de todos los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada afectados por la venta de la unidad productiva, siempre que la parte del precio obtenido que les fuera asignado a los bienes gravados fuera inferior al valor de la garantía, lo que dificultaría la venta de la unidad productiva. El legislador, al valorar los intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75%) y mitigar con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados.

Esta salvedad actual a la regla general del artículo 155.4 de la Ley Concursal muestra que en nuestro caso era necesaria la conformidad del acreedor hipotecario para la enajenación del bien gravado por un precio inferior al pactado».

*(Trabajo recibido el 28/12/2017  
y aceptado para su publicación el 29/12/2017)*

## **RECENSIONES**



## DERECHO DE LAS OBTENCIONES VEGETALES

Director: ÁNGEL GARCÍA VIDAL

Obra publicada en Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 1156 páginas

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

*Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia*

En pocos sectores del Derecho mercantil se produce una incidencia de la ciencia y de la técnica tan significativa como en el Derecho de la propiedad industrial. Es verdad que, como resulta hoy notorio, el avance imparable de las nuevas tecnologías constituye un fenómeno de alcance general para el entero ordenamiento y no sólo para nuestra disciplina. Pero, si se mira bien, no hablamos ahora únicamente de técnica (o de tecnología, aunque, no obstante la raíz común, su significado no sea idéntico), sino también de ciencia, cuyo relieve en el singular campo de los bienes inmateriales está fuera de toda duda. Es más, puede decirse sin temor que es la continua renovación científica, basada en una investigación cada vez más orientada hacia el mercado, uno de los factores propulsores del intenso desarrollo experimentado por el Derecho de la propiedad industrial. Como es lógico, este conjunto de circunstancias se observa con particular intensidad en el terreno de las invenciones, sin perjuicio de que, como también es notorio, no pueda formularse una regla de orden general, a la vista de las sustanciales diferencias que se dan entre las distintas modalidades existentes en dicho ámbito.

Una de las modalidades en las que el vínculo con la investigación científica se produce de manera más significativa es, precisamente, la relativa a las obtenciones vegetales. Al margen de que, con arreglo a su ya dilatada historia, sea la obtención de nuevas variedades un fenómeno consustancial al género humano, la consolidación de una potente investigación biotecnológica representa un factor de primer orden y casi determinante, podríamos decir, de su evolución. Se trata de una evolución desde luego *material*, en el sentido de que asistimos al continuo surgimiento de nuevas variedades, no siempre singulares y resultado, en demasiadas ocasiones, de la imitación, cuando no del descarado aprovechamiento de la innovación ajena. Pero también puede hablarse de que la reseñada investigación produce una evolución de orden *jurídico*, al introducir en el tratamiento normati-

vo y jurisprudencial de las obtenciones vegetales una serie de magnitudes científicas, botánicas y de orden técnico, susceptibles de condicionar en alto grado la regulación existente, su particular hermenéutica, así como su aplicación a los múltiples y controvertidos supuestos de conflicto que se observan en la realidad.

A pesar de su secular historia, como ya se ha advertido, el tratamiento normativo de las obtenciones vegetales es un fenómeno que puede considerarse reciente, en el sentido de que, seguramente por sus características singulares, por referirse, en suma, a la materia viva, carece de las arraigadas tradiciones que distinguen a las restantes modalidades de la propiedad industrial. De ahí se deduce la frecuencia con la que el régimen de la invención industrial por antonomasia —es decir, la patente— constituye el elemento de comparación, de contraste y, en numerosas ocasiones, incluso en el Derecho español, de regulación supletoria o subsidiaria ante las insuficiencias del específico régimen jurídico previsto para las obtenciones vegetales. Al margen de las particularidades propias de ciertos ordenamientos, en los que de la nueva variedad vegetal pueda protegerse también a través del sistema de patentes, es lo cierto que la doctrina se ha esforzado por distinguir un título de otro mediante un esfuerzo admirable de rigor y de análisis. Ello se ha terminado traduciendo en la elaboración de un minucioso régimen jurídico para las obtenciones vegetales, susceptible, por otra parte, de evolucionar de modo autónomo, en función de las necesidades de la «cosa en sí», y no tanto de razones basadas en una analogía con la patente cada vez más desdibujada.

