



# Cuadernos de Derecho y Comercio

## 69

**Consejo General  
del Notariado**

**Junio  
2018**







# Cuadernos de Derecho y Comercio 69

Junio 2018  
Revista semestral  
Consejo General del Notariado

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

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado  
Silvano, 55 - 28043 Madrid  
Correo de contacto: [cdc@notariado.org](mailto:cdc@notariado.org)

Edita: LEFEBVRE-EL DERECHO, S. A.

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

*Preimpresión:*  
*PRINTING'94, S. L.*  
*Paseo de la Habana, 9-11*  
*28036 Madrid*

*Imprime:*  
*GRAMADOSA, S. L.*  
*Avda. del Moncayo, 2, Nave 3*  
*28703 San Sebastián de los Reyes (Madrid)*

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE  
Adolfo Prías 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 la<br>Universidad Pompeu Fabra de Barcelo-<br>na        |
| M. <sup>a</sup> Luisa Aparicio González<br>Profesor titular de Derecho Mercantil de<br>la Universidad Autónoma de Madrid           | Xavier O'Callaghan Muñoz<br>Catedrático de Derecho Civil. Magistra-<br>do de la Sala Primera del Tribunal Su-<br>premo |
| José M. <sup>a</sup> de la Cuesta Rute<br>Catedrático emérito de Derecho Mer-<br>cantil de la Universidad Complutense de<br>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          | María del Rosario de Miguel Roses            |
| Leticia Ballester Azpitarte              | Rafael Morales Gordillo                      |
| Ana Isabel Berrocal Lanzarot             | Juan Pérez Hereza                            |
| Luis L. Bustillo Tejedor                 | Ignacio Pérez-Olivares Delgado               |
| Lucía Cagigas Courel                     | Carlos Pérez Ramos                           |
| Antonio Domínguez Mena                   | Jorge Prades López                           |
| Cristina Fernández Cámara                | Francisco Javier Ramírez González            |
| Íñigo Fernández de Córdova Claros        | Cristina Requena Torrecillas                 |
| María Teresa García Ludeña               | Íñigo Revilla Fernández                      |
| José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz | Amanay Rivas Ruiz                            |
| Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz       | Rocío Rodríguez Martín                       |
| Miguel Llorente Gonzalvo                 | Fernando Rodríguez Prieto                    |
| Antonio Lopera Perales                   | Luis Rojas Martínez del Mármol               |
| María López Mejía                        | Jorge Sáez-Santurtún Prieto                  |
| Manuel Lora-Tamayo Villacieros           | José Francisco Velasco Peche                 |
| Jesús Lleonart Castro                    | Miguel Vicente-Almazán Pérez de Pe-<br>tinto |
| Jesús Martínez-Cortés Gimeno             | Blanca Villanueva García-Pomareda            |
| Ignacio Martínez-Gil Vich                | 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

- Algunas cuestiones generales sobre el objeto, el ámbito de aplicación y las normas de transparencia en la futura ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario/Some general issues on the purpose, scope of application and transparency rules in the future law regulating property credit contracts, por *Ricardo Cabanas Trejo* ..... 11
- El autocontrato societario tras la reforma del conflicto de intereses/Corporate self-contracting following the reforme of conflicts of interest, por *Carlos Pérez Ramos*..... 61
- Las acciones de daños *antitrust* interpuestas por los compradores indirectos. con especial referencia a las dificultades prácticas derivadas de la cuantificación de los daños/The indirect purchaser rule in the private enforcement of competition law. A legal and economic analysis, por *Elena Cristina Tudor* ..... 149

### PRÁCTICA JURÍDICA

- Calificación del arrendamiento de establecimiento mercantil: ¿arrendamiento de industria o arrendamiento de local?/Classification of leases for a trading establishment Industrial lease or lease of premises?, por *Blanca de la Cámara Entrena y Lucía Gil López de Sagredo*..... 177

## SUMARIO

### ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

#### **Derecho contractual**

La cesión global del negocio bancario. Consecuencias jurídicas/Global assignment of the banking business, por *Ana Berrocal Lanzarot*..... 189

Venta de empresa. Obligaciones del vendedor. Obligación de no competencia (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo 303/2016, de 9 de mayo)/Sale of a Company. Obligations of the vendor. Non-competition obligation (comment on supreme court judgment 303 dated may 9th, 2016, por *Adela Solís García*..... 269

#### **Derecho societario**

El artículo 160f TRLSC y su aplicación (a propósito de la resolución de la DGRN de 22 de noviembre de 2017)/Article 160F of the TRLSC and its application (apropos the resolution of the DGRN dated november 22nd, 2017, por *Luis Alberto Álvarez Moreno*..... 279

Los poderes preventivos en el ámbito de la administración societaria (a propósito de la res. DGRN de 13 de diciembre de 2017)/Preventive powers in the scope of company management (comment on the resolution by the DGRN dated December 13<sup>th</sup> 2017, por *Pedro Fernández Yáñez*..... 295

Reducción de capital con restitución de aportaciones: ¿mayoría o unanimidad? (a propósito de la RDGRN de 16 de mayo de 2018) / Capital reduction with restitution of contributions: a majority decision or unanimity? (Apropos the DGRN resolution dated May 16<sup>th</sup>, 2018, por *Juan Madridejos Velasco*..... 303

#### **Derecho concursal**

La venta de la unidad productiva en la sociedad concursada (doctrina de la DGRN en su resolución de 18 de enero de 2018) / The sale of the production unit in an insolvent Company (doctrine of the DGRN in its resolution dated January 18<sup>th</sup>, 2018), por *Cristina Marqués Mosquera* 309

### RECENSIONES

Francisco Javier Olmedo Castañeda: La empresa familiar: análisis para una propuesta de reforma integral en el derecho privado patrimonial/ Family businesses: Analysis for a proposed comprehensive reform of private property law, por *María Teresa Barea Martínez* ..... 321

## **ESTUDIOS DOCTRINALES**



# **ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE EL OBJETO, EL ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA EN LA FUTURA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO**

**RICARDO CABANAS TREJO**

*Notario de Fuenlabrada*

## **RESUMEN**

A reserva de cómo quede la redacción final de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, el presente trabajo analiza con cierto detalle el tratamiento de algunas cuestiones generales en el proyecto de ley actualmente en fase de tramitación parlamentaria. En particular se presta atención a la compleja cuestión de su ámbito de aplicación, al haber optado el proyecto por una delimitación subjetiva que va más allá de la figura del consumidor. Asimismo analiza las nuevas obligaciones impuestas al profesional por razón del deber de transparencia material y el papel asignado al notario.

**Palabras clave:** crédito inmobiliario, consumidor, proyecto de ley, transparencia, información, control notarial.

RICARDO CABANAS TREJO

## **SOME GENERAL ISSUES ON THE PURPOSE, SCOPE OF APPLICATION AND TRANSPARENCY RULES IN THE FUTURE LAW REGULATING PROPERTY CREDIT CONTRACTS**

RICARDO CABANAS TREJO  
*Notary Public in Fuenlabrada*

### **ABSTRACT**

Pending the final drafting of the Law Regulating Property Credit Contracts, the present paper analyses in some detail the handling of certain general issues in the draft bill currently before Parliament. In particular, attention is paid to the complex question of its scope of application, as the draft bill has opted for a subjective delimitation that goes beyond the concept of the consumer. Furthermore, it analyses the new obligations imposed on professionals in view of the duty of material transparency and the role assigned to notaries public.

**Key words:** property credit, consumer, draft bill, transparency, information, notary public oversight.

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN Y CUESTIONES GENERALES.—II. OBJETO.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN.—IV. CARÁCTER IRRENUNCIABLE.—V. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN.—VI. INFORMACIÓN BÁSICA, GENERAL Y PRECONTRACTUAL.—VII. NORMAS DE TRANSPARENCIA.—VIII. COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS NOTARIAL.

## I. PRESENTACIÓN Y CUESTIONES GENERALES

La futura Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario —LCCI— supondrá un cambio importante en el mercado hipotecario español, que tendrá como indudable protagonista al colectivo notarial. En el momento de escribir estas líneas el Proyecto de Ley todavía está en la correspondiente Comisión del Congreso de los Diputados, y tras el reciente cambio de Gobierno por efecto de una moción de censura nada hace suponer que su tramitación vaya a ser rápida. Por eso mantiene su interés el estudio de la regulación propuesta. De entrada, conviene destacar algunos rasgos generales:

1.— Trasposición de la Directiva: de los dos objetivos de la futura LCCI según su Exposición de Motivos —EM—, uno es la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/17/UE, sobre los Contratos con los Consumidores para Bienes Inmuebles de Uso Residencial —en adelante, DCCI—. El Anteproyecto de LCCI —ALCCI— no incorporaba la totalidad de las previsiones de la DCCI y así, por ejemplo, no regulaba las cuestiones relacionadas con la publicidad, el contenido de la Ficha Europea de Información Normalizada —FEIN—, la información sobre la Tasa Anual Equivalente —TAE—, o la evaluación de solvencia. Es probable que se abstuviera por considerar que algunas de estas materias ya estaban suficientemente reguladas en nuestro Ordenamiento Jurídico, o simplemente por remitir a un posterior desarrollo reglamentario. Esta postura fue duramente criticada, tanto en el informe del Consejo General del Poder Judicial —CGPJ—, como del Consejo de Estado —CE—, y ya se ha rectificado en el Proyecto de LCCI —PLCCI—, donde todas estas cuestiones se pasan a regular, en gran medida por reproducción de la DCCI, salvo el contenido concreto de la FEIN, que se remite a su desarrollo reglamentario. A pesar de ello la EM sigue hablando de una incorporación parcial de la DCCI.

2.— Uso reiterado de la remisión al desarrollo reglamentario: el PLCCI envía muchos temas al posterior despliegue vía reglamento, también en cuestiones rela-



cionadas con la transparencia, y por eso propias de la relación privada prestamista/prestatario, como los criterios para determinar el ejemplo representativo en la publicidad (art. 5.2), la fórmula para el cálculo de la TAE (art. 6.2), el contenido de la información general (art. 7) o las especificaciones de la FEIN (art. 8.2)<sup>1</sup>. En general la habilitación es a favor del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad —MEIC—, pero en ocasiones corresponde al Gobierno mediante real decreto (art. 20.1). No obstante, como destacó el CE en su informe, hay falta de coordinación entre los términos de las habilitaciones contenidas en el art. 5, Ley 10/2014, de 26 de junio (nueva redacción por la DF 8.<sup>a</sup> LCCI) y los contenidos en la DF 11.<sup>a</sup> LCCI, pues el desarrollo de una misma materia queda atribuido, según la disposición de que se trate (es decir, según se refiera a una entidad de crédito o un prestamista diferente) a la competencia del MEIC o la del Gobierno.

3.— Competencias de las Comunidades Autónomas: en atención a que la DCCI es de máximos en lo que respecta a la FEIN y la TAE (art. 2.2 DCCI), la DA 5.<sup>a</sup> LCCI prohíbe a las CCAA modificar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, o adicionar documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia, con el fin de que los prestatarios puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español. Hasta el momento tres CCAA han regulado algunas de estas cuestiones, Madrid con la Ley 1/2012, de 26 de marzo —recurrida ante el TC—, Cataluña con la Ley 20/2014, de 9 de junio —recurrida ante el TC— y Andalucía con la Ley 3/2016, de 9 de junio<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Aunque referida al texto del ALCCI, donde la remisión al reglamento era de mayor alcance, sigue siendo de interés la crítica que al respecto formuló el informe del CGPJ: «la sustracción de este desarrollo normativo a la Ley de transposición, y su diferimiento al desarrollo reglamentario, desplaza, por ende, el control de la observancia de la regulación dispuesta a la esfera administrativa y, en su caso, sancionadora, limitando de esa forma su eficacia en el control de cumplimiento de las obligaciones contractuales en sede civil, y limitando, por ende, la eficacia del carácter imperativo e irrenunciable de las normas reguladoras de la materia, declarado expresamente en el art. 3 del texto proyectado (art. 3 LCCI). De este modo, se restringe el ámbito de la tutela jurisdiccional del consumidor, quien vería dificultada la invocación, con éxito, de la nulidad de aquellas estipulaciones contractuales contrarias a las normas de transparencia en la contratación de créditos inmobiliarios ex artículo 6.3 del Código Civil —o, en su caso, por contravenir normas de orden público económico, conforme a una restringida y no claramente vigente doctrina jurisdiccional—, así como la invocación de la nulidad de aquellas cláusulas predispuestas que no superen el control de transparencia de segundo grado y, en su caso, el control de contenido o abusividad». De todos modos, no parece que la naturaleza reglamentaria de buena parte de la normativa sobre transparencia haya sido un obstáculo para que los tribunales deriven consecuencias civiles de ciertas conductas de los prestamistas, pues esas normas han servido para integrar el supuesto de hecho de otras normas jurídicas, especialmente las destinadas a la protección de los consumidores y al control de las condiciones generales de la contratación. Incluso, la observación casi podría presentarse al revés, pues el TS no ha considerado que el estricto cumplimiento de la normativa sectorial vigente al tiempo de la firma de la hipoteca permita eludir el reproche de la falta de transparencia material, con las oportunas consecuencias de orden civil (v. *infra* por la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012), circunstancia que —probablemente— explique el otro objetivo —endémico, no europeo— de esta Ley según su EM.

<sup>2</sup> El informe del CGPJ ya se mostró crítico con los términos empleados en esta DA 5.<sup>a</sup> en el ALCCI, por entender que sentaba una suerte de presunción negativa de que las CCAA acabarían

4.— Coexistencia y posible solapamiento de diferentes regímenes jurídicos: la futura LCCI habrá de coexistir con otras leyes. Unas veces se tratará de normas limítrofes, que regulan una materia próxima, pero diferente, y por eso sin interferencias entre ellas, como ocurre con la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo —LCCC—. La relación entre ambas normas es excluyente, pues la LCCC deja fuera de su ámbito de aplicación un bloque contractual en gran medida co-extenso con el ahora sometido a la LCCI, aunque la coincidencia no es completa. Por eso, al tratar después del ámbito de aplicación de la LCCI, se habrá de tener muy en cuenta la acotación inversa de la LCCC, en especial en el art. 3 letras *a)* y *b)*, con su añadido de una delimitación subjetiva referida sólo al consumidor (arts. 1 y 2), pues no todos los contratos excluidos de la LCCI encuentran cobijo en la LCCC (p. ej., crédito al consumo con hipoteca sobre un local de negocio), con la consecuencia de que algunos contratos terminarán fuera de las dos (no obstante, v. la regulación específica que establece para estos casos la norma sexta.2.5 de la Circular del Banco de España —BE— 5/2012, de 27 de junio)<sup>3</sup>. Por otro lado, la comparación entre ambas leyes también permitirá en algunos puntos interpretar mejor el sentido y el alcance de la nueva regulación.

creando confusión con su normativa particular. Para el CGPJ: «las disposiciones autonómicas que se aprueben sobre la materia podrán completarlo y adicionar la exigencia de documentación adicional. Lo harán atendiendo a su propia orientación política y en la medida que así se contribuya a garantizar los principios de claridad y transparencia que animan a esa regulación. Su referencia sustancial será en última instancia la normativa europea que se ha de trasponer como consecuencia obligada de la primacía de ésta sobre el derecho interno» (párrafo 47). Personalmente, no tengo muy claro que la sobresaturación normativa sea la mejor manera de contribuir a la eficiencia del mercado, y ahí está el ejemplo del caos registral provocado por la Ley catalana citada en el texto y las numerosas resoluciones que le siguieron, tanto de la Dirección General de los Registros —DGRN— como de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques —DGDEJ—. El afán de algunas CCAA por hacer política de «gestos» con estos temas termina produciendo confusión entre los profesionales y los propios consumidores. Por esa razón, me inclino más por la valoración positiva que el CE hizo en este punto del ALCCI («la plena efectividad de la Directiva ... así como el alcance de los títulos competenciales en que se ampara ... permiten establecer una disposición como la proyectada en cuanto a la exigencia de una información homogénea y la aplicación de un único modelo normalizado»), aunque algunos quizá quieran ver en la disposición una especie de «155 hipotecario». Sobre el tema, v. ALBIEZ: «Primerísimas observaciones al Anteproyecto de Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», Revista *CESCO* de Derecho de Consumo, número 20, 2016, pp. 42-73, esp. pp. 45 y ss.

<sup>3</sup> En atención a esa coexistencia, la DCCI también modifica la Directiva 2008/48/CE para que esta última sea aplicable a los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75.000 euros, pues, al no estar en el ámbito de la DCCI, se produciría un vacío de regulación en ambas Directivas, y por eso les quiere asegurar un nivel de protección equivalente (Cdo. 18). En nuestro país estos contratos, de entender que no quedaban excluidos sin más por el art. 3.b) LCCC, sólo se han visto extrañados parcialmente de la LCCC por razón de su cuantía sobre la base del art. 4.5 LCCC. El problema se puede plantear ahora por el carácter parcial de esa exclusión, pues, entre otras normas, no se aplican las relativas a la forma y contenido, la información sobre cambio del tipo deudor, los contratos vinculados, el desistimiento o el reembolso anticipado. De acuerdo con la nueva redacción de la Directiva 2008/48/CE, o se admite que todos esos contratos por razón de su finalidad se incluyen en el ámbito de la nueva LCCI (y no creo que sea así, v. *infra*), o de considerar que siempre han estado dentro de la LCCC, y consiguientemente fuera de la futura LCCI, se produciría por encima de los 75.000 euros una aplicación parcial de la LCCC que juzgo poco compatible con la Directiva.

Otras veces la normativa anterior se ve parcialmente derogada o desplazada por la nueva, como ocurre con la Ley 2/2009, de 31 de marzo, de Contratación con los Consumidores de Préstamos o Créditos Hipotecarios<sup>4</sup>. También habrá de convivir con la normativa específica de protección de consumidores —Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, LGDCU— o de condiciones generales de la contratación —Ley de Condiciones Generales de la Contratación, LCGC—, pues la LCCI ni exige siempre la condición de consumidor para la aplicación de sus disposiciones, ni desplaza su normativa propia cuando interviene un consumidor, simplemente se añade a la misma. Pero, también, con algunas de las muchas normas «especiales» en materia de hipoteca que se han dictado en los últimos años, en todo aquello que no resulten derogadas expresamente o deban entenderse sustituidas en parte por la nueva normativa. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, del RD 1975/2008, de 28 de noviembre, del RDL 6/2010, de 9 de abril, del RDL 6/2012, de 9 de marzo, del RDL de 27/2012, de 15 de noviembre, o de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, entre otras muchas disposiciones. Respecto de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre —Orden 2011—, mantendrá de momento su vigencia en cuanto sus disposiciones no resulten incompatibles con la LCCI (DT 4.<sup>a</sup> LCCI)<sup>5</sup>.

5.— La recuperación de la seguridad jurídica: el segundo objetivo que destaca la EM es la introducción de una serie de previsiones «cuya finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria», y parece responder a necesidades propias de nuestro país por las fuertes sacudidas que ha sufrido en los últimos años el mercado hipotecario. En este sentido se introducen una serie de disposiciones que regulan aspectos, «que no están específicamente previstos en la normativa europea o que van más allá de su contenido, y cuya finalidad es reforzar determinados aspectos del régimen jurídico de contratación hipotecaria, ya sea exigiendo mayores garantías, reforzando las existentes o estableciendo una regulación clara y sencilla que evite dudas interpretativas innecesarias, con el objetivo último de reforzar el proceso de contratación y la ejecución de este tipo de préstamos y su ejecución». Sobre todo en relación con la exigencia de transparencia material, el legislador quiere establecer unas reglas claras que,

<sup>4</sup> Respecto del régimen jurídico de los prestamistas/intermediarios el art. 25.1.c) LCCI destaca el carácter supletorio de la Ley 2/2009, «para el supuesto de que el prestatario sea consumidor»; en cuanto a la transparencia, y partiendo de la base de que la Ley 2/2009 no se aplica a las entidades de crédito —art. 1.2—, su aplicación apenas queda limitada al consumidor persona jurídica.

<sup>5</sup> Aunque por la amplitud de su ámbito de aplicación la LCCI va a suponer una solución en gran medida homogeneizadora, nuestro sistema seguirá careciendo de una normativa general de protección en materia de crédito hipotecario, donde coexisten y se solapan normas, muchas veces fruto de una legislación precipitada y *ad hoc*. Por eso, creo que sigue válida la crítica de ALCALÁ, La protección del deudor hipotecario, Aranzadi, 2013, p. 215: «la legislación española sobre protección del deudor en préstamos y créditos hipotecarios para definir su ámbito de aplicación, utiliza distintos conceptos como cliente, persona física, consumidor, deudor para adquirir vivienda habitual, y en cada caso propicia distintos niveles de protección, que no siempre se justifican. En uso de estos conceptos que, en principio, podrían generar cierta confusión, pero no necesariamente implicar un problema jurídico, en muchos casos, desencadena en su aplicación práctica unos resultados incompatibles con los fines perseguidos por las normas jurídicas».

de algún modo, constriñan la actuación de los jueces en la valoración de las circunstancias del caso. Con eso aspira a potenciar la seguridad jurídica y solventar dudas interpretativas. Sin embargo, en paralelo quiere evitar que este estándar más riguroso también se emplee de forma indirecta en la valoración de aquel requisito en los préstamos hipotecarios suscritos con anterioridad, generando entonces mayor inseguridad «hacia» el pasado. No es un tenor infundado a la vista de cómo se ha desenvuelto nuestra práctica judicial, por eso en la EM declara: *«es importante señalar que, al igual que como sucedió en su momento con las modificaciones introducidas por la Orden EHA/2899/2011 ... las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos»* (el ALCCI hablaba de «parámetro de enjuiciamiento»).

## II. OBJETO

A hablar de «crédito/préstamo inmobiliario» la LCCI alude a un contrato como tal inexistente en nuestro Derecho, donde no conocemos un tipo contractual con ese nombre. La lectura de la LCCI permite intuir fácilmente que se trata de contratos de crédito relacionados con bienes inmuebles, donde el vínculo vendrá unas veces por la garantía constituida, pero otras por la finalidad perseguida con la financiación, y en atención a ese nexo se fijan unas normas específicas, que ni de lejos suponen una regulación completa de esa pretendida tipología contractual. El grueso de su tratamiento legal habrá que buscarlo en las normas civiles, hipotecarias o mercantiles que correspondan. Con ese matiz los susodichos contratos son objeto de una regulación especial, distinta de la que es propia del crédito al consumo en la LCCC. En los considerandos de la DCCI se destaca la razón de esta especialidad, normalmente por el superior importe y plazo de los créditos relacionados con bienes inmuebles (Cdos. 3, 21, 22 —*«resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo»*—, 23), y en menor medida por la naturaleza sensible del inmueble para uso residencial (Cdo. 13)<sup>6</sup>. Pero la matriz regulatoria es la misma que en la Directiva 2008/48/CE, ya que se trata de crédito al consumo (art. 1 DCCI), situado al margen de la actividad comercial o profesional del deudor. Veremos después que la perspectiva en la LCCI es algo distinta.

<sup>6</sup> Como destacan DÍAZ/ÁLVAREZ: «La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», en AAVV, *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios* (Directiva 2014/17/UE), dirigido por DÍAZ, REUS, 2015, pp. 13-52, esp. p. 16, la adquisición de la vivienda familiar suele ser la operación de mayor cuantía económica que realiza en toda su vida un consumidor.

En ese ámbito de lo que podemos llamar «*préstamo inmobiliario*», según se acota posteriormente en el art. 2 LCCI, el objeto de la LCCI es establecer determinadas «*normas de protección*» a favor de ciertas personas. Estas normas de protección se despliegan en tres bloques: normas de transparencia; normas que regulan el régimen jurídico de los prestamistas/intermediarios (con el régimen de supervisión y sanción) y normas de conducta aplicables a la actividad de prestamistas/intermediarios. En rigor, si nos ajustamos al índice que aparece al comienzo de la propia LCCI, el régimen jurídico de los prestamistas/intermediarios no integra el bloque que constituyen las normas de protección del prestatario (las primeras en el Capítulo II, el otro en los Capítulos III/IV), pero este detalle no tiene mayor importancia. Resulta relevante, en cambio, que todo lo que no es régimen jurídico de los prestamistas/intermediarios, sí que se deba reputar «*normas de protección*», cualquiera que sea la sección donde se regule (secciones 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del Capítulo II).