Por esa relativa falta de tradición, que no impide reconocer la existencia de alguna regulación temprana sobre las obtenciones vegetales, como la de Estados Unidos, se puede explicar la considerable rapidez con la que se pusieron las bases, a comienzos de la década de los años sesenta del pasado siglo, de su tratamiento internacional. El Convenio para la protección de las obtenciones vegetales crea, como es sabido, la UPOV, organismo determinante de la evolución ulterior, no sólo de su regulación, incluso a la escala de los Estados nacionales, sino, sobre todo, para la comprensión esencial de la figura.

Resulta, por todo ello, sumamente oportuna la publicación del libro al que se refiere la presente reseña, cuya sumaria contemplación permite apreciar, sin especial dificultad, su extraordinario relieve, su alta calidad científica y su indudable utilidad. Si nuestra doctrina en materia de propiedad industrial, impulsada por la acción de relevantes maestros, siempre prestó atención a la modalidad que nos ocupa, la obra que ha dirigido el profesor Ángel GARCÍA VIDAL confirma, desde luego, esa tendencia, añadiendo una aportación del máximo relieve, cuya adecuada semblanza no resulta posible exponer en una mera reseña, sin perjuicio de poner de manifiesto brevemente su contenido y el amplio elenco de sus autores, mediante una sumarísima descripción.

El libro, un auténtico tratado, por su extensión y por la profundidad del tratamiento, aparece dividido en siete grandes apartados, dentro de los cuales, a su

vez, se distribuyen veinticinco capítulos, en los que se da cuenta de toda la «vida» jurídica, cabría decir, de las obtenciones vegetales. Se presta atención fundamental, como es lógico, al Derecho español, cuyo análisis guía la exposición de los distintos autores, sin perjuicio de que, conforme a lo ya expresado, la dimensión internacional, tanto en lo normativo, como en el plano de la doctrina y de la jurisprudencia, constituye un factor destacado de identificación de la obra.

El primero de los apartados («Sistema normativo») está integrado por cinco capítulos y en ellos se tratan los fundamentos de la figura, su evolución histórica y normativa, así como su encuadramiento en el Derecho de la propiedad industrial. El primero de ellos («El sistema de protección de las variedades vegetales», pp. 46-109) ha sido elaborado por el profesor Ángel GARCÍA VIDAL, de la Universidad de Santiago de Compostela; el segundo («Diferencias entre el sistema de patentes y el sistema de las obtenciones vegetales», pp. 111-129) corresponde al profesor José Antonio GÓMEZ SEGADÉ, de la Universidad de Santiago de Compostela. Por su parte, el capítulo tercero («Las relaciones entre el sistema de las obtenciones vegetales y el sistema de patentes [La prohibición de patentar las variedades establecida en los Derechos europeo y español]», pp. 132-177) corre a cargo, de nuevo, del profesor Ángel GARCÍA VIDAL. El capítulo cuarto («Biodiversidad y propiedad intelectual sobre recursos fitogenéticos», pp. 179-229) incumbe al profesor Javier FRAMINÁN SANTAS, de la Universidad de Santiago de Compostela, en tanto que el quinto y último de este apartado («La protección de las variedades vegetales y la normativa reguladora de su comercialización [la inscripción en el registro de variedades comerciales o en los catálogos comunes de variedades de la Unión Europea y la regulación de los organismos transgénicos modificados]», pp. 232-259) corresponde, otra vez, al profesor Ángel GARCÍA VIDAL.

El segundo apartado («Requisitos de protección») se compone, a su vez, de cuatro capítulos. El primero de ellos («La variedad vegetal como objeto de protección», pp. 263-288) ha sido elaborado, de nuevo, por el profesor Ángel GARCÍA VIDAL. El profesor Alberto MARCO ALCALÁ, de la Universidad de Zaragoza, es el autor del segundo capítulo («Variedades vegetales: el requisito de la novedad», pp. 290-348). Por su parte, el tercer capítulo de este apartado («Los requisitos de la distinción, la homogeneidad y la estabilidad», pp. 349-394, es obra, una vez más, del profesor Ángel GARCÍA VIDAL, en tanto que el cuarto y último capítulo de este apartado («La denominación de las variedades protegidas con un título de obtención vegetal», pp. 395-445) ha sido elaborado por la profesora María del Mar MAROÑO GARGALLO, de la Universidad de Santiago de Compostela.

Por lo que se refiere al tercer apartado («El derecho a la protección y el procedimiento de registro»), hay que aludir ahora a sus tres capítulos integrantes. La autoría del primero de ellos («El derecho a la protección de la variedad vegetal

por medio de una obtención vegetal», pp. 449-469) corresponde, de nuevo, al profesor Ángel GARCÍA VIDAL. El segundo capítulo («El procedimiento de solicitud de protección de las obtenciones vegetales en la Unión Europea», pp. 471-504) ha sido escrito por la profesora María MIGUEL CARVALHO, de la Universidad do Minho (Portugal), en tanto que el tercero y último capítulo del apartado («El procedimiento de registro nacional», pp. 505-530) incumbe a la profesora Pilar IÑIGUEZ ORTEGA, de la Universidad de Alicante.

El cuarto apartado («Efectos de la protección») viene integrado por cinco capítulos. El primero de ellos («Derechos del titular de una obtención vegetal», pp. 533-573) corresponde a la profesora María Victoria PETIT LAVALL, de la Universidad Jaume I de Castellón. El segundo capítulo («Las limitaciones del derecho de obtentor», pp. 575-609) ha sido elaborado por el profesor Ramón MORRAL SOLDEVILA, de la Universidad de Barcelona. Por su parte, el tercer capítulo («La excepción en beneficio del agricultor», pp. 611-635) se debe al profesor Manuel BOTANA AGRA, de la Universidad de Santiago de Compostela. El cuarto («El privilegio del obtentor y las variedades esencialmente derivadas», pp. 638-743) ha sido asumido por el profesor Ángel GARCÍA VIDAL, en tanto que el quinto y último de este apartado («Efectos de la atribución de una denominación a la variedad vegetal», pp. 745-782) ha corrido a cargo, de nuevo, de la profesora María del Mar MAROÑO GARGALLO.

Dentro del quinto apartado («Las obtenciones vegetales como objeto de propiedad») encontramos cuatro capítulos. El primero de ellos («Cotitularidad y transmisión del derecho del obtentor», pp. 785-818) corresponde a la profesora María Mercedes CURTO POLO, de la UNED. El profesor Ángel GARCÍA VIDAL, nuevamente, es autor del segundo capítulo («La licencia contractual de explotación de una variedad protegida por un título de obtención vegetal», pp. 820-866). El tercer capítulo de este apartado («Las licencias obligatorias», pp. 867-909) ha sido elaborado por el profesor Fernando CARBAJO CASCÓN, de la Universidad de Salamanca. Por su parte, el cuarto capítulo («Derecho de la competencia y contrato de licencia de obtención vegetal», pp. 911-948) se debe al profesor Felipe PALAU RAMÍREZ, de la Universidad Politécnica de Valencia.

El sexto apartado de la obra («Nulidad y caducidad del derecho del obtentor») se compone de dos capítulos. El primero de ellos («La nulidad del “derecho” del obtentor», pp. 951-987) corresponde al profesor Rafael GARCÍA PÉREZ, de la Universidad de A Coruña, en tanto que la profesora. Esperanza GALLEGUO SÁNCHEZ, de la Universidad de Alicante, ha elaborado el segundo («La caducidad del derecho del obtentor», pp. 989-1029). También se compone de dos capítulos el séptimo y último apartado del libro que nos ocupa. El primero de ellos («Acciones civiles en defensa de la obtención vegetal», pp. 1033-1049) ha corrido a cargo del magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid Ángel GALGO PECO, y el segundo («Competencia y procedimiento en el ejercicio de acciones civiles sobre dere-

chos de obtenciones vegetales», pp. 1052-1110) se debe al profesor Alfonso Luis CALVO CARAVACA y a la profesora Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, ambos de la Universidad Carlos III de Madrid.