### III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1.— Primer nivel subjetivo/objetivo de concreción: para identificar aquellos contratos a los cuales resulta de aplicación la nueva normativa es necesario desplegar un proceso en dos etapas. La primera de identificación básica o primaria, y atiende a su vez a dos elementos, uno subjetivo y el otro objetivo, siendo ambos de forzosa concurrencia cumulativa. Pero sólo con esto no es suficiente, hay un segundo nivel de concreción que añade un nuevo dato, pero entonces como alternativa entre dos posibles. Me centro ahora en el primer nivel.

#### a) *Subjetivo*:

— Prestamista: ha de tratarse de una persona física o jurídica que realice «*de manera profesional*» la actividad de concesión de este tipo de créditos (art. 2.1 LCCI), idea que remacha el art. 24.2 LCCI, ya en el Capítulo III, al indicar a que «*a los efectos de esta ley se entenderá por prestamista inmobiliario a toda persona física o jurídica que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1, letras a) y b)*». Por exigencia del art. 42.1 LCCI, para desarrollar esta actividad con carácter profesional es necesario estar inscrito en el registro correspondiente, de acuerdo con los requisitos que se determinen reglamentariamente, salvo que se trate de entidades de crédito. Recordemos que la DGRN ha mantenido en relación con la Ley 2/2009 un criterio bastante amplio a la hora de valorar el carácter profesional de la actividad, sobre todo para concretar la exigencia de habitualidad (entre las más recientes, v. Res. de 26 de julio de 2017: «*respecto a la difícil cuestión de cuántos créditos o préstamos son necesarios otorgar para entender que existe una real habitualidad o reiteración en la concesión de préstamos y para hacer aplicable la Ley 2/2009, ciertamente es complicado establecer objetivamente esa cifra. Pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las*

*empresas —acreedores— la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», han llevado ya a este Centro Directivo ... a considerar que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada Ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad, como pudiera ser la acreditación de una relación personal entre prestamista y prestatario»).* De todos modos, la profesionalidad está referida a la propia actividad de concesión del crédito («dicha actividad»), no porque se conceda crédito con ocasión de una actividad profesional diferente. Vale la pena compararlo con el art. 2.2 LCCC, cuando define al prestamista como «la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional», por tanto, aunque no sea profesional del crédito, ni constituya una conducta habitual. El matiz es importante. Pensemos en un promotor inmobiliario que ocasionalmente financie una compra mediante un aplazamiento en el pago del precio con la garantía de una condición resolutoria. No parece que deba estar sometido a la LCCI, pero tampoco a la LCCC (art. 3.b)), claramente cuando el aplazamiento se conceda sin intereses, pero quizá en el otro caso tampoco, pues no se trata de un profesional del crédito (pensemos en la obligación de evaluar la solvencia). Esta exclusión no significa, obviamente, que sea inaplicable otra normativa protectora —LCGC, LGDCU.

— Prestatario: es el deudor de cualquiera de los préstamos a los que después me refiero. Sin embargo, la LCCI va más lejos que la DCCI, y de conformidad con sus antecedentes (en especial, la Orden 2011), en este primer nivel de concreción se conforma con que se trate de una persona física, sin ulterior matiz, con independencia de su actividad, aunque se trate de empresarios y aunque el préstamo estuviera relacionado con esa actividad económica. En este sentido la EM se jacta de extender la protección a los trabajadores autónomos, y lógicamente ha de ser para un crédito relacionado con su actividad económica, pues un autónomo siempre merecería la condición de consumidor ordinario en el ámbito de su actividad privada. Dar cabida en determinadas condiciones a la financiación empresarial es un cambio importante de perspectiva en comparación con la DCCI, y plantea el problema de si esas condiciones serán suficientes para mantener la aplicación de la LCCI dentro de unos límites razonables. A la inversa, quedan fuera todas las personas jurídicas, aunque excepcionalmente alguna pudiera merecer la consideración de consumidor (art. 3.II LGDCU). Insisto en esto último, pues la persona jurídica consumidora no entra después por la vía del art. 2.1.b) LCCI, ya que esta regla se refiere al segundo nivel de concreción y por tanto acota una subcategoría que antes debe cumplir con los requerimientos del primer nivel, y de este ya habría quedado excluida por su condición personal.

Entre la persona física y la persona jurídica nos podemos encontrar con situaciones intermedias de catalogación algo más compleja. No ofrece duda la comunidad por cuotas o en mano común, tampoco cuando uno de los comuneros sea una persona jurídica, pues la persona física arrastra la aplicación de la LCCI



a todo el contrato, también en beneficio de todos los demás, aunque la cuota de aquella sea muy minoritaria (cfr. con el criterio de la Circular BE 5/2012, que exige que las comunidades «*estén mayoritariamente constituidas por personas físicas*»). Algo más complejo en un edificio en régimen de propiedad horizontal<sup>7</sup>, en una comunidad de bienes que realmente desarrolle una actividad profesional/empresarial<sup>8</sup>, o en una sociedad civil cuando resulte controvertida su personalidad jurídica<sup>9</sup>. Dado el carácter protector de la nueva normativa parece que, en presencia de una persona física, y aunque su posición quede algo difuminada por la interposición de esas «entidades», se debe aplicar la LCCI.

Pero en el préstamo inmobiliario la LCCI contempla tres posibles posiciones, una como deudor, otra como fiador, y finalmente como garante (este último, titular de la garantía real, sin ser deudor), y puede ocurrir que sólo una de estas se ocupe por una persona física, mientras las otras correspondan a una persona jurídica. Son tres las cuestiones que entonces se plantean en relación con la aplicación de la LCCI. La primera, qué posición ha de ocupar la persona física para que la LCCI sea aplicable. La segunda, si cabe una aplicación sólo parcial de la LCCI, según sea la naturaleza de la persona interviniente, o su posición en el contrato. La tercera, qué ocurre con el contrato de garantía.

Primera, por el empleo de la conjunción disyuntiva en los arts. 1.I y 2.1.I LCCI parece claro que la LCCI se aplica por la intervención de una persona física, ya sea como prestatario, fiador o garante. Es decir, aunque el deudor sea una persona jurídica que actúe en ejercicio de su actividad empresarial, pues el fiador/garante es objeto de protección por sí mismo, no por serlo también el prestatario (respecto

<sup>7</sup> Como se desprende de las Res. DGRN de 26 de julio de 2017 y de 12 de febrero de 2017, cabría la inscripción de una vivienda a nombre de la propia comunidad de vecinos, incluso, según resulta de la primera resolución, sin que se trate de una situación transitoria a la espera de su conversión en elemento común (imposible cuando la vivienda adquirida por la comunidad se encuentre en un edificio distinto). En una situación así cabe plantear si la comunidad puede hipotecar la vivienda en garantía de un préstamo. De todos modos, sin necesidad de llegar tan lejos como la constitución de una hipoteca, la capacidad de las comunidades de propietarios para actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, ya se reconoció en el art. 20 RDL 8/2011, de 1 de julio, y en el art. 9.5.a) del RDL 7/2015, 30 de octubre, y puede ocurrir que la operación entre en el ámbito objetivo de la LCCI, no por la garantía, sino por la finalidad.

<sup>8</sup> Cuando se trate de una comunidad de bienes que actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, la circular del BE 5/2012 dispone que las partes pueden acordar su no aplicación total o parcial, con algunas excepciones.

<sup>9</sup> Sin perjuicio de que la sociedad civil pueda figurar como titular de un inmueble en el Registro de la Propiedad —RP— (Res. DGRN de 14 de febrero de 2001), en cuyo caso se trataría de una persona jurídica a efectos de una futura hipoteca, no es infrecuente que la inscripción se haga a nombre de las personas físicas por cuotas, pero manifestando en el título que el bien está afecto a la actividad de una sociedad civil, de la cual los adquirentes son únicos socios y representantes (un ejemplo curioso en la Res. DGRN de 28 de noviembre de 2013). Si en el futuro se pretendiera la hipoteca de ese inmueble, quizá no haya dudas de la personalidad jurídica de la sociedad civil ex art. 1.669 CC, pero en el RP no aparecería como tal respecto de esa finca (quizá sí en otras inscritas con arreglo al primer criterio), generando una curiosa discrepancia sobre la condición personal del prestatario que percute sobre la naturaleza misma del préstamo.

de la exigencia de expresión manuscrita, en el caso de un hipotecante no deudor persona física, siendo la prestataria una persona jurídica, v. la Res. DGRN de 29 de septiembre de 2014).

Segunda, entonces la duda es si arrastra en bloque la aplicación íntegra de la LCCI a todo el contrato, pues de ser así también se protegería al prestatario persona jurídica, no sólo en cuestiones de transparencia, también cuando se trate de las normas que afectan al contenido y la ejecución de los contratos. Recordemos que en el ámbito de la legislación de consumidores, cuando el deudor principal no tiene la condición de consumidor, pero sí el avalista, por carecer de relación funcional con el negocio al que va destinado el crédito, la aplicación de la LGDCU a este último —y sólo a él— tiene carácter selectivo (con claridad lo expresa la Res. DGRN de 14 de julio de 2017: *«el control de abusividad o de contenido del mismo debe circunscribirse a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a la que le será aplicable la normativa que corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. Así, serían abusivos o contrarios a normas imperativas, el pacto por el que el fiador se obligue a más que el deudor principal, el que exonere al acreedor negligente de consentir el beneficio de excusión del fiador... o el de renuncia a la extinción de la fianza cuando por algún hecho del acreedor no pueda quedar subrogado en los derechos o hipotecas del mismo. No lo serían, a sensu contrario, las cláusulas del contrato principal de crédito relativas a la limitación a la baja de los tipos de interés, a los límites de los intereses moratorios o a los gastos repercutibles al deudor principal, cuando éste interviene dentro del ámbito de su actividad empresarial o profesional, salvo que fuera otro su ámbito de aplicación»*; un ejemplo muy claro en la Res. DGRN de 31 de octubre de 2017 al confirmar un interés de demora del 29%, a pesar de que al avalista se le reconocía la condición de consumidor). En este sentido el segundo inciso del art. 2.2 LCCI declara que *«la obligación de comparecencia prevista en el artículo 13 y las normas de protección al prestatario previstas en la presente Ley se extenderán a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo»*. Pero *«normas de protección»* en la Ley realmente son todas, desglosadas en los tres bloques que indica el art. 1.II LCCI, por ello el precepto, lejos de desmembrar y acotar «a la baja» la aplicación de la LCCI cuando la persona física sólo interviene como fiador/garante, realmente confirma su aplicación íntegra, aunque tenga interés en destacar especialmente la obligación de comparecencia ante el notario del art. 13 LCCI. Pero toda la LCCI, incluidas aquellas limitaciones que afectan al contenido del contrato, como las comisiones por reembolso anticipado, serán aplicables por la sola presencia de una persona física como avalista. Puede darse así la curiosa paradoja de que una sociedad impedida de acceder al régimen especial en materia de comisiones por reembolso anticipado del Capítulo IV de la Ley 41/2007 por no tributar por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades, podría conseguir un trato aún mejor por el mero hecho de que le avale su administrador y socio mayoritario, aunque el avalista no pueda ser reputado consumidor a estos efectos.



Tercera, aunque la LCCI resulte aplicable al contrato principal de préstamo por razón de la persona del fiador, realmente nada se dice en la misma sobre el contrato de garantía, que no es objeto de atención en la LCCI, ni siquiera en cuestiones de transparencia (lo mismo ocurre en la LCCC). El fiador habrá de ser informado de todo lo relacionado con el contrato principal en los mismos términos y con idéntica exhaustividad que el deudor (puede ser una persona jurídica), pero en ningún momento las normas de transparencia han previsto un «aparte» con el fiador para dejarle igual de claro en qué términos se va a obligar y, como es habitual en estos contratos, a qué beneficios ha de renunciar (cfr. con la norma quinta.1.III Circular BE 5/2012, «*en los supuestos en que, en dichas operaciones de préstamo o crédito, se contemple la existencia de avalistas, éstos deberán ser informados detalladamente del contenido de sus obligaciones y de las responsabilidades que asumen*», con el art. 10.7 de la Ley andaluza 3/2016 —«*en el caso de que se exija persona avalista o fiadora, se advertirá expresamente de su carácter solidario o no, así como de las consecuencias de la renuncia, en su caso, al beneficio de excusión y división*»—, o con el art. 6 de la Ley madrileña 1/2012 —«*el avalista, en caso de existir, deberá ser informado del alcance de las obligaciones y de la responsabilidad que puede asumir*»—; recordemos, también, el art. 3.bis RDL 6/2012, de 9 de marzo, y el derecho de los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión de exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión).

— Supuestos especiales: a pesar de lo dicho en el punto anterior sobre la aplicación compacta de la LCCI, en ocasiones alguna de sus normas parece restringir su ámbito subjetivo al exigir expresamente que el prestatario sea una persona física. En tal caso, cuando el prestatario fuera una persona jurídica, esa norma en concreto no sería aplicable, aunque el garante/fiador tuviera la condición de persona física. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el art. 23 LCCI al tratar de los intereses de demora, donde sólo se habla de «*préstamo concluido por una persona física*», precepto que, además, sólo se aplica en los casos de hipoteca sobre inmueble para uso residencial, dejando fuera todos los demás supuestos de aplicación de la LCCI. En parecido sentido el art. 18.3 LCCI para el préstamo en moneda extranjera cuando el prestatario no tiene la condición de consumidor, aunque la tenga el avalista. Respecto del vencimiento anticipado, en el ALCC también se acotaba a la persona del deudor, pero el texto final del art. 22.1 LCCI ha cambiado la perspectiva y ahora alude indistintamente al prestatario, fiador o garante que sea persona física, bastando con uno cualquiera de los tres. Al margen de esto, hay normas por su propia finalidad que sólo pueden estar referidas al deudor. Pensemos en los principios de actuación del art. 4 LCCI, y muy especialmente en todo lo relacionado con la actividad de asesoramiento, pues sólo cabe tener en cuenta las preferencias y objetivos de quien ha pedido —y consumirá— el préstamo. Otro tanto en relación con la evaluación de la solvencia del potencial

prestatario en los términos de la LCCI, sin perjuicio de que el profesional también demande información sobre la situación patrimonial del posible fiador<sup>10</sup>.

b) *Objetivo*: ha de tratarse de operaciones de crédito en sentido amplio, tanto de crédito como de préstamo, aunque la Ley normalmente alude a este último (art. 2.3 LCCI). Tampoco han de excluirse otras formas de financiación, como el aplazamiento del precio, pero debería concurrir entonces el carácter profesional del crédito en el proveedor, a deducir entonces de un empleo habitual de mecanismos de financiación. Sólo en el siguiente nivel este crédito se singulariza, bien por el objeto de la garantía, bien por su finalidad. Por otro lado, aunque el art. 2.1 LCCI hable de «concesión» de préstamos o créditos, la DA 6.<sup>a</sup> deja claro que sus disposiciones también se aplican a los supuestos de subrogación de deudor y a los de novación modificativa (la subrogación activa es reconducible a ésta, pues ha de haber modificación de condiciones), en todo lo relativo a las obligaciones de transparencia, análisis de solvencia, pero, también, las limitadas normas sobre contenido, ejecución y resolución del contrato (aunque no las destaque la DA 7.<sup>a</sup>). Esto último podría hacer necesaria en caso de subrogación una limitada adaptación del contenido del contrato cuando el empresario/transmitente sea una persona jurídica, que hubiera pactado unas condiciones diferentes.

2.— *Segundo nivel de concreción*: supuesto lo anterior, para la aplicación *in toto* de la LCCI, habrá de concurrir adicionalmente uno de estos dos requisitos, pero ahora uno sólo cualquiera de los dos.

a) *Por la naturaleza de la garantía*: bastará con que se trate de una garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. Precizando un poco más respecto de la garantía, ésta ha de ser hipotecaria o similar, lo que no se debe reducir a la anticresis, pues también incluye la condición resolutoria/suspensiva o el pacto de reserva de dominio<sup>11</sup>. No obstante, estas últimas garantías parecen reservadas al transmitente, pues se refieren al precio aplazado, en cuyo caso plantean el problema antes indicado sobre el carácter profesional del acreedor, pues dicha profesionalidad ha de estar referida a la actividad de concesión de crédito, no a la venta.

<sup>10</sup> Respecto de la DCCI así lo entiende también DÍAZ: «Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia», en AAVV, *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, dirigido por DÍAZ, REUS, 2015, pp. 223-276, esp. p. 233, aunque considera carente de sentido privar al avalista de toda protección, y por eso no se debería aceptar a quien tiene una situación económica tal que la ejecución del aval le dejaría en bancarrota.

<sup>11</sup> Como la DCCI habla de una «garantía comparable» a la hipoteca, para MUÑOZ: *El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el derecho europeo*, CIVITAS, 2016, p. 40, la semejanza ha de ser en el aspecto funcional, no tanto en el estructural. En cambio, la LCCI sólo habla de garantía sobre un inmueble de uso residencial, y por eso podrán incluirse modalidades que no participan de la naturaleza propia de la hipoteca de ser un derecho de realización de valor.

En relación al objeto la hipoteca ha de recaer sobre un inmueble de uso residencial, es decir, un inmueble que pueda servir de alojamiento permanente a las personas, en definitiva una vivienda, pero no necesariamente la vivienda habitual o familiar (cfr. con la exclusión del ámbito del crédito al consumo, donde basta con la hipoteca inmobiliaria, sin mayor precisión sobre la naturaleza del inmueble, art. 3.a) LCCC). Cualquier vivienda sirve a estos efectos, como una vivienda de vacaciones, o simplemente una vivienda comprada como inversión, o para alquilar, incluso para instalar en ella un despacho profesional, pues la susceptibilidad del uso residencial es una cualidad objetiva del inmueble, no relacionada con la finalidad que persiga el propietario. Más problemático que puedan entrar por sí solos otros inmuebles relacionados con el uso residencial, como una plaza de garaje o un trastero, pues su uso es de almacén/estacionamiento. Por otro lado habrá que estar a la situación real del inmueble, según resulte de la tasación hipotecaria (puede no existir, sólo afecta a la ejecución, Res. DGRN de 17 de julio de 2015) o de la certificación de Catastro, aunque el cambio de uso aún no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad, o no dispusiera de la pertinente cédula de habitabilidad. En caso de derechos desmembrados, por ejemplo nuda propiedad de una sociedad y usufructo de una persona física, la LCCI también sería aplicable.

En estas condiciones de garantía la finalidad del préstamo es por completo irrelevante, y puede ser un préstamo relacionado con el mismo inmueble que se hipoteca (para financiar su adquisición o reforma), de una típica operación de consumo (unas caras vacaciones), o de financiar la actividad económica del empresario autónomo. Es decir, aunque claramente no se trate de un crédito para el consumo. Vale la pena plantear entonces si por esta vía se puede financiar la construcción de una vivienda para su venta (no auto-promotor), pues el supuesto de la letra siguiente, referido expresamente a inmuebles por construir, exigiendo —ahora sí— la condición de consumidor, opera cuando la garantía no es hipotecaria. De aceptarlo, en caso de hipoteca bastaría con declarar previamente la obra nueva en construcción, aunque todavía no se hubiera puesto un solo ladrillo, para entrar en el ámbito de protección de la LCCI. Si a esto se suma que la aplicación de la norma, aunque emplee el singular («un inmueble»), no parece quedar excluida por el hecho de hipotecar varios, incluso, que también se hipoteque con la vivienda otro inmueble de uso no residencial, o que se trate de todo un edificio no configurado en propiedad en horizontal, el resultado final es que un empresario individual acogándose a la LCCI podría financiar toda una promoción inmobiliaria. Podría darse la paradoja, incluso, de que lo hiciera mediante una típica hipoteca a promotor, donde se recoja la obligación del empresario individual de hacer las comunicaciones previstas en la DA 7.<sup>a</sup> LCCI para la posterior subrogación en el préstamo de los compradores. De considerar que esto lleva demasiado lejos el ámbito de protección de la LCCI, cabe atender entonces al tenor literal del art. 1.1.a) LCCI y sostener que la hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles de uso residencial ya existentes, no en fase de mero proyecto o de construcción apenas iniciada. Cuando la hipoteca se solicite para adquirir el terreno donde se

piensa construir, la operación podrá entrar en el ámbito de la LCCI por el siguiente supuesto, pero este sí exige la condición de consumidor.

Llevando al límite esta indiferencia de la LCCI por la actividad del deudor —insisto, sólo cuando se trate de hipoteca—, podríamos llegar a la paradoja de aplicar esta Ley en un supuesto de hipoteca flotante del art. 153.bis LH, siempre que recaiga sobre una vivienda y tengamos a una persona física en el papel de deudor/hipotecante/fiador, aunque no alcanzo a ver cómo se aplicarán las normas de transparencia en el momento de constituir la garantía a unas obligaciones futuras que sólo se identifican mediante «*la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*», sobre todo cuando esas futuras operaciones sean típicamente mercantiles y estén relacionadas con la actividad económica del hipotecante<sup>12</sup>.

b) *Por la finalidad del crédito*: cuando la operación no entre por razón de la garantía hipotecaria, bien porque se trate de otra garantía real (prenda, hipoteca mobiliaria), bien porque la hipoteca no recaiga sobre un inmueble de uso residencial (solar, nave industrial, local comercial), o simplemente porque no hay garantía, existe aún la posibilidad de beneficiarse de esta Ley, pero se han de cumplir requisitos adicionales relativos a la finalidad del préstamo, en un doble sentido negativo y positivo.

— Negativo: ahora sí la LCCI exige que el prestatario/fiador/garante —uno cualquiera de ellos— sea un consumidor, es decir, y de conformidad con el art. 3.I LGDCU, que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, pero en el momento de celebrar el contrato, aunque la situación cambie después<sup>13</sup>. Formulado en negativo el requisito sería, por tanto, la ausencia de esa finalidad en una de esas tres personas, aunque las demás no

<sup>12</sup> Es una modalidad hipotecaria típicamente empresarial, pero tampoco cabe excluir que también se incluyan operaciones de crédito al consumo. Recordemos que sólo por razón de su posible cobertura hipotecaria, todas las operaciones individuales ya quedan excluidas de la LCCC (Díez: «Comentario del art. 3», en AAVV, *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, dirigido por MARÍN, ARANZADI, 2014, pp. 137-205, esp. p. 165), pero podrían acabar cayendo en el régimen más riguroso de la LCCI.

<sup>13</sup> De gran interés la STS de 23 de noviembre de 2017, rec. 1364/2015, pues, aunque el préstamo se suscribió como promotor para la venta acabó siendo autopromoción para uso propio; para el TS: «a efectos del préstamo para la financiación de la construcción, el auto-promotor es consumidor, puesto que aunque aborde tareas que, en principio, se encomiendan a profesionales, como la gestión de la construcción de un edificio, no lo hace en el marco de una actividad empresarial, sino para la satisfacción de necesidades personales, en este caso las de acceso a una vivienda. No obstante, la cuestión que se plantea en el caso es que el prestatario no obtuvo el préstamo como auto-promotor, sino como promotor, puesto que la finalidad en ese momento era construir para revender. Esta precisión temporal es decisiva, pues en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento en que se celebra el contrato con condiciones generales, ya que afectan a la prestación del consentimiento. Máxime si, respecto del control de transparencia, que es el que se postula en la demanda para que se declare la ilicitud de la cláusula suelo litigiosa, hemos insistido en la importancia de la información pre-contractual, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar».

lo cumplan y sí actúen guiados por ese propósito<sup>14</sup>. Esta exigencia resulta fácil de comprender cuando se trata del deudor, por ser quien busca la financiación y lo hace con un propósito concreto que podrá ponerse en relación —o no— con una posible actividad económica, pero bastante menos en el caso de un garante/ fiador, normalmente forzado a prestar la garantía, muy a su pesar (cosa distinta que haya un vínculo funcional con el deudor, v. ATJUE de 19 de noviembre de 2015 C-74/15, y entre nosotros SAP de Pontevedra de 6 de abril de 2016, rec. 128/2016). Realmente, si un empresario individual consigue que su padre le avale el crédito —no hipotecario— para la compra de un terreno donde piensa construir un edificio para su promoción y venta por pisos, resulta bastante chirriante que la operación entre en el ámbito de aplicación de la LCCI, sólo porque el padre le avale por razón de parentesco, y no por tener interés en la operación, aportando así al supuesto la condición de consumidor que el precepto demanda, pero sólo en uno de ellos. El resultado final, en beneficio del prestatario/empresario, va más lejos de lo que supondría el tratamiento —sólo— del avalista como consumidor (v. *supra*)<sup>15</sup>. Por otro lado, cuando se trate de contratos de doble finalidad, porque el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad económica, la persona debe ser considerada un consumidor a estos efectos (Cdo. 12 DCCI, aunque con la salvedad de que dichas actividades no predominen en el contexto general del contrato).

— Positivo: además de la exclusión anterior por razón de la naturaleza de la actividad, es necesario que el préstamo/crédito tenga por finalidad específica la de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. La alusión al derecho de propiedad debe entenderse en sentido amplio, con inclusión de formas más especiales de ese derecho como la propiedad temporal o la propiedad compartida que ahora se regulan en el CCC<sup>16</sup> (arts. 547 y 556, y STC 95/2017 de 6 de julio de 2017; no lo sería, en cambio, un derecho de aprovechamiento por turnos de la Ley 4/2012, de 6 de julio). El art. 1.I ALCCI parecía exigir que el inmueble fuera para uso residencial, aunque después

<sup>14</sup> Recordemos a estos efectos que lo determinante es la naturaleza de la actividad, no la habitualidad; en este sentido, v. SAP de Girona de 9 de enero de 2018, rec. 614/2017, que niega la condición de consumidor a un promotor individual de un edificio para su venta, al considerar irrelevante que fuera otra su actividad habitual.

<sup>15</sup> Por seguir con ejemplos paradójicos, en cambio no se cumpliría el requisito negativo cuando el préstamo lo pidiera el empresario individual, juntamente con su cónyuge casado en régimen de gananciales, pues, según resulta de la STS de 7 de noviembre de 2017, rec. 3282/2014, ninguno de los dos es consumidor: «*resulta claro que el Sr. Alfonso no intervino en la contratación del préstamo hipotecario como consumidor; puesto que lo hizo en el marco de su actividad empresarial y precisamente para refinanciar unas deudas de tal naturaleza, con la finalidad de unificarlas y poder sobrellevar mejor las cuotas mensuales de amortización ... En lo que respecta a su esposa, que también figura como prestataria, la cuestión es si intervino fuera de una actividad empresarial o profesional o si, pese a no ser ella quien desarrollaba la actividad para cuya satisfacción se solicitó el préstamo, tenía algún tipo de vinculación funcional ... con esa actividad. A tal efecto, la Audiencia Provincial ha considerado acertadamente que la Sra. Begoña no era ajena a las deudas que se refinanciaron con el préstamo hipotecario, porque debía responder de las mismas conforme a lo previsto en los arts. 6 y 7 Ccom*».

<sup>16</sup> En igual sentido, MUÑIZ: cit., p. 41.

el art. 2.1.c) sólo hablaba de «edificios». Pero en la redacción del proyecto de LCCI nada se dice al respecto, ni en el art. 1.I, ni ahora en el art. 2.1.b), donde sólo se mencionan los inmuebles, aunque la EM sigue aludiendo a préstamos «cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial». Pero han de ser inmuebles «construidos o por construir», es decir, en el terreno ha de existir un edificio o proyectarse en el mismo una edificación, y si nos atenemos al art. 1.3.h) RD 235/2013, de 5 de abril, un edificio sólo es una construcción techada con paredes —Res. DGRN de 2 de abril de 2013—, de ahí que, desaparecida aquella restricción, termina entrando cualquiera de los usos del art. 2.1 Ley Ordenación de la Edificación, guarde o no relación con el uso residencial (un garaje, un trastero, también, una nave industrial para alquilar, pues la mera posibilidad de invertir los ahorros para lucrarse con el alquiler no excluye la condición de consumidor, v. STS de 20 de diciembre de 2017, rec. 1962/2016). En tal caso la hipoteca constituida por persona física consumidora exclusivamente sobre un local comercial —que no entra por el anterior supuesto de la garantía—, siempre que la finalidad sea alguna de las indicadas —entre ellas, la compra del mismo local—, queda sujeta a la LCCI. Pero se trata de la finalidad inmediata, pues la mediata, al exigirse —ahora sí— la condición de consumidor, no permite que el destino del local sea instalar su propio negocio o la inmediata reventa, en cambio sí el alquiler (de nuevo con matices respecto de la venta, pues el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física; como señala la STS de 16 de enero de 2017, rec. 2781/2014, «cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad —comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.—, ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario ... A ello se suma que la cantidad total invertida se compadece más con la de un consumidor que invierte sus ahorros, que con la de un profesional de la inversión, si se atiende a la suma desembolsada»<sup>17</sup>).

Por otro lado, el término «conservar» no debe interpretarse en un sentido material como equivalente a reforma o mantenimiento del edificio, sino jurídico,

<sup>17</sup> De esta situación se percató el informe del CE al decir: «el anteproyecto modula la aplicación del régimen de protección de la Directiva a los profesionales autónomos, ya que cuando se trate de «la concesión de préstamos cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir» ... el prestatario, fiador o garante ha de ser un consumidor. Con ello se pretende evitar los problemas que pudiera plantear la aplicación de esta previsión a los autónomos (en tanto posibilita la vinculación de tales contratos a fines exclusivamente profesionales, al no exigirse el uso residencial)». Pero el problema de que el contrato se vincule exclusivamente a fines profesionales sólo se evita en parte. De un lado, porque bastaría con que el fiador fuese consumidor, no así el deudor. De otro lado, porque un contrato suscrito con esa finalidad entra sin mayor problema en el ámbito de aplicación de la LCCI, sin la necesaria presencia de un consumidor, por la otra vía de hipotecar un inmueble de uso residencial.



como financiación necesaria para conservar el derecho sobre el bien inmueble, y así lo confirma el Cdo. 15 Directiva cuando menciona los contratos de refinanciación, en el sentido de evitar la ejecución sobre el inmueble, pero sin llegar al extremo de incluir el crédito destinado a pagar los gastos de la defensa jurídica de la propiedad o de los derechos del propietario<sup>18</sup>. La duda es si ha de haber una relación directa entre la deuda que se refinancia y la adquisición anterior del inmueble, pues, de no ser así, cualquier deuda que pusiera en peligro la propiedad del bien (p. ej., haber provocado una anotación preventiva de embargo), aunque no fuera por crédito realmente inmobiliario, sí que tendría ese carácter con ocasión del nuevo crédito obtenido para levantar la carga.

Sin perjuicio de que la rehabilitación integral —quizá— pueda equipararse a la construcción del edificio<sup>19</sup>, las simples reformas no deberían salir del ámbito de la LCCC, aunque el Cdo. 15 DCCI plantea una duda al hablar «*de créditos garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial*», de un lado por el alcance material de la «*renovación*», y de otro por la exigencia de estar «*garantizado*», pues, en caso de hipoteca, la finalidad del crédito sería irrelevante (aunque en la DCCI, siempre ha de ser consumidor). Prevalece, no obstante, la delimitación simétricamente inversa de la Directiva 2008/48/CE, que lleva estos contratos al ámbito del crédito al consumo, y en nuestro caso al de la LCCC (Cdo. 14 Directiva 2008/48/CE, «*conviene excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos relativos a la concesión de un crédito que esté garantizado por una hipoteca sobre un inmueble, dado que este tipo de crédito tiene un carácter muy específico. Asimismo, aquellos contratos de crédito cuyo propósito consista en financiar la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva. No obstante, no podrán excluirse del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos relativos a la concesión de un crédito únicamente porque el objetivo sea la renovación o el aumento del valor de un inmueble ya existente*»).

Por último, parece que el préstamo siempre bascula sobre un acto de adquisición de un inmueble (salvo la conservación en el sentido *supra* indicado), no sobre la construcción de una edificación. Si el inmueble ya era propiedad del deudor, el préstamo concedido para financiar la obra nueva no entra por esta vía, y por la anterior referida a la hipoteca sólo si entendemos que el inmueble de uso residencial puede estar simplemente en fase proyecto o de construcción apenas iniciada. El problema, como antes dije, es que admitir esta hipótesis nos abre el

<sup>18</sup> Por el significado jurídico de la «*conservación*», v. ANDERSON: «La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el derecho español», en AAVV, *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, dirigido por ARROYO/ SERRANO, Marcial Pons, 2016, pp. 45-64, esp. p.53.

<sup>19</sup> Para la DCCI así lo entiende, SERRANO: «Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *La Notaría*, 2014-1, pp. 93-98, esp. p. 95. Recordemos el concepto de rehabilitación del art. 261-1.a) CCC, quizá demasiado amplio a estos efectos («*conjunto de obras de carácter general que mejora la calidad en cuanto a las condiciones de seguridad, funcionalidad, accesibilidad y eficiencia energética*»).

supuesto a situaciones —quizá— algo alejadas del plan del legislador (entiéndase nacional, que ha decidido ir más lejos que la DCCI en la delimitación del ámbito subjetivo de la norma).

3.— ¿Necesidad de una reducción teleológica?: las consideraciones anteriores, y algunas otras que se harán después ponen de manifiesto que la apertura del régimen protector de la LCCI a la persona física en cualquiera de las tres posiciones de deudor/fiador/garante, unida en ocasiones a cierta falta de concreción en los usos del inmueble, puede llevar este régimen protector demasiado lejos. Tal vez sea necesaria una reducción teleológica para no aplicar todas sus normas a supuestos que no parece deban estar dentro de su ámbito de aplicación. Quede la cuestión simplemente apuntada.

4.— Un tema notarial sobre la forma del contrato: los contratos regulados por la LCCI deben formalizarse en papel o en otro soporte duradero (art. 20.1 LCCI), pero esto es una consecuencia, no un presupuesto de aplicación de la Ley. Sin embargo, por el especial relieve de la intervención notarial en las cuestiones relacionadas con la transparencia, surge la duda de si el notario debe actuar en la forma prevista en el art. 13 LCCI, siempre que concurra alguno de los anteriores supuestos de hecho, o si debe acotarse esa actuación, bien sea por razón de la naturaleza del negocio, bien por el tipo de instrumento público. La cuestión no es impertinente a la vista del singular descuido mostrado por el legislador. De un lado al hablar sólo de escritura pública (arts. 12.1.f), 20.2 LCCI), pues olvida que algunos de los negocios reconducibles al ámbito de la LCCI también podrían constar en póliza intervenida. De otro lado por aludir en la regulación específica del art. 13 LCCI sólo al préstamo hipotecario (en realidad, así lo hace en el primer párrafo del apartado 2, pues en otros puntos habla en general de préstamo, haciendo la duda aún mayor). Cabe una interpretación flexible que restrinja la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material a los casos de préstamo hipotecario, pero incluyendo cualquiera de los supuestos del art. 2.1 LCCI. Es decir, aunque no se hipoteque un inmueble de uso residencial, pero en la hipoteca intervenga un consumidor y la finalidad sea alguna de las indicadas, lo que obligará al notario a la oportuna confirmación de ambos extremos por parte de los interesados. Fuera de esto, tanto si el préstamo se formaliza en póliza, como si lo es en escritura pública, las normas de transparencia a cargo del prestamista no cambian, pero el notario no debe levantar el acta prevista en el art. 13 LCCI, ni el prestatario tiene la «obligación» de prestarse al asesoramiento personalizado al que después me refiero. Convendrá, por eso, incluir una manifestación expresa de que la finalidad del préstamo no es alguna de las referidas, y en caso contrario que el prestatario declare —al menos— haber recibido la documentación prevista en el art. 12 LCCI que en el caso resulte pertinente (no lo será el seguro de daños, o la alusión a los aranceles registrales).

5.— Operaciones excluidas: se detallan en el art. 2.4 LCCI, siguiendo la relación del art. 3.2 DCCI. Como cuestión previa, antes de que opere la exclusión legal, es necesario que la operación crediticia quede sujeta a la LCCI con arreglo



a los criterios anteriores, ya sea por razón de la garantía hipotecaria, o por la finalidad del crédito. Por otro lado, en la LCCI la exclusión es total, pues no se ha hecho uso de la posibilidad de una aplicación parcial de la Ley en determinados casos previstos en la DCCI. Esto significa que tampoco se aplicarán las normas sobre evaluación de la solvencia. Estos préstamos excluidos son:

— Concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya TAE sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general (letra *a*): por esa falta de ofrecimiento al público, son contratos que en rigor no tienen competencia y tampoco tiene mucho sentido comparar con otros. Realmente tienen naturaleza salarial al estar, de hecho, subsidiados, y por eso su carácter accesorio debe referirse a la relación laboral que los justifica, antes que a la actividad principal del profesional, pues en tal caso ya quedarían fuera de la LCCI por no tener el empleador la condición de prestamista. De todos modos, al margen de cuestiones de transparencia (el hecho de ser empleado de un prestamista —en otro caso no estaría sujeto— tampoco permite suponer un especial conocimiento en el deudor), sorprende que el empleador pueda conceder un préstamo de manera irresponsable, es decir, sin atender a la solvencia del deudor, pues el riesgo de perder el inmueble en caso de impago existe en todo caso<sup>20</sup>.

— Concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo (letra *b*): es decir, para el deudor no ha de ser realmente a coste cero, pues hay ciertos gastos que debe soportar (pensemos en los notariales/registrales/fiscales/gestión de una hipoteca, o los relacionados con la tasación), pero el prestamista ninguna retribución ha de percibir por el préstamo, fuera del mero reembolso de costes abonados inicialmente por él pero correspondientes al deudor.

— Concedidos en forma de facilidad de descubiert y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes (letra *c*): aplicando la noción del art. 4.1 LCCC, facilidad de descubiert sería aquel contrato de crédito explícito mediante el cual un prestamista pone a disposición del cliente fondos que superen el saldo en la cuenta a la vista. No se incluyen, por tanto, el descubiert tácito y el excluido tácito, según se definen en los números 2 y 3 del art. 4 LCCC (en la práctica bancaria española, lo normal es el descubiert tácito y rara vez se pacta el expreso).

<sup>20</sup> Certestamente lo destaca ANDERSON: cit., p. 53, «¿acaso tiene sentido que un banco preste de manera irresponsable a sus propios empleados y luego sea implacable en la ejecución? Desde el punto de vista del empleado, el buen negocio que hace le coloca en inferioridad de condiciones respecto del consumidor en general, sin necesidad de que tenga conocimientos en la materia (puede trabajar en recursos humanos o en cualquier otro departamento que no exija conocimientos financieros); es casi como si comprar de rebajas impidiese reclamar por los defectos del producto adquirido». En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 2017, rec. 320/2015, admite que, en ocasiones, aunque tenga la condición de consumidor, un empleado de banca puede precisar menos información (sobre todo pre-contractual) para conocer el contenido de una cláusula, pero no es una regla general que se pueda aplicar siempre y sin considerar cuál era el cometido específico del empleado en el Banco.

Adviértase que no han de ser gratuitos, al contrario, la comisión de descubierto puede ser importante.

— Resultado de un acuerdo ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación (letra *d*): la LCCI se expresa en términos mucho más amplios que los del art. 3.º LCCC, apenas limitados al acuerdo alcanzado ante los tribunales. Ahora se incluye el arbitraje, la conciliación en cualquiera de sus modalidades (arts. 139 y ss. Ley de Jurisdicción Voluntaria —LJV—, arts. 81 y ss. Ley del Notariado —LN—, art. 103.º Ley Hipotecaria —LH—, sobre el alcance de esta última, v. la Res. de 31/01/2018), así como la eventual homologación notarial del acuerdo de mediación (art. 23 Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles —LMACM—). El resultado de ese acuerdo puede ser un nuevo préstamo o la novación del anterior, en cuyo caso, bien el nuevo, bien el antiguo que se nova, habrá de reunir los requisitos necesarios para quedar dentro del ámbito de aplicación de la LCCI.

— Relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial (letra *e*): como la finalidad de este nuevo contrato de crédito (no mera novación del antiguo por concesión de nuevo plazo) es cumplir con el anterior, cuyo pago simplemente se aplaza sin gastos, surge la duda de dónde deben concurrir los requisitos que determinan la sujeción a la LCCI, paso previo para decretar su posterior exclusión. Tratándose del supuesto de la letra *b*) del art. 2.1 LCCI, parece que el elemento finalista habría de darse en el crédito antiguo, quedando sujeto el nuevo por suponer una refinanciación y, con ello, un préstamo cuya finalidad es «*conservar*» el derecho de propiedad. La exención vendrá después por la ausencia de gastos, en un sentido análogo al antes indicado para la letra *b*). En cambio, cuando se trate de una hipoteca, no está claro si el mero hecho de que el nuevo crédito sea hipotecario, con independencia de la naturaleza del crédito anterior (es decir, aunque no fuera propiamente inmobiliario), y dando por supuesto siempre la ausencia de gastos, impide que opere la exención, o si la naturaleza hipotecaria debe predicarse necesariamente del crédito antiguo, aunque el nuevo no lo sea. En cualquiera de los dos casos, muy coherente no resulta la falta de exclusión, cuando el supuesto bien podría entrar por la vía de la letra *b*).

— Hipoteca inversa en que el prestamista (letra *f*),

— desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencia, y

— no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la DA 1.ª Ley 41/2007, salvo incum-

plimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo.

La exclusión resulta razonable, pues, por ejemplo, resulta superfluo evaluar la solvencia del prestatario, ya que es el prestamista quien efectúa los pagos a éste, y no a la inversa. Cuestión distinta es la información precontractual, pues el art. 32 Orden 2011 sujeta su concesión a ciertos requisitos de transparencia en cumplimiento de la DA 1.<sup>a</sup> Ley 41/2007 y lo hace tomando como base la regulación general de las hipotecas.

— Supuestos que quedan incluidos: la anterior es una lista cerrada, pues la LCCI no ha hecho uso de la posibilidad prevista en la DCCI de excluir otros contratos, siempre que ya gozaran de un marco nacional adecuado para ellos (art. 3 DCCI). Es el caso del préstamo puente (definido en el art. 5.23 DCCI, como «*un contrato de crédito sin duración fija o reembolsable en un plazo de 12 meses, utilizado por el consumidor como solución de financiación temporal durante el período de transición a otra modalidad de financiación para el bien inmueble*») o de la compra de vivienda para alquilar.

#### IV. CARÁCTER IRRENUNCIABLE

El art. 3.I LCCI destaca el carácter imperativo de las disposiciones de la Ley y de las contenidas en sus normas de desarrollo, no siendo disponibles para las partes, salvo que la norma expresamente establezca lo contrario. La LCCI prefiere decir que son «*imperativas*» en lugar de «*irrenunciables*», a pesar de que este término aparece en la rúbrica del artículo (curiosamente, justo al revés que en el art. 5 LCCC). Cualquier acto de pretendida disposición o renuncia simplemente se tendrá por no puesto. Asimismo, en línea con el art. 5.2 LCCC, proclama la nulidad de pleno derecho de los actos realizados en fraude de lo dispuesto en la LCCI, de conformidad con lo previsto en el art. 6 CC<sup>21</sup>. A diferencia de la LCCC no se han previsto consecuencias específicas para algunos casos de infracción (art. 21 LCCC), de ahí que deban construirse con arreglo a la doctrina general en materia de obligaciones y contratos, y en su caso a la específica en materia de consumidores, con la especialidad de que algún tratamiento específico de estos últimos (p. ej., transparencia material), también será aplicable entonces a la persona física no consumidora (v. *infra*).

<sup>21</sup> En rigor, de conformidad con el art. 6.4 CC, la consecuencia sería la aplicación de la norma que se quiso eludir, y no propiamente la nulidad. Interesante recordar el art. 41.b) DCCI al disponer que los Estados miembros velarán por que «*las medidas que adopten para transponer la presente Directiva no puedan eludirse de un modo que pueda dar lugar a que el consumidor pierda la protección que le otorga la presente Directiva de resultados del modo en que se formulen los contratos, especialmente como consecuencia de la integración de contratos de crédito sujetos a la presente Directiva en contratos de crédito cuyo carácter u objetivo permita sustraerlos al ámbito de aplicación de dichas medidas*».

## V. PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN

Los principios que rigen la actuación de prestamistas/intermediarios en el ámbito de los préstamos inmobiliarios son importantes en su formulación general, sobre todo porque pueden servir en el futuro como parámetros de valoración del comportamiento del profesional en el cumplimiento de sus obligaciones pre- y contractuales, con incidencia en la posible exigibilidad de las obligaciones de su contraparte. Ya sea por falta de transparencia, por un posible error/dolo vicio del consentimiento, o por una defectuosa evaluación de la solvencia, la exigencia de actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, impone un riguroso estándar de conducta, cuya inobservancia podrá percutir muy negativamente sobre su posición contractual. El problema es que la aplicación de principios tan genéricos e imprecisos revela cierta inseguridad. Pensemos en la exigencia de imparcialidad referida al prestamista, que en una aplicación estricta no le permitiría perseguir su propio interés, a pesar de tratarse de un empresario guiado por el legítimo ánimo de lucro. Una cosa es que el principio de honestidad no le consienta aprovecharse de la situación del deudor, o que deba tener en cuenta los intereses del cliente, y otra que no pueda hacer negocio con él. Si un deudor solvente quiere malgastar parte de su patrimonio en un préstamo para un consumo inadecuado, no corresponde al profesional tener que disuadirle de su empeño. El prestamista ha de comercializar el producto de modo que el consumidor pueda reflexionar cuidadosamente sobre la contratación del crédito (Cdo. 31 DCCI), pero no ha de reflexionar por él. Del mismo modo, debe ofrecer explicaciones «*adecuadas*» sobre el producto, para que sea el propio consumidor quien deba «*calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera*» (art. 16.1 DCCI). Tampoco la honestidad debe llevarse al extremo de recomendar productos que el profesional no tiene en su cartera y que a la larga podrían orientar al cliente hacia la competencia.

Ahora bien, el profesional tiene prohibido aparentar ante el prestatario que su asistencia va más allá de lo que razonablemente cabe esperar de él. Por eso la LCCI pone especial interés en configurar el asesoramiento como una actividad distinta de la mera comercialización de los préstamos inmobiliarios. En el desempeño de esta última el prestamista debe ser honesto, imparcial, transparente y profesional, pero no le corresponde recomendar al cliente el contrato de préstamo más adecuado a sus preferencias y objetivos, sino suministrar la información en la forma que mejor se ajuste a las preferencias/objetivos revelados por el cliente<sup>22</sup>. También podría hacer lo primero, pero eso ya es «asesorar» y constituye una

<sup>22</sup> Vale la pena recordar lo que, en sede evaluación de solvencia, establecía el art. 14.4 de la propuesta de DCCI: «*los Estados miembros velarán por que los prestamistas y los intermediarios de crédito, además de evaluar la solvencia del consumidor, recaben la información necesaria sobre su situación personal y financiera, sus preferencias y objetivos, y sopesen un número suficientemente amplio de contratos de crédito, dentro de su gama de productos, al objeto de identificar productos que no resulten inadecuados para aquél, habida cuenta de sus necesidades, su situación financiera y sus circunstancias personales*». Como puso de manifiesto ÁLVAREZ: «Comentario del art. 11», en AAVV, *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, dirigido por MARÍN, Aranzadi, 2014, pp. 522-549, esp. p. 527, al comparar esa propuesta con el muy distinto art. 11 LCCC, en la

actividad diferente, que no está obligado a desempeñar<sup>23</sup>. Por la misma razón, entonces debe dejar claro que no lo hace, para evitar que el cliente confunda la oferta de un producto con una recomendación verdaderamente imparcial.