Hasta aquí la sucinta relación de autores y temas de la amplia y enjundiosa obra sobre obtenciones vegetales a la que se refiere la presente reseña. Conviene reiterar su importancia, desde luego en el panorama de nuestra doctrina, pero también a escala internacional, por su indudable calidad, pero también por el acertado sesgo comparativo que se observa en toda la obra, con especial incidencia en las cuestiones más debatidas y del que hay adecuado reflejo en la amplia bibliografía que cierra el contenido de la obra. Por otra parte, es necesario señalar que este «Derecho de las obtenciones vegetales» es el resultado más notorio de un proyecto de investigación, obtenido en concurrencia competitiva y dirigido por el prof. Ángel GARCÍA VIDAL, verdadero artífice de la obra y auténtico «empresario» notorio de la misma. Frente a lo que suele ser común, el mencionado proyecto ha involucrado a profesores de distintas universidades, en su mayoría españolas, pero también, lo que es una circunstancia habitual en las universidades gallegas, a un centro de estudios portugués. Se trata, por ello, de una investigación, cabría decir, homologada, en el sentido de que ha sido objeto de evaluación rigurosa y cuyos resultados constituyen una rendición de cuentas «científica» susceptible de acreditar su relevante calidad.

El libro merece la atención de quienes se ocupan de las obtenciones vegetales y, por supuesto, de aquellos que, en su amplio recorrido, contemplan el amplio elenco de supuestos comprendidos dentro de esa disciplina, en constante evolución, llamada «Derecho de la propiedad industrial». Es seguro, con todo, que sus distintos apartados serán objeto de consulta por muchos otros expertos, juristas, desde luego, pero también por operadores del mercado, como consecuencia de las múltiples implicaciones que una institución como la estudiada es susceptible de producir por el amplio radio de individuación de sus distintos efectos. No puedo terminar esta reseña —que no hace a la obra la justicia que merece— sin felicitar sinceramente a los autores y, de manera especial, al profesor Ángel GARCÍA VIDAL, por las numerosas contribuciones que ha aportado a su contenido y, sobre todo, por la labor de dirección desarrollada, responsable última del buen fin de la operación.

*(Trabajo recibido el 25/07/2017  
y aceptado para su publicación el 01/09/2017)*



## NORMAS DE PUBLICACIÓN

- Los trabajos han de ser originales.
- Los trabajos habrán de ser aprobados por la Dirección y por el Comité Evaluador Externo.
- El título del trabajo a publicar ha de figurar en mayúscula.
- Los trabajos tendrán una extensión mínima de 5.000 palabras.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 puntos; interlineado: sencillo.
- Todos los estudios deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés (con un mínimo de seis líneas cada uno), palabras claves en español e inglés (con un mínimo de cinco). Asimismo, los estudios doctrinales irán precedidos de un SUMARIO, que seguirá el siguiente esquema:
- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúscula y numerarse a partir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1, 1.2, etc.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
  - a) Si se trata de libros:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
  - b) Si se trata de artículos:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del libro», *Título de la revista*, número \*, fecha, pp. \* a \*.

# PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica y reflejo de ello son las normas éticas de publicación que siguen:

## 1. Aceptación de las normas y responsabilidad de los autores

- La remisión de cualquier trabajo a la revista presupone la aceptación de todas las normas editoriales y de publicación de aquélla.
- Todos los autores que suscriben un trabajo a la revista deben haber contribuido de manera real y relevante a su elaboración y no podrán excluir a otros autores.
- Los trabajos que se remitan a la revista han de ser inéditos.
- Todos los datos e informaciones utilizados para la elaboración de los trabajos deben ser reales. Ante cualquier sospecha sobre la posible falsedad o inexactitud de alguno de dichos datos, los autores tienen la obligación de ponerlo en conocimiento de la revista.

## 2. Normas sobre autoría

Todos los trabajos que sean remitidos a la revista deben ser plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico. A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

## 3. Obligaciones del Consejo de Dirección

- El Consejo de Dirección se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Dirección asume la responsabilidad de aceptar o rechazar los trabajos recibidos, basando sus decisiones en criterios científicos y en el juicio emitido por los evaluadores externos.
- El Consejo de Dirección se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constata que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Dirección velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.