Por otro lado, estos principios de actuación no están ceñidos a la fase puramente comercializadora, la más relacionada con las cuestiones de información y transparencia que se regulan en la misma Sección, y por esta vía con los servicios de intermediación/asesoramiento, tanto del préstamo como de los servicios accesorios, sino que abarcan todo el ciclo contractual, desde la elaboración de los productos crediticios hasta la concesión del préstamo y su ejecución.

## VI. INFORMACIÓN BÁSICA, GENERAL Y PRECONTRACTUAL

La LCCI regula tres formas básicas de información que van de menor a mayor grado de concreción.

1.— Información básica que deberá figurar en la publicidad: el primer nivel se refiere a la publicidad relativa a los contratos de préstamos inmobiliario, estableciendo el art. 5 LCCI una serie de menciones mínimas, con la finalidad de que pueden comparar anuncios (Cdo. 37 DCCI). Como la LCCI no recoge un elenco de definiciones propias, pueden utilizarse las de la LCCC (p. ej., coste total, importe total adeudado, importe total del préstamo, tipo deudor, todas en el art. 6

---

primera «*el text de suitability del producto respecto de su situación financiera no es competencia sólo del consumidor, sino también del prestamista e intermediario financiero, que debe ofrecerle productos no inadecuados*». Al final, parece que ni la DCCI, ni la LCCI han querido llegar tan lejos, dejando que el deudor sea responsable de sus propias decisiones, pero, eso sí, habiendo sido ampliamente informado sobre lo que hace y sus posibles consecuencias. Para algunos quizá se trate de una normativa pro-bancaria, más preocupada por garantizar el correcto funcionamiento del sistema financiero y de ofrecer a los bancos un «*escudo documental*» que de proteger al consumidor, pero al final habría que protegerle de sí mismo, y la nuestra no deja de ser una sociedad de ciudadanos libres, que también han de asumir su tanto de responsabilidad, cuando han tenido a su disposición los medios necesarios para decidir según convenga a sus intereses. Sobre esta valoración, v. las opiniones que cita CASADO: «La normativa española sobre transparencia de préstamos hipotecarios ante la Directiva 2014/17/UE reguladora de los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial celebrados con consumidores», *Diario La Ley*, número 8.636, 2015, pp. 1-23, esp. pp. 17 y ss.

<sup>23</sup> Creo que el Cdo. 48 DCCI pone claramente de manifiesto estos matices: «*el consumidor puede necesitar asistencia suplementaria para decidir qué contrato de crédito, de entre todos los productos propuestos, es el que mejor se ajusta a sus necesidades y su situación financiera. Resulta oportuno que los prestamistas y, si procede, los intermediarios de crédito, proporcionen dicha asistencia respecto de los productos crediticios que ofrecen al consumidor explicando la información pertinente, incluidas, en particular, las características esenciales de cada uno de los productos propuestos de forma personalizada, de manera que el consumidor pueda entender qué repercusiones pueden tener sobre su situación económica. Los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito deben adaptar el modo de proporcionar tales explicaciones a las circunstancias en que se ofrezca el crédito y a la necesidad de asistencia del consumidor, habida cuenta de los conocimientos y la experiencia crediticios de éste y de la índole de los productos de crédito específicos. Dichas explicaciones no deben constituir de por sí una recomendación personal*».

LCCC). Sobre la integración de la publicidad en el contrato téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 61.2 LGDCU.

2.— Información general: como la publicidad tiende a centrarse en uno o varios productos concretos, y el cliente ha de acceder a toda la gama de productos y servicios disponibles en el mercado, antes de recabar una información personalizada de un profesional concreto, se establece a cargo de cualquier profesional/intermediario un segundo nivel de información general referido a todos los productos que oferte. La LCCI exige que esa información sea clara y comprensible, y encarga su concreción al MEIC. Viene a corresponderse con la FIPRE de la Orden 2011. Aunque el art. 7 LCCI no insiste en su carácter gratuito (como sí hace el art. 21 Orden 2011), la regla general es que todas las obligaciones de información previstas en esta Sección no supondrán coste adicional alguno para los prestatarios (art 4.3 LCCI).

3.— Información precontractual: pero la pieza clave es la información personalizada mediante la FEIN, que trato en el epígrafe siguiente.

## VII. NORMAS DE TRANSPARENCIA

1.— Ámbito de aplicación: a diferencia del Capítulo II de la Orden 2011, las nuevas normas de transparencia no están limitadas al préstamo hipotecario, sino que son de aplicación en la comercialización de «*préstamos inmobiliarios*», y por tales hay que entender todos aquellos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI. Por eso, aunque el régimen de comprobación notarial de su cumplimiento regulado en el art. 13 LCCC se pueda entender ceñido a los supuestos de préstamo hipotecario (v. *supra*), los deberes que la nueva normativa de transparencia imponen al profesional se han de cumplir en todo caso, con independencia de que intervenga después un notario (no siempre será así), o de cómo sea su intervención (escritura/póliza).

2.— Información precontractual: la pieza clave es la información personalizada que se debe proporcionar al prestatario, «*sin demora injustificada una vez que el prestatario haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias, y con suficiente antelación respecto del momento en que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta de préstamo*» (art. 8.1 LCCI). La finalidad de esta información es que el prestatario compare productos. Recordemos que la DCCI pretende reforzar la transparencia en la financiación que afecta a inmuebles, precisamente para conseguir un mercado más competitivo. Se trata de que el consumidor disponga de toda la información relevante, en ocasiones hasta extremos algo puntillosos, y que esta información se reciba —además— en forma fácilmente comprensible y con tiempo suficiente para examinarla y —así— confrontar ofertas<sup>24</sup>. Es la idea fuerza de la

<sup>24</sup> Lo expresa muy bien la SAP de León de 30 de mayo de 2012, rec. 31/2012, «las cláusulas

DCCI, evitar asimetrías informativas para favorecer el funcionamiento eficiente del mercado, y el mercado es eficiente si el consumidor compara, y por esa vía obliga a los prestamistas a competir —lealmente— entre ellos. Ahora bien, la DCCI no obliga al consumidor a comparar, esto queda en el ámbito de su libre decisión individual, aunque los Estados europeos se comprometen a mejorar su educación financiera para que lo haga (DA 3.<sup>a</sup> LCCI). Por ello el art. 8.1 LCCI obliga al profesional a ofrecer la información personalizada que el prestatario necesite, «*para comparar los préstamos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de préstamo*». Pero la obligación básica del profesional es suministrar esa información, no hacer la comparación por el consumidor, ni suministrar información sobre —otros— productos disponibles en el mercado. Eso sería asesoramiento, y el profesional no está obligado a asesorar, aunque también pueda hacerlo. El vehículo de esa información es la FEIN, cuyas características se fijarán por orden del MEIC (art. 8.2 LCCI). Mientras tanto, los prestamistas podrán seguir utilizando la FIPER de la Orden 2011 hasta el 21 de marzo de 2019 (DT 5.<sup>a</sup> LCCI).

3.— Plazo de antelación: como cuestión previa, las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios van más allá de la mera entrega de la FEIN. Esta ficha de información personalizada sólo es uno de los documentos que deben suministrarse, pero hay más. Por esa razón, tampoco sus plazos se confunden. El art. 12 LCCI fija un plazo general para cumplir con aquellas normas de transparencia, entre las cuales estaría la entrega de la FEIN, pero respecto de la misma no se establece un plazo concreto, aunque sí el doble condicionante temporal antes mencionado: de un lado, que su entrega no se demore injustificadamente, una vez el profesional disponga de toda la información necesaria sobre la situación y necesidades del deudor; de otro lado, que se entregue con suficiente antelación respecto del momento en que el deudor quede obligado.

Aclarado esto, el plazo general para la entrega de toda la documentación necesaria para cumplir con el requisito de transparencia es, como mínimo, de siete días naturales, aunque por la extensión subjetiva antes indicada también debería entregarse al fiador/garante. Ciertamente, respecto de éstos, la finalidad no puede ser la comparación de productos, pero sí que conozcan el alcance de su responsabilidad vicaria. De todos modos, aunque sólo sea persona física el fiador, también el prestatario persona jurídica habrá de ser tratado como sujeto protegido a efectos de la LCCI, y por ello sujeto activo de todas las obligaciones de transparencia. Cuando en la operación intervenga un notario, pero —quizá— sólo para la formalización de un préstamo hipotecario, el notario también recibirá toda esa documentación, aunque propiamente no sea necesaria para el otorgamiento de la

---

del contrato son estipulación y no información: cuando a uno de los contratantes se le imponen unas obligaciones de información, su cumplimiento no puede tener lugar a partir de los propios términos del contrato porque la información no sería previa, sino coetánea (la obligación de contener determinadas previsiones en un contrato se cumple haciéndolo constar en él, pero la obligación de información ha de ser previa)».



escritura (pensemos en la póliza de seguro), pero no directamente del prestamista, sino por medios telemáticos «*a través de la interconexión de las plataformas de los prestamistas y del Consejo General del Notariado*». Ahora bien, respecto del notario no opera plazo alguno de antelación mínima, pues según el art. 13 LCCI el notario debe verificar que es el prestatario quien la ha recibido con esa antelación, aunque todavía el notario no la tenga en su poder.

Otra cuestión es si el prestatario podrá renunciar a ese plazo, o parte de él, y la respuesta no está clara, pues la LCCI no hace uso de la posibilidad prevista en el art. 14.6 DCCI de establecer que el consumidor «*no puede aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del período de reflexión*». No obstante, dado el carácter irrenunciable de las disposiciones de la LCCI, y la rotunda obligación impuesta al notario de tener que verificar específicamente que el plazo legal de puesta a disposición se ha cumplido (art. 13 LCCI), parece que la respuesta ha de ser negativa, y por tanto habrá que esperar necesariamente los siete días. Recordemos que respecto de la FIPER el art. 22.2 Orden 2011 sólo exigía que se hubiera entregado con la «*debida antelación*», siendo el plazo mínimo de catorce días naturales para la vigencia de una oferta vinculante, que sólo se entrega si el prestatario la ha solicitado (art. 23). En el ámbito catalán la situación se ha complicado, porque el art. 262-4 CCC establece el plazo mínimo de catorce días, también para la información previa al contrato, plazo que la reciente Res. DGDEJ de 12 de julio de 2017 ha considerado irrenunciable, salvo que la renuncia se ejercite «*con todas las cautelas y garantías necesarias que aseguren la libertad y el conocimiento del consumidor sobre el significado y las consecuencias de la renuncia*» (es decir, renunciante, pero con la oportuna advertencia y justificación).

4.— Ficha Europea de Información Normalizada —FEIN—: en sustitución de la FIPER, el documento clave es la FEIN, que ahora pasa a tener —también— la consideración de oferta vinculante durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de siete días desde su entrega, pero puede ser por más tiempo, si así se pacta. Es decir, mientras esté vigente como oferta vinculante, el prestamista no puede cambiar las condiciones ofertadas, pero eso no excluye que, superado el plazo de vigencia como tal oferta, todavía se mantengan. En cambio, como ficha de información precontractual su entrega puede tener lugar mucho antes de los siete días. La LCCI no regula su contenido, que remite al desarrollo reglamentario (cfr. art. 10 LCCC).

5.— Ficha de Advertencias Estandarizadas —FiAE—: la LCCI ha optado por llevar a otra ficha separada una serie de advertencias específicas sobre ciertas cuestiones que considera de especial relevancia (v. el precedente del art. 25 Orden 2011 para la cláusula suelo). No es una lista cerrada («*al menos*»), lo que permitiría una eventual ampliación por vía reglamentaria, o que el mismo prestamista incluyera otras cláusulas o elementos relevantes, para evitar en el futuro la acusación de no haber advertido debidamente sobre una cláusula de especial importancia, por mucho que no se mencione ahora en la relación legal. Pero a la vista de lo



sucedido con las cláusulas suelo y la Orden 1994, realmente puede pasar de todo, sin excluir que también se acuse al profesional de haber desvirtuado el significado de la ficha, por una acumulación excesiva de advertencias no relevantes.

En concreto, la FiAE debe advertir sobre lo siguiente:

— Índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable: recordemos que, sin perjuicio de la libertad contractual, podrán ser aplicados los índices o tipos de interés de referencia que publique el MEIC por sí o a través del BE, conforme a lo establecido en el art. 5 Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito —LOSSEC— (art. 12.4 LCCI).

— La existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que esté referenciado: después de que la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 considerara un «factor de distorsión» que se informe conjuntamente sobre las cláusulas suelo/techo, «ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo», parece que sólo se debe advertir en la FiAE sobre la limitación a la baja, evitando toda comparación —incluso, mención— del eventual límite al alza, o de la falta de simetría entre ambos límites (cfr. art. 30.3.b).3.º Orden 2011). Esta advertencia es un claro reconocimiento legal de que la cláusula suelo no es abusiva por sí misma, sino sólo cuando no supere el control de transparencia material, y aún entonces con salvedades (pensemos en la mera previsión de que el préstamo no devengará intereses a favor del prestatario, y que la DGRN trata como cláusula suelo de cara a la exigencia de expresión manuscrita del art. 6 Ley 1/2013, v. Res. DGRN de 10 de noviembre de 2016)<sup>25</sup>.

— Posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados

<sup>25</sup> Nuevamente la legislación catalana de consumo puede suponer un problema en este punto, pues la cláusula suelo se considera abusiva en determinados casos, por razón directamente de su contenido (art. 251-6.4 CCC). De momento, la DGRN ha salvado la observancia de la norma autonómica por la vía de entender que el proclamado carácter abusivo de la cláusula no implica sin más su nulidad, sino sólo su sometimiento a la regla de transparencia estatal —expresión manuscrita—, pero, eso sí, debiendo adaptar su redacción a las exigencias peculiares del CCC («a cada uno de los distintos supuestos», según la Res. de 21 de diciembre de 2015; por mi experiencia personal como notario en Cataluña, en la práctica la cláusula suelo tradicional casi ha desaparecido, pero subsiste en su modalidad *lighth* de «cláusula cero» sólo para evitar que el banco deba pagar intereses por razón de un índice de referencia negativo; el problema es que estas cláusulas normalmente se incorporan al contrato sin correlativo límite al alza, lo que las convierte *ipso iure* en abusivas según la normativa catalana; como la DGRN exige una expresión manuscrita adaptada a las exigencias peculiares del CCC, tengo la sensación de que esas hipotecas en Cataluña se están autorizando —e inscribiendo— mal, pues no habría de bastar la expresión manuscrita estándar ajustada a la Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario del BE, sino que se debe destacar su misma naturaleza de abusiva por razón del límite superior, según determina el CCC). A la espera de que finalmente se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y como el art. 6 de la Ley 1/2013 es objeto de derogación expresa por la DD única LCCI, ya veremos cómo habrá de hacerse en la FiAE la advertencia sobre esta limitación cuando se trate de un préstamo sujeto al CCC.

de ello: como veremos después al comentar el art. 22 LCCI, esta «*posibilidad*» no hace referencia a un posible pacto, sino al mero hecho de que el deudor puede perder el plazo en determinadas circunstancias, pero sin necesidad de pactarlo expresamente en el contrato. En cuanto a los gastos, supongo que se refiere al interés de demora y la posible comisión de reclamación de cuota impagada, que propiamente son gastos asociados al impago, haya o no vencimiento anticipado. Otros gastos serían consecuencia de la hipotética ejecución y no entran en esta advertencia (la norma sexta.2.4 de la Circular BE exige información adicional sobre la adhesión de la entidad a un código de buenas prácticas y, en particular, a las implicaciones que dicha sujeción pudiera tener en cuanto al procedimiento de ejecución hipotecaria y a las posibilidades de negociación y de acuerdo previos a la ejecución).

— Distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo: la LCCI no quiere entrar en el espinoso tema de cómo deben distribuirse estos gastos para evitar que la cláusula en cuestión se pueda considerar abusiva, y sólo pide que se informe sobre su reparto (no deja de ser una cuestión de consumidores y la LCCI no es propiamente una ley de ese tipo).

— Que se trata de un préstamo en moneda extranjera: no deja de llamar la atención, pues, si sólo hay que advertir sobre esto, resulta bastante obvio.

#### 6.— Otra documentación:

— En préstamo a interés variable, un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

— Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al de los documentos anteriores (es decir, no basta una minuta con diferentes opciones y espacios en blanco, sino un borrador ya personalizado y completo), que incorpore, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados, especificando los que correspondan al arancel notarial, registral, impuesto de TP y AJD, y los de gestoría (en este documento se cuantifican los gastos, pero la distribución entre las partes resulta de la FiAE).

— Cuando se requiera la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, se deberán entregar por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige (arts. 5 y 8 LMH, arts. 5 y 10 RD 716/2009). Parece que no se trata de cualquier seguro, sino solamente de aquellos cuya suscripción el prestamista está en condiciones de requerir según el art. 15.4 LCCI, pero en el caso del seguro de daños, realmente es una exigencia del prestamista para la posterior titulización del préstamo, aunque lo repercuta al cliente, igual que el seguro de crédito por superar el límite del 80 % de la tasa-

ción, que va a cargo del Banco. No se puede decir que exista una obligación legal de suscribirlos por parte del cliente. Esto sería independiente de la información adicional que debe ofrecer el prestamista en los casos de venta vinculada/combinada cuando se trata de un seguro.

— En el ALCCI se tenía que añadir a todo esto una advertencia sobre la «*posibilidad*» de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario elegido por el mismo prestatario, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en toda la documentación anterior. De forma muy reveladora, en el PLCCI se ha sustituido la «*posibilidad*» por la «*obligación*» de recibir el asesoramiento por parte del prestatario. Para entender este cambio conviene recordar lo antes dicho a propósito de la mejora de la seguridad jurídica como uno de los objetivos de esta Ley. Desde la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/2011 en el ámbito de la ejecución hipotecaria, pero singularmente en el de la contratación desde la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 sobre las cláusulas suelo, nuestro sistema hipotecario está literalmente patas arriba, y lo que resulta más grave, el legislador español ya no sabe qué hacer para reconducir la situación<sup>26</sup>. Lo intentó con la famosa expresión manuscrita en el año 2013, pero ya hay juzgados que aceptan la alegación del deudor de que a él simplemente le dijeron en la notaría «copia esto», sin entender muy bien lo que hacía, y en consecuencia anulan la cláusula<sup>27</sup>.

Evidentemente la STS de 2013 dejó en un lugar bastante incómodo al notariado español, al no haber reputado bastante la lectura de la escritura y las explicaciones dadas por el notario, pero no debemos olvidar que se trataba de una acción

<sup>26</sup> Un resumen reciente de la caótica situación judicial, en JUAN GÓMEZ: «Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica», Actualidad Civil, número 2, 2017, pp. 1-22, esp. p. 21, al acordarse en tono lastimero de los que venimos detrás, «de todos aquellos ciudadanos que solicitaremos en un futuro un préstamo hipotecario [pues] ¿acaso no vamos nosotros a vernos damnificados por esos «graves trastornos económicos» que apuntaba el Tribunal Supremo? Parece evidente que un efecto colateral de las últimas sentencias judiciales será un incremento de las condiciones económicas de las operaciones financieras, un mayor coste del que se hacen eco todos los medios de comunicación y analistas financieros ... como ya apuntara en su día el polifacético Arturo FRONDI: «El quebrantamiento de la seguridad jurídica origina incertidumbre y promueve inestabilidad»».

<sup>27</sup> SJPI de Casa Ibáñez de 15 de mayo de 2017, proced. 312/2016: «esta incorporación, en las condiciones en las que se hizo, no garantiza la comprensibilidad real del mismo, pues todos han declarado que el texto se lo dieron pre-redactado y la única información que le dieron al actor fue que tenía que transcribirlo para que le dieran el préstamo, bajo ningún concepto se le dijo que escribiera las condiciones de su préstamo o las limitaciones al tipo de interés tal y como él las había entendido». La idea de un texto pre-redactado, no es del Banco, ni del notario, sino del propio BE, que ha determinado un texto en la Guía antes citada. La cuestión no es que el deudor demuestre sus habilidades literarias explicando «a su manera» cómo entiende el funcionamiento de una cláusula suelo, sino dejar claro que al firmar la escritura hubo un «momento» cláusula suelo, un «alto» en su lectura para evitar que esa cláusula pasara desapercibida, pues el reproche a los bancos vino por el «tratamiento impropio secundario» que daban a estas cláusulas, que no eran percibidas por el consumidor como relevantes «al objeto principal del contrato» (párrafo 221 de la STS). Es posible que el deudor copie de manera maquinal sin prestar atención al texto, ni aprovechar el momento para aclarar sus dudas, pero algo de negligencia habría entonces por su parte. Y esto en el mejor de los casos, pues no cabe excluir el fingimiento ex post de la falta de comprensión, para poner al predisponente en el aprieto procesal de tener que probar todo lo contrario.

colectiva, donde las circunstancias individuales de cada caso no se pueden tener en cuenta, y que el TS insiste —además— en una información precontractual que sólo podía ser anterior a la escritura, precisamente para hacer posible la comparación con otros productos. En sentencias posteriores, dictadas ya en acciones de tipo individual, el TS ha ido modulando esa idea y reconoce que la intervención del notario, unida a otros factores, pudo haber garantizado la transparencia material de la cláusula (un resumen de su doctrina al respecto, en STS de 24 de enero de 2018, rec. 1586/2015)<sup>28</sup>. Creo que cuatro ideas rápidas resumen la situación en la que nos hallamos.

Primera, que la mera observancia de la normativa sectorial en materia de transparencia vigente en el momento del contrato puede resultar, no ya insuficiente, sino contraproducente. Por ejemplo, informar en cumplimiento de la Orden 1994 del doble recorrido al alza y a la baja del tipo de interés inicial podía generar en el consumidor, según el TS, la errónea creencia de que el suelo era una compensación por el techo, haciendo que la cláusula no fuera transparente (párrafo 225 de la STS).

Segunda, que el TS no duda en valorar exigencias que no estaban vigentes al tiempo de la celebración del contrato, pues se implantaron después. Pensemos en la simulación de diversos escenarios en los préstamos a interés variable, que se introduce con la Orden 2011, pero no estaba en la Orden 1994 (párrafos 220 y 222 de la STS). Se entiende, por eso, que la EM disponga que las nuevas medidas no se apliquen a la cartera hipotecaria concedida anteriormente, «*ni siquiera como parámetro de comparación*». Ya veremos el caso que le hacen los jueces.

Tercera, aún después de la STS de 23 diciembre de 2015, rec. 2658/2013 («*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*»), sigue sin estar muy claro si la cláusula es expulsada del contrato, sólo por falta de transparencia material y no superar entonces el control de incorporación, o bien porque la falta de esta última permite un posterior control de contenido, que puede llevar, o no, a que se califique de abusiva<sup>29</sup>. Con arreglo a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas (en concreto,

<sup>28</sup> En este sentido, la importante STS de 9 de marzo de 2017, rec. 2223/2014: «en una acción individual como la presente, el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba. En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia»; una valoración de la sentencia en IZQUIERDO/PERNAS: «El Supremo completa su doctrina sobre cláusulas suelo centrándose en cuestiones de prueba», *Diario La Ley*, número 8.958, 2017, pp. 1-6.

<sup>29</sup> En relación con la doctrina del TJUE sobre la transparencia material, habla ALBIEZ: «Cláusulas de moneda o divisa extranjera en contratos de préstamos bancarios», *La Ley Unión Europea*,

su famoso art. 4.2, no traspuesto por la ley española)<sup>30</sup> probablemente habría ser esto último, mientras que el primer criterio quizá debiera transitar por el vicio del consentimiento, en su caso por dolo del profesional<sup>31</sup>, aunque algunas sentencias recientes del TS apuntan a una ineficacia estructural, radical y automática<sup>32</sup>. Me van a permitir un ejemplo bastante claro de la necesidad de distinguir una calificación de la otra, pues las consecuencias pueden ser muy dispares. Pienso en la habitual cláusula disponiendo que el préstamo no devengará intereses a favor del prestatario, y que ya hemos visto la DGRN trata como cláusula suelo de cara a la exigencia de expresión manuscrita. Si en un caso concreto se hubiera omitido esa expresión<sup>33</sup>, cabría entender que no ha sido transparente, pero no tengo tan claro

número 53, 2017, pp. 1-17, esp. p. 8, de un nuevo control que llama de «abusividad formal», como distinto del control de incorporación («transparencia formal») y del control material («abusividad material»); también, PAREDES: «El carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que establecen el reembolso de un préstamo vinculado a moneda extranjera», *La Ley Unión Europea*, número 53, 2017, pp. 1-12, esp. pp. 66 y ss.

<sup>30</sup> Un interesante resumen de los problemas judiciales y registrales que ha provocado y sigue provocando esa omisión de nuestro legislador puede verse en la Res. DGRN de 1 de febrero de 2018. Lo peor del caso, como ya expuse al comentar el ALCCI, es que la omisión fue fruto de un simple despiste en la votación que tuvo lugar en la Comisión del Congreso de los Diputados, para nada una decisión meditada.

<sup>31</sup> Sobre el tema, v. las agudas observaciones de PANTALEÓN: «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*; también, las de CARRASCO: «La polémica de las cláusulas suelo», *El notario del siglo XXI*, número 59, 2013, pp. 58-61, esp. 61, y en CARRASCO/GONZÁLEZ: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional», *Diario La Ley*, número 8.159, 2013, pp. 1-17, esp. p. 13 («el conocimiento del alcance de la cláusula abusiva por parte del consumidor no impide su apreciación de nulidad posterior, siempre que sea unilateralmente impuesta y sea contraria a la buena fe. Mientras que un conocimiento suficiente sobre el alcance de una cláusula que, según el consumidor medio, sea poco transparente o desubicada, en definitiva, sorpresiva, pero afectada por un control de contenido, impide la consecuencia de la no incorporación, si la misma no puede considerarse, por sí misma, abusiva. De la última jurisprudencia en materia de nulidad de cláusulas abusivas [las cláusulas abusivas no se integran, se anulan sin más, STJUE 14 de junio de 2012, C-618/2010] cabe derivar aún otra diferencia. La demanda de nulidad por contenido tiene que dejar subsistente el techo, mientras que la de falta de transparencia exige tenerlo por no puesto, porque no puede ser transparente el techo y el suelo no, cuando ambos limitan el interés sin reflejar de forma transparente su incidencia en la determinación de uno de los elementos esenciales del contrato. Por lo tanto, la declaración de nulidad perjudica a la parte a la que intenta proteger, sin consultarle sobre su palmario interés en la subsistencia de la cláusula techo. Sin embargo, repárese en que, según la citada doctrina del TJUE, la cláusula techo habría quedado subsistente contra *proferentem* a modo de efecto disuasorio de haberse estimado lo verdaderamente pedido: la abusividad de fondo de la cláusula suelo. En realidad, se necesita poca reflexión de que no puede ser buena una sentencia que, operando como lo hace elimina las cláusulas techo pactadas en escrituras de hipotecas, con consecuencias perversas para los consumidores que sólo nos podrá descubrir el futuro»); igualmente crítico con la inconsistencia del TS de crear dos nulidades con eficacias dispares para cláusulas declaradas igualmente abusivas (por control de contenido o por control de transparencia), se muestra CÁMARA, «Limitaciones y extralimitaciones del TS y también del TJUE», *El notario del siglo XXI*, número 59, 2013, pp. 58-61, esp. 61.

<sup>32</sup> STS de 16 de octubre de 2017, rec. 2697/2014, sobre la misma, v. VÁZQUEZ: «La nulidad general que contiene una cláusula suelo en un contrato celebrado con consumidores es nulidad absoluta o de pleno derecho», *Diario La Ley*, número 9.094, 2017, pp. 1-10.

<sup>33</sup> Situación bastante probable, al menos antes de esas resoluciones de la DGRN. Incluso, por la razón que antes expuse, puede que en Cataluña buena parte de las expresiones manuscritas incorporadas a las escrituras de hipoteca no sean válidas, entiéndase como tal requisito de transparencia.

que la cláusula se pueda considerar abusiva por generar un desequilibrio contrario a la buena fe y menos aún por sorprender a un deudor que en su percepción del «*equilibrio subjetivo*» de las prestaciones derivadas del contrato pudo haber contado con la posibilidad de que el Banco le tuviera que pagar a él intereses por devolver el préstamo, sobre todo cuando no se pueda acreditar que en el mercado había una oferta competidora en tal sentido<sup>34</sup>.

Cuarta, y última, la grieta abierta por una rigurosa valoración de las condiciones de transparencia material corre el riesgo de someter a control judicial todas las condiciones financieras de los contratos, en cuanto delimitadoras del objeto principal del mismo, del precio<sup>35</sup>. Algún tribunal ya ha declarado abusiva una cláusula de tipo fijo, argumentando que la entidad tenía conocimiento de que el tipo de interés seguiría bajando y, a pesar de ello, optó por realizar este tipo de contrato<sup>36</sup>, y la SAP de Tarragona de 7 de noviembre de 2017, rec. 32/2017, anuló una cláusula de interés variable, sin suelo, con el argumento de que el diferencial era demasiado alto para permitir que el deudor se beneficiara significativamente de la bajada del Euribor (argumento por completo insólito, pues el descenso siempre se habrá producido, en igual medida que la caída del índice de referencia). Por tomar un ejemplo aún más reciente, ahí tenemos los argumentos del voto particular en la STS de 14 de diciembre de 2017, rec. 1394/2016 sobre el IRPH, cuando ponen sobre el profesional la carga de articular «*los criterios precisos y comprensibles que sean necesarios para que el consumidor medio pueda comprender los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés y valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato ofertado*»<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Recordemos que es en estos términos como se plantea el debate; v. el resumen de la doctrina del TS que hace el magistrado del mismo, VELA: «Control judicial de condiciones generales en contratos bancarios. Una visión jurisprudencial», La Notaría, número 1-2, 2017, pp. 7-20, esp. p. 10: «estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

<sup>35</sup> Acertó en predecirlo el profesor CARRASCO: cit., p. 60: «ya pronostico que en adelante nuestros jueces de instancia van a encontrarle gustillo a esta idea de la transparencia y al final todo el peso argumentativo va a quedarse en el incontrastable juicio de transparencia con el que cualquier resultado puede hacerse bueno. Es lo natural, se empieza postulando más transparencia y se acaba cayendo en negra boca de lobo».

<sup>36</sup> Da cuenta de ello, con estupefacción, la profesora CORDERO LOBATO, según resulta del acta del curso de verano 2017 de CESCO, accesible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

<sup>37</sup> Si la finalidad de la transparencia es que el prestatario pueda comparar productos de distintos Bancos, no termino de ver el problema si el índice de referencia es el mismo para todos las entidades, precisamente por su carácter oficial, y si la comparación ya es entre los distintos índices que ofrezca el mismo Banco (suponiendo que los tenga, y ninguna obligación soporta el Banco de tener que ofrecer varios índices, como muy bien recuerda la STS) tampoco parece que el deudor necesite conocer el mecanismo aritmético de todos los posibles índices para hacer por su cuenta el cotejo, y mucho menos para una hipotética predicción de su comportamiento futuro. Como señala la STS de la mayoría, «basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado».



El proyecto de LCCI pretende superar esta situación de caos hipotecario mediante la formulación de un principio y la instauración de un procedimiento. El principio probablemente genere la escandalera de algunos, pues el pre-legislador se atreve a decir que los deberes de transparencia impuestos al profesional, tienen también un contrapunto del otro lado. El derecho del prestatario a ser informado de aquello a lo que se obliga presupone también el deber de éste de hacer lo razonable por conocer y entender esas obligaciones. Ciertamente que este principio no resulta de la DCCI, y que recientes SSTs para el caso de subrogación pasiva con cláusula suelo niegan categóricamente que el prestatario tenga deber alguno de informarse (entre las más recientes, STS de 26 de enero de 2018, rec. 1713/2018), pero sentencias del TJUE aluden al consumidor «razonablemente atento», en lo que presupone una mínima exigencia de «razonable» atención por su parte (STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/2006). Nadie puede obligar al deudor perezoso a comparar los productos de varios profesionales, pero sí cabe esperar de él que haga uso de las sobradas posibilidades de información ofrecidas, y si no lo hace, su protesta futura por no haberse enterado habrá de tomarse con cierta cautela.

Pues bien, para implantar ese principio la LCCI se sirve de un procedimiento que tiene al notario como principal punto de apoyo, procedimiento del que me ocupo en el epígrafe siguiente. De momento, y como exigencia del principio de transparencia, el prestatario ha de ser informado de la obligación que —él— tiene de «recibir» asesoramiento personalizado. No es un derecho, es una obligación, aunque quizá sea más correcto hablar de una carga impuesta para contratar el producto, y si no está dispuesta a asumirla, entonces que no contrate. De todos modos, la LCCI tiene especial interés en recordar que la intervención del notario es sin perjuicio del deber del prestamista de prestar las explicaciones adecuadas (art. 13.1 LCCI). Al margen de esto, no me parece muy correcto el empleo en este contexto del término «asesoramiento», pues el notario no asesora en el sentido del art. 17.1 LCCI («recomendación personalizada ... respecto a uno o más préstamos disponibles en el mercado»), sino que explica e informa, lo cual es muy distinto (también lo advierte el CE). Puede admitirse, no obstante, en un sentido coloquial, no técnico.

7.— Otras exigencias por razón de transparencia: aunque relacionadas con el contenido del contrato, antes que con la mera información, la LCCI establece reglas muy generales sobre gastos y comisiones.

— Sólo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados —los servicios— expresamente por un prestatario potencial (v. art. 3 Orden 2011), con la exigencia añadida de que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse. De todos modos, el mero hecho de cumplir las obligaciones de información no puede suponer gasto para el interesado. Estos

gastos no deben confundirse con los que están relacionados con la concesión y formalización del préstamo y la posible tramitación posterior a la escritura<sup>38</sup>.

— Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará por una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, al objeto de evitar una eventual duplicidad<sup>39</sup>.

Al margen de esto, especialmente cuando la comisión de apertura resulte muy elevada, es una exigencia de transparencia material el definir claramente cuáles son los servicios concretos que se remuneran (STS de 23 de diciembre de 2015, rec. 2685/2013), para que el prestatario pueda comprobar que un mismo servicio no se cobra dos veces, y también su carácter diferenciado del servicio principal del préstamo, de tal manera que no puedan considerarse «*intereses ocultos*»<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Como señala el informe del CGPJ, el precepto «responde al principio de efectividad que, junto con la no duplicidad, la publicidad, y la aceptación de los servicios por los que se devengan y cobran, vertebró la configuración legal y jurisprudencial de la regulación de las comisiones percibidas por las entidades de crédito. Su introducción en la ley proyectada sólo se explica por el designio de deducir del mismo una norma que ha de dirigir la actuación precontractual de las entidades prestatarias, y que ha de redundar en la transparencia en la contratación de créditos inmobiliarios» (ap. 114).

<sup>39</sup> Resulta muy clarificadora al respecto la SAP de León de 1 de febrero de 2018, rec. 579/2017: «la comisión de apertura remunera un servicio efectivamente prestado y representado, además, por unos costes: ha de realizar un análisis del riesgo, y para ello ha de identificar a los solicitantes (DNI/NIE de los solicitantes), evaluar su solvencia (documentación fiscal, extractos bancarios, nóminas, recibos de otros préstamos, CIRBE, vida laboral...) e identificar y delimitar las garantías a constituir (escrituras de propiedad del inmueble sobre el que se constituiría la hipoteca). Una vez gestionado el expediente es preciso realizar una evaluación de solvencia y examinar, en atención a las circunstancias, la/s modalidad/es de financiación a ofrecer: las condiciones del préstamo dependen de muchos factores (mayor o menor capital en atención al valor de las garantías y capacidad económica de los solicitantes, mayor o menor duración en atención a su edad y circunstancias, opciones sobre diferentes condiciones en función del interés por fidelizar a dichos clientes...). Y después de finalizar el expediente y conseguir la autorización, es preciso preparar la documentación; que no es lo mismo que el acto de concesión del préstamo o su formalización posterior ante notario y actos posteriores... En algunas sentencias que declaran la abusividad de la cláusula de apertura se dice que tales servicios forman parte de la operativa bancaria, pero es que ... no hay precepto alguno que prohíba su repercusión al prestatario o que imponga su gratuidad (fuera de lo relativo a la información y en los casos expresamente previstos). La comisión de apertura retribuye un servicio financiero: gestiones previas que se llevan a cabo desde que se solicita el préstamo hasta que se resuelve sobre su autorización, y las precisas para la preparación del contrato. La comisión de apertura también responde a un coste asociado al acto de disposición que comporta transferir fondos a los prestatarios. Aunque la hipoteca respalde la detracción de esos activos monetarios, no deja de ser una garantía, por lo que la entidad financiera, lógicamente, «pierde» tanto dinero como entrega al prestatario, y, por ello, añadir un pago de una sola vez al inicio del contrato se vincula, igualmente, al coste financiero que se reclama al prestatario (el interés del préstamo y, si se pacta, el coste de apertura, que se engloban en el TAE, como «coste total del crédito para el consumidor»).

<sup>40</sup> De gran interés la Res. DGRN de 1 de febrero de 2018, respecto de una desproporcionada «comisión de entrada» del 14 %, al decir: «en el supuesto objeto de este expediente, es indudable que esa comisión de apertura no puede comprender los gastos de tasación, Notaría, gestoría, Registro de la Propiedad e impuestos, porque a estos gastos se refiere de forma separada el apartado provisión de fondos, por lo que no parece que pueda considerarse retributiva de un servicio distinto de los gastos de estudio previos a la concesión del préstamo hipotecario, lo que resultaría ... excesi-



— En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo

8.— Conservación de documentación precontractual: en previsión de futuros litigios, es de suponer que todos los profesionales involucrados tendrán el máximo interés en conservar aquellos documentos que plasmen la información precontractual entregada al cliente en acatamiento de las obligaciones establecidas en la LCCI y su normativa de desarrollo, al objeto de acreditar su cumplimiento, pero la DA 4.<sup>a</sup> LCCI exige que lo hagan durante un plazo mínimo de 6 años, «desde el momento de la finalización de los efectos del contrato respecto del prestatario» (o fiador/garante). Esta obligación se extiende a los productos o servicios objeto de venta vinculada/combinada. Por otro lado, el deber no decae en caso de subrogación activa o cesión, e incluso se obliga a entregar copia de la misma al subrogante/cesionario, si fuera requerida por éste y a su costa (en caso de subrogación no amistosa —art. 2.V Ley 2/1994—, esa entrega discurre al margen del otorgamiento de la escritura, y no la entorpece). En todo caso el prestatario tiene derecho a reclamar dicha documentación (obviamente, una copia).

9.— ¿Ampliación del ámbito del doble control de transparencia?: la nueva normativa de transparencia, muy especialmente en la vertiente notarial que a continuación examino, es consecuencia directa del doble filtro de transparencia de la STS de 2013, pero aplicable sólo a los contratos con consumidores («el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato»). Sin entrar ahora en la posible falta de coherencia de la distinción cuando se trata de un control residenciado en la fase de incorporación<sup>41</sup>, sobre esta base el TS ha dejado fuera del control de transparencia material a la contratación entre empresarios, y eso a pesar de que las obligaciones concretas de la Orden 2011 también se aplicaban al empresario persona física (entre las más recientes, STS de 2 noviembre de 2017, rec. 1279/2015, «pero este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y

vo solo para el servicio, estudio o análisis de la solvencia y concesión y, además, falto de precisión, ya que no permite conocer al consumidor-prestatario el alcance económico de dicha estipulación, la realidad de la prestación del servicio a que responde y su no duplicidad con otros gastos o comisiones pactadas, o con los propios intereses remuneratorios que se podrían estar cobrando por duplicado».

<sup>41</sup> CARRASCO: «De nuevo sobre el control de transparencia y el control de contenido en contratos celebrados entre no consumidores. El principio del fin de la historia», Análisis GA & P, febrero 2017, pp. 1-2; también, ALBIEZ: «Transparencia, nulidad de una cláusula suelo y actos propios en un préstamo bancario suscrito con un empresario individual (SAP Álava sección 1.<sup>a</sup>, 15 de marzo 2017), La Ley mercantil, número 35, 2017, pp. 1-17.

*nacional y por ello en la jurisprudencia del TJUE y de esta sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores ... hemos declarado en sentencias anteriores que ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un tertius genus que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores»).* Sin embargo, con la LCCI la situación necesariamente habrá de cambiar en el caso de empresarios individuales, pero sólo cuando se trate de contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, pues no tendría mucho sentido que se aplicaran en su beneficio todas las normas que pretenden asegurar la transparencia material, pero después no lo fueran sus consecuencias civiles en caso de infracción. El problema que entonces se plantea es de orden conceptual, pues dichas consecuencias no habrían de discurrir por un ulterior control de abusividad reservado a los consumidores, sino directamente por la calificación de la cláusula como no transparente, con las dudas sobre la calificación de esas consecuencias a las que antes me he referido. Pero no sólo en el caso de persona física. A la vista de la singular extensión del ámbito subjetivo de esta Ley, que deviene aplicable por la presencia de un fiador persona física, aunque el deudor sea una persona jurídica, parece que la situación será igual respecto de esta última, llevando quizá demasiado lejos la exigencia de transparencia material. Me remito, por eso, a lo antes dicho sobre la conveniencia de llevar a cabo una reducción teleológica del ámbito de aplicación de la LCCI.

10.— El desistimiento: por último, la LCCI no ha hecho uso de la posibilidad ofrecida por el art. 14.6 DCCI de conceder al prestatario un derecho de desistimiento tras la celebración del contrato, para ninguno de los créditos que caen dentro de su ámbito de aplicación, aunque no sean hipotecarios, a diferencia de lo previsto en el art. 28 LCCC<sup>42</sup>.

### **VIII. COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL Y OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS NOTARIAL**

En el expediente que acompañaba al ALCCI remitido por el Gobierno al CE para su informe se decía que este artículo era «*un precepto capital en el nuevo modelo de concertación de préstamos inmobiliarios*», pero también ha sido uno

<sup>42</sup> El informe del CGPJ se mostró crítico con esta postura: «debe retenerse que el objeto de la ley proyectada no recae solamente sobre créditos o préstamos garantizados con hipoteca u otra garantía sobre bienes inmuebles, respecto de los que pudiera cuestionarse la posibilidad del derecho de desistimiento, sino que abarca también a contratos sin garantía real» (ap. 109).

de los puntos que más revuelo ha provocado. Por eso conviene empezar con la pregunta clásica, *ciu prodest*.

1.— *¿A quién interesa la intervención del notario?, ¿a quién interesa el acta notarial?*: me permito desdoblar la pregunta, precisamente para poner en duda la rotunda afirmación de la EM de que se constituirá, de este modo, «*prueba en beneficio de ambas partes —prestamista y prestatario— de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga*». Por cómo se ha configurado esa intervención, a la primera pregunta se debe contestar que al prestatario, pues se le ofrece una explicación detallada y gratuita de lo que va a firmar y de sus consecuencias, a cargo de un funcionario público que él mismo ha escogido. Eso no excluye que el prestamista también deba explicar la ingente documentación precontractual que entrega (mandato del art. 16.1 Directiva, que la DF 11.<sup>a</sup> LCCI remite al desarrollo reglamentario como mandato de «*asistencia adecuada*» a cargo del profesional, y que también destaca el mismo art. 13.1 LCCI al señalar que la intervención del notario es «*sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista debe facilitar*»), o que se busque el consejo de otros profesionales, colectivos o entidades<sup>43</sup>. La cuestión es que esa asistencia paralela no es suficiente por sí sola para conseguir el efecto presuntivo propio del acta notarial y es aquí donde debemos pasar a la segunda pregunta.

Para el proyecto de LCCI, ya que se acrecientan las obligaciones de información a cargo del profesional, y que se pone a disposición del prestatario un mecanismo singular y oficial de «*explicación*» personalizada, surge también a su cargo un «*deber*» de conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga. El cumplimiento de ese deber se materializa en un acta notarial, que el notario no podrá autorizar sin llegar al convencimiento de que realmente el prestatario entiende lo que tiene previsto firmar. Ahora bien, si con posterioridad ese mismo prestatario sostiene lo contrario es de suponer que en el marco de un litigio contra el profesional por la pretendida falta de transparencia material —que no formal— de alguna cláusula concreta se encontrará con el serio hándicap de los efectos probatorios propios de la intervención notarial respecto de los hechos constatados y narrados por el notario (arts. 1.218 CC, 319.1 LEC, 17.bis.2.b) LN, 143. III Reglamento Notarial —RN—). Es evidente que el hecho de que una cláusula sea «*comprensible*» es algo muy distinto a que realmente se haya «*comprendido*». La primera cualidad es intrínseca y objetiva, y por eso permite una valoración en abstracto en términos de «*consumidor medio*». Es lo que quiere favorecer la Ley con las normas de transparencia y la intervención del notario. Pero la segunda es un hecho subjetivo, una situación personal que vendrá determinada en última instancia no sólo por la capacidad, también por el interés y la atención que ponga

<sup>43</sup> En trámite de audiencia ante el CE, el Consejo General de la Abogacía alegó que el consumidor precisa de un asesoramiento de parte y pleno, que sólo puede prestar un abogado, y por eso propuso que el consumidor pudiera, a su elección, realizar el trámite del acta ante un abogado, quien después la remitiría al notario con su firma electrónica.

el mismo interesado. Como veremos después, la LCCI no se conforma con su manifestación ante el notario de haber comprendido el contenido, sino que pretende del notario una especie de examen para cerciorarse de ese conocimiento. Por eso, si el mismo cliente después afirma que no se enteró, claramente iría en contra de sus propios actos, al menos en los términos que resultan del acta notarial, y sin negar su derecho a hacerlo si así lo estima oportuno, sí que habrá de pechar con la carga procesal que en general soporta todo el que pretende negar el «hecho» reflejado en un documento público.

Siendo así, ¿a quién interesa el acta? Lógicamente sólo al profesional, y esto no lo digo como crítica. Ante la necesidad de zanjar de algún modo un debate tan escurridizo como el de la efectiva comprensión de las cláusulas contractuales, y como la mera lectura de la escritura por parte del notario no se considera bastante (STS de 8 de junio de 2017, rec. 2697/2014), la LCCI opta por forzar un trámite específico previo, que es tanto de información y explicación personalizada como de comprobación del cumplimiento de esos requisitos, y al hacerlo facilita al profesional una mínima garantía de que este debate no volverá a surgir en el futuro. Pero está claro que esa prueba no se constituye en beneficio del prestatario. Al contrario, puede que en el futuro se convierta en un serio inconveniente para sus intereses. Conviene así que separemos ambas cuestiones para entender mejor la nueva regulación<sup>44</sup>.

2.— Elección del notario: pieza clave es que sea el prestatario quien elija al notario, que ha de ser el mismo notario que recibe la documentación para el contrato principal (entiéndase para el protocolo del mismo notario, aunque pueda sea otro el notario que firme para éste). Ya veremos cómo se ejerce esa elección y se deja constancia de la misma (no estaría mal empezar el acta con la declaración del cliente de que ha sido él quien ha escogido notario, y cómo). Tampoco está claro que el prestatario pueda imponer un notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio (art. 126.II RN).

3.— Ámbito subjetivo: no sólo el prestatario, también el garante/fiador (expresamente lo recuerda el art. 2.2 LCCI), pero no parece necesaria un acta para cada uno, si todos se presentan simultáneamente. Advuértase que toda esta panoplia informativa y controladora se aplica, aunque sea sólo por razón del avalista persona física, siendo el prestatario una persona jurídica. Ha de ser con todos los interesados, pues no tendría sentido que el acta sólo se entendiera con una persona física, que no tiene la condición de deudor.

<sup>44</sup> Insiste ÁLVAREZ, «La contratación hipotecaria y el consumidor: lecciones de una crisis», *Escritura Pública*, septiembre-octubre, 2017, pp. 11-13, esp. p. 13, en que el notario no actúa como sustituto de las obligaciones del banco, sino más bien como su supervisor, y por eso el acta no es un «escudo», sino una forma de asegurar el cumplimiento normativo por el Banco en cada préstamo, «y esta es la colaboración que el notario presta». Estando de acuerdo con este autor, el problema práctico que quiere resolver la LCCI quizá sea otro, pues, por mucho que el Banco haya cumplido con sus obligaciones, seguirá expuesto a que el consumidor tiempo después lo niegue, y es entonces cuando el acta se convierte en un gran alivio para el Banco, o si se quiere decir así en un escudo protector.

4.— Ámbito material: si ha de haber concordancia entre los arts. 12 y 13 LCCI, en principio deberían ser todos los contratos sujetos a la Ley, no sólo las hipotecas, y por eso también podrá ser necesaria el acta en algunos casos de póliza intervenida. No obstante, el art. 13.2 LCCI sólo alude al préstamo/crédito hipotecario, generando una duda sobre su alcance efectivo, que estimo debe resolverse en el sentido restrictivo antes indicado, es decir, todos los préstamos que entren en el ámbito objetivo de la LCCI, pero sólo cuando se constituya una garantía hipotecaria.

5.— Tiempo: del ALCCI no resultaba con claridad la necesidad de una «*doble visita*» al notario. Dentro de los siete días anteriores a la firma el prestatario podía comparecer en la notaría para cumplir el trámite, pero ninguna obligación tenía de hacerlo, y quizá no lo hiciera. Entonces ¿cómo se podría cumplir? Probablemente el mismo día justo antes de firmar la operación principal, en el número anterior de protocolo, pero entonces se incumple la exigencia de una información pre-contractual, cuando aún hay tiempo de comparar con otros productos, pues el TS ya declaró en su sentencia de 2013 que no basta con tener la «revelación» en el momento mismo de la firma en la notaría, quizá con los vendedores sentados frente al comprador/prestatario ha de ser antes. Advertido de ello, el proyecto de LCCI cambia el planteamiento y ahora exige una comparecencia previa, «*como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura*». Cualquier norma autonómica en la materia quedaría desplazada por ésta, sobre todo porque el plazo es menor (art. 123-10 CCC).

6.— Naturaleza del acta: es un acta de presencia en la que propiamente no hay requerimiento, pero ¿han de firmar los interesados? En principio, la exigencia de firma se limita en el LCCI a una concreta manifestación manuscrita y firmada. Parece razonable que el resto de la narración, en la medida que incluye valoraciones y constatación de hechos por parte del notario, para nada requiera el asenso y firma de los interesados. No obstante, como elemental medida de prudencia, juzgo lo más sensato que el acta se lea a los interesados, presten su consentimiento expreso al contenido y firmen con el notario.

7.— Objeto del acta: *grosso modo* se trataría de verificar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos antes examinados del art. 12.1 LCCC, pero en realidad es bastante más.

a) *Cumplimiento de los plazos*: el notario ha de verificar que la documentación del art. 12.1 LCCI se ha puesto a disposición, pero del interesado (todos, cuando sean varios, incluido fiador/garante). No se trata de que dicha documentación haya estado a su disposición en la notaría durante ese tiempo, sino que el cliente la haya recibido del profesional con esa antelación. Esto marca una sutil diferencia con el art. 30.2 Orden 2011 o el art. 123-10 CCC, donde el cliente se persona en la notaría para —entre otras cosas— examinar el proyecto de escritura. Ahora una copia del proyecto de contrato o de la póliza de seguro se le debe entregar directamente siete días antes. Para comprobarlo será necesario que el

interesado la aporte y permita al notario verificar la fecha. Pero ¿qué ocurre si no la trae? En ningún caso el notario puede aceptar la copia o el acuse de recibo del prestamista, que no interviene en el acta, pero entonces sólo queda la manifestación del propio interesado, por mucho que fastidie a la LCCI que el acta repose en simples declaraciones del mismo. Esto, o hacerle volver a casa por la documentación. El problema será cuando el cliente, declarando que la ha recibido, se presente en la notaría confiando en que ya la tiene el notario, y no sea así. Otra vez el vuelva usted otro día. Por otro lado, en el ALCCI esta verificación realmente era previa al inicio del acta (art. 6.4 ALCCI), de modo que sin acreditación el acta no se otorgaba, sin perjuicio de que el notario debiera entregar un escrito motivando su negativa, caso de ser solicitado. En cambio, para el proyecto de la LCCI, el acta se debe extender en todo caso, tanto si no se ha acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el art. 12.1 LCCI, como «*si no se compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado*». Por otro lado, la comprobación se limita al plazo de siete días del art. 12 LCCI, tomando como referencia la fecha prevista para la firma de la escritura; el notario no debe comprobar si hubo una demora injustificada en la entrega de la FEIN desde que el prestatario entregó la información necesaria para su confección (art. 8.1 LCCI).

b) *Manifestación del interesado*: pero la LCCI no se conforma con la constatación formal del cumplimiento de unas normas, transparencia que —debemos suponer— ya aseguran su comprensibilidad objetiva, quiere entrar en la mente del prestatario y cerciorarse de que —en verdad— lo ha comprendido. Para eso el primer recurso es el ya conocido de una «*manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación*». Como su objeto es la manifestación, y no la mera incorporación del documento, habrá de escribirse y firmarse en presencia del notario<sup>45</sup>. En principio, *nihil novum sub sole*, pero algunos jueces pueden pensar que ese documento sólo hace prueba de la mejor o peor caligrafía del prestatario, no de haber entendido la carga económica y jurídica del contrato, y la transparencia material va de esto último. De todos modos, esa aceptación se refiere al contenido, pero aún no al contrato. El interesado sigue siendo libre de no firmar después el préstamo. Por otro lado, como no baste con la remisión genérica al 12.1 LCCI, y en aras de la transparencia se deban especificar todos y cada uno de esos documentos, mucho me temo que los interesados estarán un buen rato escribiendo. Por cierto, ¿seguiremos sin aceptar el poder que permite hipotecar, pero no menciona la expresión manuscrita? Recordemos la Res. DGRN de 22 de enero de 2015 y los problemas que pueden generarse en la práctica con una regulación mucho más compleja.

<sup>45</sup> En el trámite de audiencia ante el CE, el Consejo General del Notariado propuso que la expresión manuscrita se realizase delante de la banca, antes del acta pre-contractual.



c) *Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario*: la LCCI quiere ver cómo se ha implicado el notario en la tarea, y para ello el acta no puede ser un apaño de «pret a porter», sino un traje hecho a «medida» de cada interesado. Por eso debe recoger las cuestiones concretas planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado al respecto por el notario. Pero la LCCI no se conforma con que el notario explique y deje constancia de la manifestación del interesado de haber comprendido todas sus explicaciones. Parece que mucho no se fía del mero asentimiento verbal y manuscrito del prestatario, quiere que el notario someta a prueba su sinceridad, y para eso sólo hay una manera, invertir los papeles y hacer que sea el notario quien pregunte. Con este fin deberán recogerse en el acta «*las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo*». Quizá la norma se refiera a unas pruebas anteriores hechas con el profesional, que ahora simplemente deberían reseñarse en el acta, pero esas pruebas no se dejan ver en el texto de la LCCI. Por eso no queda otra salida que instaurar un examen a cargo del notario, ya veremos si con arreglo a las pruebas que improvise cada uno, o según algún formato que se suministre (pensemos en la fórmula matemática para el cálculo de las cuotas, que debe aparecer en la escritura —Res. 28 de enero de 1998—. ¿Habría que poner al deudor un ejercicio de cálculo?, si hemos de hacer caso del voto particular en la STS sobre el IRPH —texto transcrito *supra*— parece que sí, en cuyo caso barrunto que se firmarán muy pocas hipotecas en España). Quizá se imponga al final una versión «*descafeinada*» de esas pruebas, donde el notario sólo deje constancia de su valoración global positiva (p. ej., haber pedido al interesado que explique «*en sus propias palabras*» lo que previamente le ha contado el notario), pero sin tener que detallar cada una de las preguntas —ahora, del notario— y las consiguientes respuestas —ahora, del cliente.

d) *Información que el notario debe prestar en todo caso*: si en el apartado anterior se recogen las cuestiones planteadas por el prestatario, en éste se trata de la información que el notario debe prestar en todo caso, la pida o no el prestatario, y otra vez la Ley insiste en que no vale una afirmación genérica, sino que debe hacerse de manera individualizada con referencia expresa a cada cláusula de la FEIN y de la FiAE. Así como en el caso de esta segunda ficha no ha de suponer una gran complicación destacar las advertencias específicas formuladas, respecto de la FEIN puede obligar a reproducir en el acta todas las cláusulas financieras de la operación, salvo que se admita una mera identificación mediante la rúbrica (principal, intereses, plazo, periodicidad, cuota, comisiones, etc.). En todo caso, no se tendrían que destacar aquellos apartados de ambas fichas que sólo son informativos. En este apartado la reseña se limita a las cláusulas contractuales. Además, el prestatario habrá de responder —en presencia del notario— a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

8.— Conclusión del acta y autorización de la escritura pública de préstamo: en buena lógica notarial, sólo cuando el notario llegue a la conclusión de que —todos— los interesados han entendido lo que —otro día— van a firmar, es decir, una vez hayan superado favorablemente las «*pruebas de entendimiento*», debería autorizarse posteriormente la escritura. Pero la letra del art. 13.4 LCCI arroja algunas dudas al respecto, pues la escritura no podrá autorizarse, en apariencia sólo en el caso previsto en dicho apartado, y éste alude exclusivamente a la falta de acreditación documental del cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones del art. 12.1 LCCI y a la falta de comparecencia para recibir asesoramiento. Cumpliéndose ambos requisitos, y aunque el interesado no hubiera superado las pruebas de entendimiento, parece que la escritura podría formalizarse. No obstante, me parece bastante peligroso autorizar una escritura cuando del acta previa resulta que el interesado «*muy bien*» no se enteró. El peligro existe con cualquier escritura, pues la comprensión resulta del mero asentimiento, y el notario no suele «repreguntar» al otorgante para cerciorarse de su sinceridad, le basta con su manifestación en tal sentido, pero ahora sí ha de hacerlo, y existe el riesgo de que las respuestas revelen cierta confusión, ¿se puede firmar entonces la escritura? Creo que no, pero tampoco es menor el problema que entonces se genera, ya que por su nivel educativo o de comprensión algunas personas podrían quedar privadas de acceso a la financiación hipotecaria, y el consuelo de que siempre podrían intentar un préstamo personal en póliza, entonces sin examen a cargo del notario, sólo revelaría una clara contradicción de valoración dentro del sistema que instaura la LCCI.

9.— Obligatoriedad del acta: sin al acta, el notario no puede autorizar el contrato principal (art. 20.2 LCCC; hacerlo constituye, además, infracción disciplinaria muy grave, art. 43.A).h).e) Ley 14/2000, según la nueva redacción por la DF 4.ª LCCI). Para acreditarlo, en el ALCCI una copia —autorizada— del acta debía incorporarse a la escritura. En el proyecto de la LCCI basta con una reseña identificativa en la que se expresará el número de protocolo, el notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto (art. 13.6 LCCI). El control por parte del registrador de la propiedad se limita a comprobar esa reseña, y sin ella no inscribirá (art. 20.2 LCCI, pero no se ha tipificado infracción disciplinaria al respecto; el art. 13.4 ALCCI resultaba algo más confuso, pues encomendaba al registrador de la propiedad el control del cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 5.1 y 6 ALCCI —equivalentes a los arts. 12 y 13 LCCI—, lo que abría la puerta a que el registrador de la propiedad pudiera valorar el cumplimiento de un modo distinto al notario, bloqueando así la inscripción, pues no conviene olvidar que según la DGRN el proceso de contratación de la hipoteca culmina con un requisito posterior y externo al contrato, como es la inscripción en el Registro de la Propiedad, entre muchas, v. Res. 19 de mayo de 2017)<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> No es ahora el momento de criticar tan singular doctrina, pero vale la pena enfrentarla a la interpretación correcta, por ejemplo, del TS, que tiene muy claro cómo la fase contractual termina con la escritura; entre otras, por citar la más reciente, STS de 7 de noviembre de 2017, rec. 805/2015:



10.— Eficacia del acta: en el ALCCI se llegaba nada menos que a presumir el cumplimiento del principio de transparencia en su vertiente material. En la filosofía del ALCCI —y realmente de la misma LCCI— el «*deber*» que también tiene el cliente de conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga, justificaría en última instancia ese refuerzo presuntivo, pues algo de *restrictio mentalis* habría en pretender desdeírse de todo lo que se ha declarado previamente ante notario, cuando —incluso— se ha «superado» un examen. Pero el informe del CGDPJ se mostró muy crítico con esta presunción, que llegó a considerar contraria a los intereses de los consumidores, sin perjuicio de reconocer que la simple aplicación de la legislación notarial y procesal vigente ya conduciría a un resultado similar<sup>47</sup>. El proyecto de LCCI se ha hecho eco de esa crítica y el art. 13.5 LCCI dispone en esta línea que «conforme al artículo 17 bis, apartado 2.b), de la Ley del Notariado y el art. 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material». De todos modos, si el acta ha de recoger las pruebas de «entendimiento» realizadas por el prestatario, no parece que la comprensión del contenido resulte de una mera manifestación del interesado, pues se ha tenido que comprobar por el notario. Hay algo más que un simple asesoramiento, hay una comprobación «activa» por parte del notario, que es justo lo que demandaba el CGPJ en su informe. Si el ALCCI pudo pecar por exceso, creo que la LCCI lo hace por defecto, y ello a pesar de que la EM sigue diciendo que este trámite permite que «se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material».

En cualquier caso sólo se trata del principio de transparencia, para nada cabe derivar del acta que una cláusula haya sido negociada individualmente. La presunción, además, será para todas las cláusulas del contrato, hubiera preguntado o no el prestatario expresamente por ellas, según resulte del apartado c) anterior. Asimismo, la presunción de transparencia material no impediría que una cláusula fuera declarada en el futuro nula por abusiva, salvo que se trate de aquellas relacionadas con el objeto principal o precio.

«como se afirma en la doctrina, en la hipoteca la inscripción registral es un «requisito legal de existencia del derecho», sin el cual el derecho no existe. Ahora bien, el acto jurídico, entendido como suma de declaraciones de voluntad, por el que quien goza de facultades de disposición consiente en gravar la finca en garantía del pago de una obligación, surge con el otorgamiento de la escritura pública, antes de la inscripción. Aunque el efecto jurídico de ese acto, esto es, los derechos resultantes, no se producen hasta la inscripción registral ... Existe una autonomía entre el juicio de validez del contrato de hipoteca y la inscripción registral, en cuanto que cada uno de ellos concierne a realidades diferentes, una a la validez del título constitutivo y otra a su inscripción registral. Esta última implica una actividad funcional del encargado del registro, a instancia de un sujeto legitimado para pedirla, que carece de carácter negocial».

<sup>47</sup> Para el CGPJ aquella norma era un «trasunto parcial de lo dispuesto en el artículo 14.7 de la Directiva» (ap. 116), pero no parece que esta norma se refiera a cuestiones de prueba, sino a la forma de entender cumplidos los requisitos de información en caso de celebración del contrato a distancia (en este sentido, v. 10.5 LCCC).

Excuso decir que la solución ha sido muy controvertida. El magistrado FERNÁNDEZ SEJO sugiere que la citada STS de 2013 sobre las cláusulas suelo fue como el ovillo que ARIADNA entregó a TESEO para adentrarse en el laberinto y dar muerte al MINOTAURO, pues supuso la incorporación radical de toda la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de consumidores. Pues bien, para este magistrado al normativizar el control de transparencia, y al hacerlo de este modo, preconstituyendo a favor del profesional un medio de prueba, el legislador toma partido en contra de la parte débil, resucita al MINOTAURO<sup>48</sup>.

Quizá sea así, pero la consecución de un mínimo de seguridad jurídica también es un objetivo que interesa a —casi— todos, y la situación creada en los últimos años ha devenido en tan caótica que hacía necesario cortar de algún modo el nudo gordiano. Como muy bien puso de manifiesto YANES, el control de transparencia responde a un problema cognitivo que se plantea *ex ante* a la contratación, pero que se termina valorando *ex post* cuando se denuncia la falta de transparencia negocial<sup>49</sup>, denuncia en la que tampoco se debe excluir una cierta impostura en la fácil proclamación de la propia ignorancia, si de ella cabe derivar algún provecho<sup>50</sup>. Para asegurar la normalidad negocial se hacía necesario anticipar de algún

<sup>48</sup> «Condiciones generales y control de transparencia (Ariadna y el laberinto del Minotauro)», Actualidad Civil, número 5, mayo 2017, p. 8: «esta fórmula supone la resurrección del Minotauro, ya que no se trata de una norma sobre control de transparencia, sino la preconstitución de un instrumento de prueba a favor del predisponente, que es la parte que dispone ya de suyo de una posición más fuerte, preconfigura a su favor un medio de prueba que evite o diluya el control de transparencia: Si se constata la existencia de ese ritual manuscrito se entenderá que las cláusulas se han incorporado al contrato de modo transparente. El Tribunal Supremo había derrotado al Minotauro afirmando en 2013 que «no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado». El legislador cuatro años después introduce ese medio tasado: la manifestación manuscrita. No sólo se introduce una fórmula rígida de preconstitución de prueba, sino que además se traslada el notario ese control, de manera que, en el último trámite del contrato, cuando el prestatario ya ha tomado la decisión firme de contratar, se verifican y convalidan todas las exigencias de información transparente que se tuvieron que realizar en las fases previas de la contratación».

<sup>49</sup> «Una última aplicación del «doble control de transparencia: Jurisprudencia agotada e intervención legislativa pendiente», La Ley mercantil, número 35, 2017 pp. 1-8, esp. p. 5.

<sup>50</sup> A pesar de todo lo que ha llovido sobre el tema de las cláusulas suelo, conviene recordar las sinceras palabras del magistrado SANCHO GARGALLO en su voto particular a la STS de 8 de septiembre de 2014, rec. 1217/2013: «por otra parte, que en el marco de un contrato con interés variable se pacte, además de un diferencial aplicable al índice de referencia, un tipo de interés mínimo no es, en sí mismo, algo extraño o sorpresivo, y desde luego la forma en que opera es fácilmente comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor pueda comprender las consecuencias económicas derivadas a su cargo ... En la contratación bancaria hay muchas cuestiones que guardan relación con el precio, cuyo entendimiento puede llegar a ser difícil o, cuando menos, no fácil para un consumidor. Pero que, a pesar de pactarse un interés variable, se establezca un tipo de interés mínimo, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorpresivo después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas. Me resulta difícil de admitir que en el caso de los contratos de 2007 y de 2008, después de más de cuatro y cinco años, respectivamente, de la aparición de forma generalizada de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia y de las consecuencias económicas que le podía deparar, máxime cuando en ambos casos la oferta vinculante es extremadamente clara».

modo ese juicio de transparencia en términos que permitieran una fácil constatación futura, y una constatación que —además— fuera eficiente en términos de prueba, que no se venga abajo por la simple declaración discrepante de la parte *ex lege* considerada «más débil». Para eso se deben objetivar las obligaciones de información a cargo de los Bancos y dejar constancia de su cumplimiento por un medio independiente de las mismas partes implicadas<sup>51</sup>. Sólo el legislador podía hacerlo y es la tarea acometida por la LCCI.

Eso sí, el procedimiento pone a los notarios en primera línea de fuego, de modo que la futura litigiosidad por razón de la transparencia material directamente los tendrá en la diana, pues habrá que probar en contra del contenido del acta. Teniendo en cuenta cómo las gastan en este ámbito convendrá que el notario haga un hueco en su agenda para la primera visita que pida el interesado, no sea que en un futuro proceso arguya que el notario lo explicó todo muy bien, pero demasiado tarde, sin dar tiempo a comparar otras ofertas, pues sólo pudo recibirlo justo el día antes de firmar el préstamo. Con razón dice el profesor CARRASCO que redactar este acta puede acabar siendo un auténtico tormento y encima sin cobrar por ello<sup>52</sup>.

11.— Sobre otras obligaciones relacionadas con el otorgamiento de la escritura: al menos mientras siga vigente la Orden 2011 surge la duda de qué hacer con el resto de obligaciones de comprobación e información a cargo del notario, de alguna de las cuales se debería dejar constancia en la escritura, en los términos del art. 30.3 de la misma. Parece que después de un acta tan exhaustiva, la lectura de la escritura habría de ser solo eso, un acto de lectura y de mera comprobación, sin necesidad de reiterar unas advertencias que ya se hicieron anteriormente y que ya constan en el acta previa.

12.— Gratuidad del acta: el ALCCI no decía que el acta debiera ser gratuita, sino que «no generará coste arancelario» para el prestatario, lo cual es muy distinto. Dado que el interés probatorio satisfecho por el acta corresponde exclusivamente al profesional, pues en lo fundamental acredita los deberes de transparencia que son de su incumbencia, y no deja de ser él quien remite la documentación a la notaría, cabía entender que estos gastos eran a su cargo. El proyecto de la LCCI se ha dado prisa en solventar cualquier duda que pudiera inquietar a los profesionales y ahora dice rotundo que no devengará coste arancelario «*alguno*».

13.— Copia simple gratuita: la DA 8.ª LCCI establece que el notario entregará o remitirá telemáticamente al prestatario sin coste copia simple de la escritura de préstamo hipotecario, a la que, en su caso, acompañará la nota de despacho

<sup>51</sup> En acertadas palabras de GÓMEZ GÁLIGO: «Cláusulas suelo y cláusulas abusivas», *El Notario del Siglo XXI*, número 71, 2017, pp. 6-11, esp. 11, «si no se objetivan el consumidor incumplidor siempre alegaría que no ha tenido conocimiento real de los riesgos».

<sup>52</sup> «Examen y crítica del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Análisis GA6P*, abril 2017, p. 3.

practicada por el RP en la copia autorizada (difícil esto último, pues normalmente tramita la gestoría del Banco).

14.— Subrogación y novación (DDAA 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>): todas las disposiciones de la LCCI —por tanto, también el acta notarial— serán aplicables en la subrogación pasiva y en la novación (lógicamente, también en la subrogación activa, aunque no se mencione). Por tanto, con hipoteca por en medio también habrá doble vista al notario para comprar. En el ALCCI también se exigía para la subrogación la intervención del acreedor en la escritura y que otorgara su consentimiento a la misma, lo que probablemente habría hecho necesaria la modificación del art. 118.I LH, pero esa exigencia no se mantiene en el PLCCI. En su lugar, la DA 7.<sup>a</sup> señala que el empresario que, con ocasión de la transmisión de un inmueble hipotecado, vaya a pactar con el comprador la subrogación de éste en la obligación personal de un préstamo inmobiliario sujeto a la LCCI (no es general para cualquier hipoteca, sólo las que entran en el ámbito de aplicación de la LCCI), debe comunicarlo al prestamista con al menos quince días de antelación a la fecha de la firma prevista, al objeto de que el prestamista pueda realizar el necesario análisis de su solvencia y dar cumplimiento a los requisitos de información precontractual y al resto de las obligaciones exigidas por la LCCI y su desarrollo reglamentario<sup>53</sup>.

15.— Respecto del contenido del contrato y cláusulas abusivas: aunque se trata de una cuestión distinta, el art. 20.1 y la DF 11.<sup>a</sup>1.a) LCCI, así como la nueva redacción del art. 5 Ley 19/2014 por la DA 8.<sup>a</sup> LCCI, se refieren a la posibilidad de que reglamentariamente se fijen las cláusulas que los contratos de préstamo habrán de tratar o prever de forma expresa, en cuyo caso el notario habría de comprobar que así se hubiera hecho. Además, la DF 11.<sup>a</sup>1.d) LCCI señala que el Gobierno podrá establecer «*un modelo de contrato de préstamo con garantía hipotecaria*», así como medidas que favorezcan su utilización, «*que será voluntaria para las partes*» (ya veremos cómo coordinar este modelo con el «*préstamo hipotecario de confianza*» de la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley andaluza 3/2016). Por otro lado, en relación con la prohibición para el notario de autorizar y para el RP de inscribir del art. 84 LGDCU, su nueva redacción por la DF 6.<sup>a</sup> añade una referencia a las cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas<sup>54</sup>, pero exime a las SSTs

<sup>53</sup> Recordemos que, según el art. 19.3, Orden 2011, «las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo deberán incluir entre los términos de su relación contractual la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden». Se ha de entender que esa información es ahora la prevista en la LCCI.

<sup>54</sup> Podrá parecer obvio, pero, respecto de los notarios, conviene no olvidar que desde la STS de 28 de mayo de 2008, rec. 63/2007 se considera que sólo mediante norma de rango legal el notario puede negarse a autorizar una escritura por un posible contenido ilegal; en esta línea la STS de 7 de marzo de 2016, rec. 1141/2013 ha anulado determinados apartados de la Orden 2011, habiendo declarado lo siguiente en el tema que ahora nos interesa: «el artículo 84 de dicha norma, referido a la autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas, dispone que: «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se preten-

RICARDO CABANAS TREJO

que declaren la nulidad por abusiva de una cláusula con valor de jurisprudencia de la necesidad a los efectos de este precepto de su inscripción en el Registro de CGC, mientras que para las restantes sentencias exige que sean firmes y estén inscritas<sup>55</sup>.

---

da la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Esta previsión legal ciertamente habilita a los notarios a denegar la autorización de contratos o negocios jurídicos en que intervengan, pero limitando esta posibilidad a un supuesto muy concreto (aquellos supuestos en los que se pretenda es la inclusión de una cláusula declarada nula por abusiva en una sentencia que esté inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación), por lo que no puede entenderse que esta previsión legal, tan concreta y específica, implique una habilitación legal que autorice una previsión reglamentaria como la ahora cuestionada que establece, con carácter general y sin la necesidad de que exista una sentencia judicial previa que así lo declare, a ejercer un control de la ilegalidad y eventualmente la denegación de su autorización respecto de los préstamos concedidos por entidades bancarias». La LCCI supone así una importante habilitación del control de legalidad notarial con el rango normativo adecuado, mitigando en parte la absurda situación creada por esta última STS, que excluye el control que quiso instaurar la Orden 2011 cuando se trata de Bancos, pero mantiene el de la Ley 2/2009 para otro tipo de prestamistas (respecto de la previa STS de 5 de marzo de 2013, rec. 651/2011, pone de manifiesto esta absurda situación, ALCALÁ: cit., p. 213).

<sup>55</sup> En el trámite de audiencia ante el CE, la CECA propuso que la remisión se limitara a las acciones colectivas; creo que era una aclaración muy conveniente, sobre el tema, v. CABANAS/BO-NARDELL, El registro de condiciones generales de contratación, EDERSA, 2001, pp. 280 y ss.

## **EL AUTOCONTRATO SOCIETARIO TRAS LA REFORMA DEL CONFLICTO DE INTERESES**

**CARLOS PÉREZ RAMOS**

*Notario de Madrid*

### **RESUMEN**

La ley 31/2014, de 3 de diciembre, modificó los arts. 233 y ss. LSC relativos al conflicto de intereses. Se pretende resolver si esta modificación afecta también al régimen jurídico del autocontrato societario, descartándose la opinión de aquellos que lo niegan o los que sin más les aplican las mismas normas y defendiéndose que se deberán aplicar aquellas normas con las que comparta identidad de razón. Finalmente se describen las consecuencias de la aplicación práctica de la tesis propuesta.

**Palabras clave:** Autocontrato societario, conflicto de intereses, aplicación al autocontrato, normas conflicto de intereses, sanción del autocontrato, autorización del autocontrato, efectos frente a terceros del autocontrato inválido.

## **CORPORATE SELF-CONTRACTING FOLLOWING THE REFORM OF CONFLICTS OF INTEREST**

**CARLOS PÉREZ RAMOS**

*Notary Public in Madrid*

### **ABSTRACT**

Law 31 dated December 3<sup>rd</sup>, 2014, amended arts. 233 and following regarding conflicts of interest in the Capital Corporations Act. It was an attempt to resolve whether or not this amendment also affects the legal regime for corporate self-contracting, setting aside the opinion of those denying this possibility and those who apply the same rules without further ado, and maintaining that rules sharing an identical reasoning should be applied. Finally, the consequences of the practical application of the thesis proposed are described.

CARLOS PÉREZ RAMOS

**Keywords:** Corporate self-contracting, conflict of interest, application of conflict of interest rules to self-contracting, permission for self-contracting, authorization of self-contracting, effects of invalid self-contracting vis-à-vis third parties.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO.—2. INCIDENCIA EN EL AUTOCONTRATO SOCIETARIO DE LA REFORMA DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL CONFLICTO DE INTERESES DE LOS ADMINISTRADORES.—3. ¿SON APLICABLES AL AUTOCONTRATO SOCIETARIO LAS NOVEDADES PREVISTAS PARA LA REGULACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES? 3.1. Posibles innovaciones en la teoría general del autocontrato societario derivadas de la reforma del conflicto de intereses. 3.2. ¿Se aplicarán al autocontrato societario las normas del conflicto de intereses antes referidas? 3.2.1. Los arts. 229 y ss. LSC se aplican al conflicto de intereses de los administradores, pero no al autocontrato societario que se sigue regulando como hasta ahora. 3.3.2. Los arts. 229 y ss. LSC son el verdadero régimen jurídico del autocontrato societario. 3.3.3. Los arts. 229 y ss. LSC se aplicarán al autocontrato societario en la medida que lo permita su naturaleza, es decir, cuando existan entre ambas figuras (autocontrato y conflicto de intereses) una auténtica *identidad de razón* (art. 4.2 CC). 3.4. El panorama del actual régimen jurídico aplicable al autocontrato societario de seguir la tesis de que se le deben aplicar las reglas del conflicto de intereses con los que comparta identidad de razón. 3.4.1. El problema de la autorización del autocontrato. 3.4.2. El problema de la sanción de autocontrato prohibido. 3.4.3. Efectos frente a terceros del autocontrato inválido.—4. BREVE REFERENCIA AL CONFLICTO DE INTERESES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

*Cuando desperté, el autocontrato todavía estaba allí.*

## I. PLANTEAMIENTO

Efectivamente, hace ya siete años en esta misma Revista<sup>1</sup> intenté acercarme a la escurridiza figura del autocontrato<sup>2</sup> societario. Durante este tiempo han pasado algunas cosas, aunque el autocontrato y su problemática, como el *dinosaurio* de Monterroso, todavía sigue estando allí<sup>3</sup>.

Cuando traté la autocontratación<sup>4</sup> ésta era una figura esencialmente de crea-

<sup>1</sup> PÉREZ RAMOS, C.: *La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios*. «Cuadernos de derecho y comercio», núm. 55, 2011, págs. 145-184.

<sup>2</sup> Para ROCA-SASTRE, al que sigue FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *La contratación consigo mismo y el conflicto de intereses (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001)*. Revista LA NOTARÍA, del Colegio Notarial de Cataluña, núm. 1/2002, enero 2002: «aunque la expresión “autocontrato” se viene utilizando ampliamente por todos los operadores jurídicos, desde antiguo la doctrina se ha venido cuestionando su adecuación al considerar preferibles otras expresiones, como “contratos consigo mismo” o “acto jurídico consigo mismo”».

<sup>3</sup> El famoso microrrelato del escritor guatemalteco Augusto Monterroso, Premio Príncipe de Asturias de las letras del año dos mil, se titula *El dinosaurio* y dice así: «Cuando despertó, el dinosaurio todavía estaba allí». Se publicó en 1959 en «Obras completas (y otros cuentos)» y según el Instituto Cervantes es el cuento más breve de la literatura hispanoamericana.

<sup>4</sup> En sentido amplio, para RIVERO HERNÁNDEZ (*Elementos de Derecho Civil*, vol. III. Por J. L. Lacruz Berdejo, A. Luna Serrano y F. Rivero Hernández, Barcelona, Bosch, 1990) hay autocontratación cuando una persona, actuando en nombre e interés propio y también en el de otra persona a quien representa, o en nombre de dos personas distintas cuyas respectivas representaciones ostenta, realiza un negocio que las relaciona y del que derivan consecuencias jurídicas para ambas.

De esta definición resultan dos conceptos diferentes, pero hermanados: la autocontratación y la doble o múltiple representación. Pues bien, la doctrina del autocontrato se aplica por extensión a los casos de doble o múltiple representación. De manera que en sentido amplio, cuando hablamos de autocontrato prohibido, incluimos también el caso de doble o múltiple representación.

Es interesante, aunque minoritaria, la postura de ROCA-SASTRE y PUIG BRUTAU (ROCA-SASTRE y PUIG BRUTAU: «La representación voluntaria en el negocio jurídico». Estudios de derecho privado.



ción doctrinal<sup>5</sup> y jurisprudencial, cuya teoría general, a falta de un auténtico so-

Volumen I. Editorial Aranzadi), para quienes debería distinguirse entre la doble representación y el autocontrato. En cuanto a la primera, desde el punto de vista teórico, no existe razón para impedirla, pues el representante siempre *actúa en interés ajeno* y, por consiguiente, al no entrar en juego sus intereses propios, falta la base propicia para que el abuso se produzca. Y si abusara a favor de uno de los representados en perjuicio del otro será un caso de vulgar abuso o mala fe ante el que deberían jugar las normas generales.

Sin embargo, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia dentro del concepto amplio de autocontrato incluyen también la doble representación, dándoles el mismo tratamiento jurídico.

Pero no solo tenemos esta definición de autocontrato sino que hay muchas más, parecidas, pero distintas, así: FERNÁNDEZ LOZANO (*La representación*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo I, Personas. Volumen 3.º. 2.ª ed., Civitas, Thomson-Reuters, octubre 2015) nos dice que el autocontrato o contrato consigo mismo en sentido amplio se refiere a aquellas situaciones en las que una persona pone en relación, a través de un contrato, las masas patrimoniales pertenecientes a distintas personas (pudiendo ser el titular de una de las masas patrimoniales el propio sujeto actuante. El TS, en sentencia de 24 de septiembre de 1994, hace la siguiente definición: «... La figura del autocontrato, en su sentido más genuino, tiene lugar siempre que cualquier relación contractual es realizada por una sola persona, aunque también puede constituir supuesto de autocontratación cuando partiendo de dos intervinientes contractuales, en realidad uno de ellos no es propia parte, sino que mantiene identidad plena y acreditada de intereses compartidos con la contraparte y por ello no actúa para sí y más bien para el otro, que acude a la cobertura de un negocio que se presenta externo y aparentemente bilateral, cuando en realidad su operatividad negocial y de eficacia lo es exclusivamente para el contratante único protagonista y destinatario final de la relación que se crea...»).

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús, *Eficacia e ineficacia del autocontrato*, ADC, n.º LXVI-III, julio, 2013, señala que «En una primera aproximación, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, podríamos decir que se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona con su sola voluntad pueda vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos, que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión, de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro».

SEOANE DE LA PARRA, Miguel: *La autocontratación en materia de sociedades*, <http://www.registadoresdemadrid.org/revista/3/Cuestiones-Derecho-Mercantil/LA-AUTOCONTRATACION-EN-MATERIA-DE-SOCIEDADES.aspx>; establece que «La autocontratación, en un sentido estricto, existe cuando una persona interviene en nombre propio y además en nombre y representación de la sociedad a la que representa; ejemplo: el administrador de una sociedad que compra un inmueble de la misma y en la escritura de compraventa interviene en su propio nombre —como comprador— y en nombre y representación de la sociedad —vendedora—, como administrador de la misma».

Yo no podía ser menos, y he definido el autocontrato o doble representación como aquella situación jurídica que se produce cuando en un negocio jurídico el consentimiento se presta por una persona que actúa en su propio nombre y en nombre y representación del representado autocontratación), o en representación de dos o más partes (doble o múltiple representación) concurriendo en todo caso conflicto de intereses.

Y además (por definiciones que no falte) definí el autocontrato societario (PÉREZ RAMOS, Carlos, *El autocontrato en las sociedades mercantiles*, Actum Mercantil & Contable, n.º 19, abril-julio, 2012 (en formato electrónico en <http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/el-autocontrato-en-las-sociedades-mercantiles>). En un sentido descriptivo existe autocontrato o contrato consigo mismo si en un negocio jurídico una de las partes es representada por una persona que al mismo tiempo interviene en su propio nombre y derecho como contraparte (autocontrato); o bien cuando ambas partes contratantes son representadas por la misma persona (doble representación); o en el caso de un contrato plurilateral la representación de varias partes se lleva a cabo por una misma persona (múltiple representación).

<sup>5</sup> En el derecho romano no se regulaba el autocontrato porque no existía la representación directa, dado que no era necesaria puesto que los romanos disponían de un medio más cómodo y seguro: los esclavos, que al consentir en su propio nombre, adquirían *ipso iure* para el *dominus*, y si no tenía esclavo tenía el *esclavo público*. Aunque un claro antecedente del autocontrato se encuentra en el Digesto (18, 1, 34, 37), que recopila un texto de Paulo, según el cual el tutor no puede

porte normativo, era aceptada y aplicada sin grandes problemas, y donde era di-

comprar cosas del pupilo, añadiéndose que la misma regla se extiende por analogía a los curadores, procuradores y personas que gestionan intereses ajenos.

En las *Partidas* se recogía la prohibición del autocontrato, pero limitado a la representación legal, *el tutor no puede comprar los bienes del pupilo*, y esta misma prohibición se recogía en la Novísima Recopilación (ley primera del Título XII del libro X).

En el momento inmediatamente anterior a la Codificación el TS entendió que la prohibición se limitaba a los administradores legales, por lo que un administrador voluntario o el gerente de la sociedad podía comprar los bienes del administrado o de la compañía que gestionaba.

Finalmente el Código Civil no contiene una prohibición general de autocontrato, sino manifestaciones singulares no ha impedido que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia defiendan que existe un principio general por el que el representante no puede autocontratar, e incluso la propia jurisprudencia en caso de duda tiende a interpretar extensivamente el autocontrato. Tesis también defendida por la doctrina, salvo la voz discordante y brillante de FEÁS COSTILLA.

Y todo ello sin perjuicio de las normas concretas que se pueden aplicar al autocontrato prohibido recogido en la Ley de Sociedades de Capital, que luego veremos.

El hecho de que no se prohíba con carácter general el autocontrato y solo se contengan prohibiciones singulares no ha impedido que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia defiendan que existe un principio general por el que el representante no puede autocontratar, e incluso la propia jurisprudencia en caso de duda tiende a interpretar extensivamente el autocontrato. Tesis también defendida por la doctrina, salvo la voz discordante y brillante de FEÁS COSTILLA.

El art. 181 del Código Civil alemán contiene una prohibición expresa y general tanto del autocontrato como de la doble representación. Pero con dos excepciones: Que haya sido autorizado por el representado o que se trate del exclusivo cumplimiento de una obligación. Y, esto es importante, por tratarse de una norma prohibitiva, el Tribunal Supremo alemán la ha interpretado restrictivamente; lo que se ha manifestado de dos maneras: De un lado, TS alemán, siempre ha negado que el art. 181 por analogía pueda ampliarse su campo de acción a otros conflictos de intereses ajenos a su tenor literal. Por eso, admite que el representante pueda actuar al mismo tiempo como deudor en nombre propio y como fiador en nombre del representado o incluso la posposición de rango en las hipotecas. Si hay perjuicio para el representado en estos casos, se resolverá por la vía de indemnización, como abuso de poder. Sin embargo, como veremos ambos casos en el derecho español serían hipótesis de autocontrato prohibido. Y del otro, además el TS alemán ha interpretado generosamente los dos excepciones previstas en el art. 181, por las que el autocontrato es admisible, con lo que indirectamente está reduciendo su campo de actuación, así: Respecto a la primera excepción legal —la autorización del representado— puede ser general, como en los estatutos de una sociedad o en prácticamente todos los poderes de los notarios alemanes; o tácita, como cuando el administrador de una sociedad es nombrado administrador de una sociedad filial; o posterior al autocontrato, cuando se ratifica expresa o tácitamente; y la segunda excepción legal, el estricto cumplimiento de una obligación, se justifica porque excluye naturalmente el conflicto de intereses entre representante y representado, y por eso cabe extenderla a otros casos de autocontrato en que no hay posible conflicto de intereses (riesgo de daño), por tanto, concluyendo que cuando no haya conflicto de intereses no habrá autocontrato prohibido (por lo que se acerca a la solución española).

En cuanto al régimen vigente en Italia, el nuevo Código Civil italiano de 1942, con notable influencia de Alemania (entonces su compañera del Eje), regula en sus artículos 1394 y 1395 tanto el conflicto de intereses como el autocontrato, en el siguiente sentido: el representado (y solo él) puede pedir la anulación del contrato celebrado con un tercero que conocía o pudo conocer la existencia de un conflicto de intereses, o celebrado en autocontrato (por lo que en el mismo presume el conflicto de intereses) cuando no concurra ninguno de los dos requisitos que también preveía el BGB: la autorización del representado (aunque aquí ha de ser específica) o una determinación tal del contenido que excluya el conflicto de intereses (la interpretación que el TS alemán ha dado a la 2.ª excepción del art. 181).

La jurisprudencia ha ido aproximando la primera excepción (autorización específica) a la segunda (predeterminación del contenido), de modo que la autorización del representado ha de ser tan específica que llegue a predeterminar el contenido del contrato hasta el punto de excluir el conflicto

fácil encontrar aportaciones doctrinales especialmente originales, ni sentencias o resoluciones de la DGRN rupturistas, ya que se limitaban a confirmar y recordar la doctrina marcada por pronunciamientos anteriores, hasta el punto de que, tras años de debate y polémica, parecía que se había llegado a un cierto consenso en la construcción de esta figura.

Por todo ello, en mi artículo del año 2011 me limité a hacer un compendio y resumen de esa doctrina asentada, y dentro de las posibilidades de mi talento propuse alguna interpretación que aspiraba a ser original y que pasó totalmente desapercibida —confirmando que no hay peor castigo para el escritor que la irrelevancia—, en concreto, frente a la posición mayoritaria de que la autorización del autocontrato societario debía proceder de la Junta general, defendí que ésta podría salvar el conflicto de intereses, con lo que ya no había autocontrato prohibido, pero que aplicando la teoría general del autocontrato correspondía al representado autorizarlo, y el representado era la sociedad que forma y exterioriza su voluntad a través de su órgano de administración, por lo que siempre que no hubiera conflicto en el hecho de que el administrador salvara el autocontrato esta autorización podía proceder del mismo<sup>6</sup>. También defendí que no había doble representación prohibida cuando afectaba a sociedades del mismo grupo porque el daño de uno de sus miembros podía ser beneficioso para el grupo<sup>7</sup> y, finalmente,

de intereses. En fin, que ambas excepciones se convierten en una sola, la predeterminación del contenido, bien la haga el representado o bien resulte del contrato, por naturaleza o por ley.

La posterior influencia de esta solución del Codice de 1942 ha sido inmensa, incluso en otros códigos y en las sucesivas propuestas de un Código Civil Europeo; y por supuesto en la doctrina y jurisprudencia españolas.

Finalmente, en Inglaterra se considera al autocontrato como una forma de conflicto de intereses, pero que no es objeto de un control preventivo, sino que se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios si así lo decide el juez. Por tanto sería similar al caso del abuso de poder, pero con la peculiaridad de que el contrato no sería anulable, aunque el tercero supiera que se hubiera celebrado en situación de conflicto de intereses.

<sup>6</sup> Por lo que un administrador solidario podía autorizar el autocontrato de otro administrador solidario, o los mancomunados conjuntamente el de uno de ellos, o el Consejo de administración el del consejero delegado.

<sup>7</sup> Aunque Catalina RUIZ-RICO considera que en cualquier contrato entre sociedades del mismo grupo existirá autocontrato debido a que existe una dirección única, entendemos que debemos hablar de autocontrato, o mejor dicho, doble representación en los grupos de sociedades cuando las partes del contrato son representadas por el mismo representante orgánico o voluntario.

El problema es que en la contratación entre sociedades pertenecientes al mismo grupo el interés de una de las sociedades contratantes puede encontrarse contrapuesto al de la otra y ser, no obstante, lo más conveniente para el interés del grupo.

Al haber una empresa común, el *interés del grupo* debe ser prioritario el interés de las distintas sociedades que lo componen. Por eso aunque se dañara patrimonialmente a alguna de las sociedades dependientes, al beneficiar al grupo, no habría doble representación prohibida.

Ya que en todo caso, para hablar de doble representación prohibida se requiere que exista «conflicto de intereses», y en la contratación entre sociedades pertenecientes al mismo grupo el interés de una de las sociedades contratantes puede encontrarse contrapuesto al de la otra y ser, no obstante, lo más conveniente para el interés del grupo.

Al haber una empresa común y una dirección común debe ser prioritario el interés del grupo respecto al interés de las distintas sociedades que lo componen. Por eso aunque pudiera haber un conflicto de intereses individual no lo hay respecto al grupo, por lo que no habría doble representación prohibida.

apunté el tema de la sanción del autocontrato y sus efectos frente a terceros, pero sin la necesaria profundidad, hasta el punto de que estuve dando vueltas al tema de escribir un artículo sobre ello.

Sin embargo, el pacífico o, mejor dicho, pacificado autocontrato sufre una convulsión cuando el BOE de cuatro de diciembre de dos mil catorce publica la Ley 31/2014, de 3 de diciembre<sup>8</sup>, en el que entre otros extremos se modifican extensamente los arts. 233 y ss. LSC relativos al conflicto de intereses<sup>9</sup>.

Esta idea resulta de la misma *razón de ser de los grupos de sociedades*, ya que es necesario el sometimiento del interés social de las sociedades dependientes al interés colectivo del conjunto, o al menos su coordinación con el mismo, lo cual conduce a justificar incluso la causación de perjuicios patrimoniales a las sociedades dependientes, siempre que el resultado final redunde en beneficio del interés del grupo.

Esta premisa se halla implícita en el antiguo art. 10 LSL y actual art. 162 LSC, que permite la concesión de préstamos, créditos, garantías y la asistencia financiera entre sociedades del mismo grupo.

Sin embargo, aunque como luego veremos, este precepto se aplica a lo que según el art. 42 Cdc anteriormente visto se entiende por «grupo de sociedades», para Marimón Durá Rafael, «*La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios*, Administradores y otras Sociedades de su Grupo (del art. 10 LSRL al art. 162 LSC) 2.ª edición editorial Thomson Reuters), el sacrificio del interés individual de cada sociedad a favor del interés del grupo sólo tiene sentido cuando estamos ante un «grupo de sociedades en sentido estricto», es decir, con una dirección única. Sólo en este caso se justifica que la doble representación no esté prohibida porque no concurre verdadero conflicto de intereses, ya que siempre debe prevalecer el interés del grupo.

Cuando no haya dirección única, aunque legalmente haya «grupo de sociedades» e incluso la sociedad dominante intervenga en la formación de la voluntad social de la dominada a través de su influencia en sus órganos sociales, esta participación no está orientada a crear una dirección única que busque el interés del grupo, sino a la protección de la inversión efectuada. De manera que al no haber nacido un «interés de grupo» no está justificado dar prioridad al interés de la sociedad dominante frente al de la dominada o dependiente; por lo que en caso de que una misma persona represente en un mismo negocio a la sociedad dominante y a la dominada o dependiente al haber conflicto de intereses estaremos ante una doble o múltiple representación ilícita.

Desde el punto de vista práctico, el que simplemente se alegue la existencia de un grupo de sociedades en pura teoría ya permitiría que cualquier doble representación que al mismo afectare fuera considerado lícita; pero la dificultad de conocer *a priori* cuál es el interés del grupo parece que debería llevarnos a negar su licitud, salvo los casos concretos del art. 162 TR, aunque podría *a priori* salvarse por las sociedades del grupo, a través de sus respectivos órganos tal y como hemos expuesto anteriormente.

¿Y si alguna de las sociedades del grupo afectadas por la doble representación fuese una Sociedad Anónima? Caben dos posturas:

1.ª— Hay doble representación prohibida, ya que el art. 162 LSC sólo se aplica a las SL, y si hubiera querido el legislador extender esta norma también a la Sociedad Anónima lo hubiera hecho, como así lo ha realizado la LSC con muchas normas de la antigua LSL.

2.ª— O bien entender que no hay doble representación prohibida porque para MARIMÓN DURÁ, Rafael, «*La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios*, Administradores y otras Sociedades de su Grupo (del art. 10 LSRL al Art. 162 LRLSC) 2.ª edición editorial Thomson Reuters), cabe aplicar analógicamente el art. 162 LSC a la SA porque existe identidad de razón y sobre todo que al haber un «interés superior del grupo» ya no hay conflicto de intereses.

<sup>8</sup> Por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ LOZANO, J. L.: (*La representación*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo I, Personas. Volumen 3.º. 2.ª ed., Civitas, Thomson-Reuters, octubre 2015), nos dice que el **conflicto de intereses** hace referencia a aquellas situaciones en las que hay varios intereses correspondientes a

A la vista de estas normas, ¿podemos seguir dando el mismo trato al autocontrato societario? O ¿la reforma del conflicto de intereses también ha supuesto la reforma de la doctrina general del autocontrato en las sociedades mercantiles?

Es lo que voy a intentar resolver en este artículo.

Pero sea cual sea la contestación que demos a esta pregunta no podemos olvidarnos de que el autocontrato societario sigue siendo una figura compleja, que parece construida con una doctrina sólida y, sin embargo, en cuanto se profundiza en ella emergen alguna de sus debilidades: si antes de la reforma era poco clara su relación con el conflicto de intereses, la situación en este punto no ha mejorado; tampoco es una cuestión cerrada, y ni siquiera muy estudiada el de la sanción del autocontrato societario, y la dificultad de extender la sanción que en el ámbito civil se admite con cierta comodidad al ámbito societario. Es verdad que a mi juicio se ha aclarado a quién correspondía autorizar el autocontrato prohibido, pero sigue siendo difícil el combinar la teoría general del autocontrato construida alrededor de la representación voluntaria y en el ámbito civil con la teoría de los órganos de la sociedad de capital y el papel del apoderado de la sociedad, y no ha desaparecido la paradoja, predicable para cualquier autocontrato, de que como brillantemente resaltó FEÁS COSTILLA<sup>10</sup> (y parece por muchos olvidarse), el régimen construido por la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria para el autocontrato en nuestro país es mucho más estricto y exigente que el aceptado en Alemania donde, a diferencia de nuestro derecho, sí existe una prohibición general de autocontrato, que como norma restrictiva y limitativa de la voluntad individual es interpretada estrictamente.

En fin, una materia que sigue siendo apasionante y en la que de nuevo se confunden y entremezclan las categorías civiles y mercantiles, un nuevo lugar de encuentro entre ambos Derechos, y la línea del espíritu que en última instancia inspira a esta revista.

---

distintas personas que pueden ser divergentes o contradictorios. Aplicada la noción a la representación, el conflicto existe cuando el representante, para atender el interés de su representado, tiene que desatender el interés propio o el de otro representado, que se ven afectados por el negocio celebrado. Se viene distinguiendo un conflicto de intereses *abstracto* y un conflicto de intereses *concreto*. El primero supone la consideración, en abstracto, de una situación en la que puede existir riesgo o peligro para una parte de los intereses que están en juego, cuando se ponen en relación por una misma persona varios patrimonios. El segundo resulta de las circunstancias del caso concreto.

<sup>10</sup> FEÁS COSTILLA, J.: *Reivindicación del autocontrato*. Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez/coord. por Ángel Valero Fernández-Reyes, Antonio Pérez-Coca Crespo, Leonardo B. Pérez Gallardo; Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), vol. 2, 2013, págs. 1195-1252.

## 2. INCIDENCIA EN EL AUTOCONTRATO SOCIETARIO DE LA REFORMA DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL CONFLICTO DE INTERESES DE LOS ADMINISTRADORES

### 2.1. Planteamiento

De entre los deberes impuestos a los administradores por razón de su cargo<sup>11</sup> se encuentra el deber de lealtad<sup>12</sup>, y entre las manifestaciones del deber de lealtad se encuentra la de evitar el conflicto de intereses entre el representante y el representado, esto es, la sociedad.

De todas formas, el deber de lealtad no es más que la traducción societaria del deber genérico que tiene todo representante de velar por el interés del representado<sup>13</sup>.

No obstante, su construcción societaria presenta la particularidad de que, en sede de representación voluntaria, nuestro Código Civil no sanciona con carácter general el que el representante tenga un conflicto de intereses con el representado,

<sup>11</sup> Y que con carácter general, cual fórmula magistral, se enuncia en el art. 225.1 LSC que inaugura el capítulo III del título VI, cuando proclama «los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos».

<sup>12</sup> En los arts. 225 y ss. LSC aparecen expresamente regulados como dos deberes distintos: el deber de diligencia y el deber de lealtad, que tienen un contenido distinto, si bien como nos recuerda MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO (*El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas, Cuadernos de Derecho y Comercio*) en última instancia ambos persiguen un mismo fin: la consecución del interés social, entendido como la suma de los intereses de los socios expresados en el órgano competente, la Junta general.

El deber de diligencia es predicable de la gestión que realice el administrador de los asuntos sociales, y pretende que la actuación de éste sea adecuada a los estándares de actuación del ordenado empresario y atenta siempre al interés social. Así pues, al administrador le es exigible como profesional no la diligencia propia de las personas comunes, sino la de las versadas en la actividad u objeto social de la sociedad a la que representa. Se trata de una obligación de medios, no de resultado, de modo que no cabe que los socios entiendan quebrantado el deber de diligencia por el mero hecho de que el administrador, procediendo de buena fe y con arreglo a las prácticas usuales en el mercado, no haya logrado los objetivos planteados.

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

<sup>13</sup> Como concluye MARTÍNEZ CORTÉS (*El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas. «Cuadernos de derecho y comercio», núm. 65, 2016, págs. 39-118*), «el deber de lealtad no es exclusivo del derecho societario, sino que es común a toda relación representativa. El representante debe actuar en interés del representado».



como sí en cambio hace en representación legal en el art. 163 CC para la patria potestad<sup>14</sup> y el art. 299.1 CC para la tutela<sup>15</sup>.

Sin embargo, el que en sede de representación voluntaria no se recoja una prohibición general de conflicto de intereses no significa que su vulneración no pueda tener consecuencias para el representante. El apoderado debe velar por los intereses del representado por encima de los suyos propios y su vulneración implicará el incumplimiento de sus obligaciones contractuales que dará lugar a que el poderdante pueda reclamarle una indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101 CC).

Ello no obstante, si el apoderado a pesar de incurrir en conflicto de intereses contrata, por ejemplo, con un pariente, el contrato será válido, ya que no ha traspasado los límites del mandato (arts. 1.726 y 1.259 CC), lo que supone ya la primera paradoja en la relación conflicto de intereses-autocontrato, puesto que, aunque el autocontrato se prohíbe precisamente porque existe conflicto de intereses, pero mientras que conflicto más autocontrato provoca que lo ejecutado por el representante sea inválido por exceder de los límites del poder, en cambio, si solo hay conflicto, pero no autocontrato en negocio consentido por el representante en nombre del representado, será válido.

Esta paradoja empaña toda la relación que existe en el conflicto de intereses y el autocontrato, ya que se dice que se sanciona el autocontrato porque de su propia estructura (el que el representante actúe en nombre propio o de un tercero cuya representación también ostenta) se presume un conflicto de intereses, pero en cambio el conflicto presumido y que se intenta evitar, si concurre aisladamente, es tratado de manera menos rigurosa. Y esta es una trampa en la que por la repetición de fórmulas conocidas se suele caer, incluso por la DGRN, que en sus Resoluciones<sup>16</sup> sobre el tema para justificar que se sancione el autocontrato suele incluir la siguiente frase lapidaria: *«el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación o situación de conflicto de intereses<sup>17</sup> no se debe a obstáculos conceptuales o de carácter dogmático (sobre si cabe que el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad), sino a*

<sup>14</sup> Nos dice el art. 163 CC: «siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad».

<sup>15</sup> Por el art. 299 CC «Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: 1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado».

<sup>16</sup> Resoluciones DGRN 15 junio 2004, 8 noviembre 2004, 22 mayo 2012 y 11 de abril 2016.

<sup>17</sup> No cierto como presupone la DGRN que el conflicto de intereses sea igual que el autocontrato, ni que se le trate, por el mismo Centro Directivo, con el mismo *rigor*.

*razones materiales de protección de los intereses en juego (dada la necesaria defensa de los intereses de los representados en que se produce un conflicto de intereses por corresponder a una misma persona la representación de intereses contrapuestos)»,* con lo que nos está justificando el tratamiento de rigor del autocontrato (no como dice también del conflicto de intereses, ya que éste *per se* solo se sanciona en la representación legal y en la orgánica que afecte a sociedades de capital) en la protección de los intereses del representado por producirse un conflicto de intereses al *corresponder a una misma persona la representación de intereses contrapuestos*, pero ¡sí sanciona con menos rigor el conflicto que se dice evitar cuando concurre por sí solo que cuando lo hace envuelto en la figura del autocontrato!

Es indudable la íntima relación existente entre el autocontrato y el conflicto de intereses. Más aún, que el alma del autocontrato ilícito es el conflicto de intereses lo demuestra el que no se prohibirá el autocontrato cuando no exista conflicto de intereses aunque el representante actúe en nombre propio y del representado (como cuando dona un bien propio y acepta la donación en nombre del representado), o cuando consienta el negocio en nombre de dos sujetos distintos a los que representa y no haya intereses contrapuestos sino paralelos (como cuando constituye una sociedad de capital mediante aportaciones dinerarias).

Pero el que el conflicto de intereses sea el ingrediente esencial del autocontrato prohibido no significa que se deban identificar estas figuras. Es cierto que el género es el conflicto de intereses y el autocontrato su especie, de manera que para que haya autocontrato prohibido es imprescindible que haya conflicto de intereses<sup>18</sup>, pero no siempre que hay conflicto de intereses hay autocontrato.

Y este matiz —no es lo mismo el autocontrato que el conflicto de intereses— es el que a mi juicio debe llevarnos a descartar que se pueda construir la doctrina del autocontrato únicamente sobre el conflicto de intereses. Es decir, creo que es erróneo el sostener que el autocontrato prohibido se sanciona por el Ordenamiento porque presupone el conflicto de intereses, porque no tiene sentido sancionar con más rigor lo que se presupone con lo que se sabe que es cierto. Y es que *el acento no hay que ponerlo en el conflicto de intereses, sino en el riesgo de consecuencias dañosas que para el representado supone el autocontrato*. En esta línea, la RDGRN de 28 de abril 2015 resalta que, a través de la prohibición del autocontrato, «*el ordenamiento jurídico trata de garantizar que la actuación de los gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal o “dominus negotii” sin interferencia de los propios del gestor*», y por tanto, añadido yo, evitando el riesgo de daño que para el representado podría derivarse de esa potencial interferencia de los intereses del representante.

<sup>18</sup> Como nos dice FERNÁNDEZ LOZANO, el conflicto de intereses el único fundamento de la proscripción y rechazo doctrinal, legal y jurisprudencial del autocontrato prohibido.



Voy a intentar explicar esta idea poco a poco, discurriendo entre premisa y premisa, entre argumento y argumento, hasta llegar a los efectos, puesto que como ya nos decía GONZÁLEZ PALOMINO, en *derecho lo que no son efectos es música celestial*<sup>19</sup>.

Pues bien, comencemos nuestro camino. Según la doctrina pacíficamente aceptada<sup>20</sup>, el autocontrato, doble o múltiple representación, exige para ser prohibido el que concurran cumulativamente tres requisitos: Que exista una sola declaración de voluntad y no la contraposición de voluntades típica de todo contrato, que mediante el negocio se pongan en relación económica dos o más masas patrimoniales distintas, y finalmente que entre tales patrimonios puestos en relación negocial exista o pueda existir un *conflicto de intereses*. Que se dará en aquellos supuestos en los que la satisfacción del representante supone, como consecuencia natural, el sacrificio del representado. Posturas antagónicas que no pueden ser atendidas a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada<sup>21</sup>.

Y el autocontrato prohibido es sancionado por el Ordenamiento<sup>22</sup>. Pero la justificación de esta sanción es algo que ha ido evolucionando. Es decir, desde antiguo se ha tenido la percepción de que el autocontrato debía ser sancionado, pero ha ido cambiando la motivación de esta sanción. Así, en un primer momento se negó la licitud del autocontrato, en base al argumento de que el contrato necesita el concurso de dos o más voluntades. No obstante, esta objeción se encuentra superada por la doctrina actual<sup>23</sup>, ya que si bien es cierto que en el autocontrato no concurren dos personas, sí lo hacen dos partes contratantes y dos voluntades, la propia y la del representado, pero esta objeción pronto se superó, y así la doctrina actual nos recuerda que si bien es cierto que en el autocontrato no concurren dos

<sup>19</sup> Aunque como nos recuerda el prólogo de la obra *Derecho Notarial* de GONZÁLEZ PALOMINO, Valerio PÉREZ DE MADRID CARRERAS, en realidad la frase exacta es la siguiente: «*En derecho, que es una creación para la vida, lo no útil, lo no eficaz es literatura*», tal y como consta en el trabajo *Hacia un Derecho Notarial*, publicado por la Revista de Derecho Privado en 1934. De ahí que se haya imputado a GONZÁLEZ PALOMINO la más abreviada expresión «*en Derecho, lo que no son efectos es literatura*» o la fórmula que solía emplear el mismo reproducida en este texto.

<sup>20</sup> NAVARRO VIÑUALES, J. M.: «Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLI, editorial la Ley. Así también DELGADO TRUYOLS, A.: «La doble o múltiple representación y el autocontrato: Delimitación de supuestos». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39. Madrid, 2001. Y FUGARDO ESTIVILL, J. M.: «La contratación consigo mismo y el conflicto de intereses (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001)». *Revista LA NOTARÍA del Colegio Notarial de Cataluña*, núm. 1/2002, enero 2002.

<sup>21</sup> Díez DE ENTRESOTOS FORNS, M.: «El autocontrato», Madrid, 1990.

<sup>22</sup> Luego veremos en qué grado, porque la sanción aplicable al autocontrato prohibido y sus efectos, sobre todo frente a terceros, no es una cuestión sencilla ni clara y ni siquiera suficientemente estudiada.

<sup>23</sup> Entre otros: Díez DE ENTRESOTOS FORNS, M.: «El autocontrato», Madrid, 1990. Díez PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979. NAVARRO VIÑUALES, J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLI, editorial la Ley. Y FERNÁNDEZ LOZANO, J. L.: «La representación». *Instituciones de derecho privado*; tomo I, volumen 2.º Coordinador, José Ángel Martínez Sanchiz.

personas, sí lo hacen dos partes contratantes y dos voluntades, la propia y la del representado<sup>24</sup>, como nos dice la DGRN<sup>25</sup> en el autocontrato, no hay «*obstáculos conceptuales o de carácter dogmático (sobre si cabe que el contrato puede estar integrado por una sola declaración de voluntad)*», por lo que el acento, tal y como hemos visto, se pone en el *conflicto de intereses*, ya que, como concluye la DGRN de forma reiterada<sup>26</sup>, «*el tratamiento jurídico de rigor que sufre la llamada autocontratación (...) se debe (...) a razones materiales de protección de los intereses en juego (dada la necesaria defensa de los intereses de los representados en que se produce un conflicto de intereses por corresponder a un misma persona la representación de intereses contrapuestos)*».

De manera que los intereses del representado deben ser defendidos sancionando el autocontrato porque existe un conflicto de intereses *por corresponder a un misma persona la representación de intereses contrapuestos*. Es decir, el autocontrato, cuando concurra un conflicto de intereses, debe ser prohibido, ya que el conflicto de intereses equivale a peligro de daño, y la existencia de este peligro, de este riesgo, ya es bastante para justificar la defensa de los intereses del representado<sup>27</sup>. Hasta aquí la posición mayoritaria, que como hemos adelantado tiene la debilidad de sancionar con más rigor lo que presume que lo que es.

Veámoslo con un ejemplo. La nueva regulación del conflicto de intereses societario prohíbe en el art. 229.1 a) LSC al administrador realizar *transacciones con la sociedad*, y el apartado 2 del mismo precepto extiende esta previsión «*también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador*», y conforme al apartado 1.º, letra a), del art. 231 LSC son personas vinculadas al administrador «*el cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad*».

De manera que si el administrador, actuando en nombre de la sociedad, realiza una transacción con su cónyuge, con el que está casado en régimen de separación de bienes o participación, habrá, incurrido en un conflicto de intereses prohibido, pero si lo hace y está casado en gananciales el negocio realizado implicará un autocontrato; aunque esto último merece una explicación, puesto que realmente se prestan dos consentimientos y hay dos voluntades diferenciadas (la de un cónyuge y la del otro), pero al estar casados en gananciales se entiende que es

<sup>24</sup> Como nos recuerda FUGARDO ESTIVILL («La contratación consigo mismo y el conflicto de intereses. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001». Revista LA NOTARÍA, del Colegio Notarial de Cataluña núm. 1/2002, enero 2002), actualmente el problema no se centra en la admisibilidad o no de la figura del contrato consigo mismo, sino en la determinación de los supuestos en que *dicha figura resulta admisible* y en los requisitos necesarios para encauzar o solventar, en su caso, el eventual conflicto de intereses. En definitiva, hay que dejar claro que el autocontrato sin más está admitido, lo prohibido será el autocontrato ilícito por existir conflicto de intereses.

<sup>25</sup> Resoluciones DGRN 15 junio 2004, 8 noviembre 2004, 22 mayo 2012 y 11 de abril 2016.

<sup>26</sup> Resoluciones DGRN 15 junio 2004, 8 noviembre 2004, 22 mayo 2012 y 11 de abril 2016.

<sup>27</sup> Pero teniendo en cuenta, como nos dice la RDGRN 30 de junio de 2014, *la situación de conflicto es, ante todo, una situación material*.

un caso asimilable a un autocontrato y sobre todo encajable en la prohibición de autocontrato del art. 1459.1 CC (lo más parecido que tenemos a una prohibición general de autocontrato) cuando dice que el mandatario no puede comprar por sí, ni *por persona interpuesta* (que en nuestro caso sería el otro cónyuge) bienes del mandante<sup>28</sup>.

Pues bien, si examinamos ambos supuestos nos damos cuenta que tanto en uno como en otro hay conflicto de intereses, más aún, el mismo conflicto, ya que en ambos el conflicto deriva de que el representante contrate en nombre del representado con su propio cónyuge con el riesgo de colisión entre los intereses del representado y los del cónyuge del representante. Y sin embargo, a pesar de que la raíz del conflicto de intereses es la misma, su tratamiento jurídico no es el mismo, en el primer caso, como nos dice la RDGRN, el negocio es válido y en el segundo directamente no, por estar ante un autocontrato prohibido.

Este simple ejemplo pone de manifiesto que el fundamento del autocontrato prohibido no puede únicamente residir en el conflicto de intereses, tiene que ser algo más. Pero, ¿cuál es éste algo más?

Para averiguarlo propongo que retrocedamos a la esencia de la representación que, como es conocido, es que el representante actúe por cuenta y encargo del representado y en interés de éste<sup>29</sup>, o como concluye Díez Pícazo en su obra, ya clásica e imprescindible sobre el tema, *la relación representativa encuentra su base y su fundamento en un vínculo de confianza y de fidelidad entre representante y representado*<sup>30</sup>. Añadiendo que el que exista un deber de fidelidad del representante en el cumplimiento de su actuación representativa es algo que no puede siquiera ser puesto en duda. Aunque falte en nuestro Código Civil un precepto que haga expresa referencia a dicho deber, no cabe duda de que se trata en todo caso de algo que viene impuesto por el juego del principio general de buena fe. La confianza impone que la tutela o el cuidado del interés gestionado adquiera preferencia incluso sobre los *propios intereses del gestor*.

Y como una particularización del deber genérico de fidelidad engendrado por la confianza<sup>31</sup> se encuentra el deber de lealtad del representante hacia el represen-

<sup>28</sup> Este caso fue contemplado por una SAP Cádiz de 28 julio 2005, en que el administrador único vendía en nombre de la sociedad un bien que era adquirido por su esposa para su sociedad de gananciales. Considerando que el administrador, si bien no adquiría directamente, lo hacía indirectamente.

<sup>29</sup> Así, resulta del art. 1709 CC cuando define el mandato diciéndonos que «por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra».

<sup>30</sup> Díez Pícazo y Ponce de León, L.: *La representación en el derecho privado*, editorial Civitas, Madrid 1979, página 99.

<sup>31</sup> Díez Pícazo y Ponce de León, L.: *La representación en el derecho privado*, editorial Civitas, Madrid 1979, página 106.

tado<sup>32</sup>, y es consecuencia del deber de lealtad, según Díez Pícazo<sup>33</sup>, la interdicción de la autocontratación o del contrato del representante consigo mismo.

Conclusión, por otro lado, totalmente lógica, ya que si el deber de lealtad impone el que la tutela o el cuidado del interés gestionado adquiera preferencia incluso sobre los *propios intereses del gestor* es evidente que esta lealtad se pondrá en peligro cuando la actuación representativa implique relacionar el interés propio del representante con el del representado o con el de un tercero a quien también representa.

Pero es que además se puede llegar a la misma conclusión a través de otro camino: el representante, derivado de su deber de lealtad y de fidelidad para con el representante, y con carácter general del principio de buena fe debe evitar las situaciones de conflicto de intereses, ya que las mismas atacan la médula de su deber de lealtad y por ende de la relación representativa; y ¿por qué el conflicto de intereses perturba el deber de lealtad? Porque supone un evidente peligro de daño para el representado, ya que puede generar situaciones en las que el representante se vea tentado a dar preferencia a otro interés distinto que el del representado.

Y ese peligro, ese riesgo, por sí solo, únicamente es un *aviso*, para que sea relevante se necesita algo más: no que simplemente suponga un *peligro de daño* para el representado, sino que efectivamente cause el mismo.

De manera que al prohibirse el autocontrato no se pretende evitar tanto el conflicto de interés como el daño.

En suma, el debate debe reconducirse a los conceptos de límites y abuso del poder. Una cosa son los límites del poder, que son las lindes, las fronteras que dibujan el contorno del poder, más allá de las cuales no hay representación y el representado no queda vinculado porque el representante ha actuado sin poder (art. 1.259 CC); y otra distinta es el abuso del poder que tiene lugar cuando el representante actúa dentro de los límites del poder pero causando un daño al representado<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Como dice Díez Pícazo (*La representación en el derecho privado*, editorial Civitas, Madrid 1979, página 106), «nuestro Código hace, muy esporádicamente, algunas concretas referencias y aplicaciones de esta idea, que, con carácter general, puede encontrar su apoyo en el criterio o principio de la buena fe, tal como lo enuncia el artículo 1.258 (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes con la buena fe), y el criterio general de diligencia específica aplicable a los negocios de gestión, que consagra el artículo 1.719 (hacer —y habría que añadir también no hacer— todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia).

<sup>33</sup> Díez-Pícazo y Ponce de León, L.: *La representación en el derecho privado*, editorial Civitas, Madrid 1979, página 108.

<sup>34</sup> En contra, Vicent Chuliá (Introducción al Derecho Mercantil. Tirant lo Blanch. 2012) consideraba que las situaciones de conflicto de intereses prohibidas legalmente están excluidas del ámbito del poder de representación de los administradores, con cita de la STJCE de 16 diciembre 1997, que declaró que el artículo 9 de la 1.ª Directiva no impide que la ley nacional (en el caso, Código civil holandés) disponga la ineficacia de la representación cuando un órgano social se halla en conflicto de intereses con la sociedad representada. Aunque parece de mi tesis que relaciona autocontrato = lí-

El matiz que diferencia una y otra figura es importante, en el caso de sobrepasarse por el apoderado los límites no hay contrato, salvo que el representado la ratifique, pero en el abuso de poder sí que hay contrato, aunque se pueden generar consecuencias para el representado.

En fin, las coordenadas del autocontrato son los límites del poder y del conflicto es el abuso.

Dicho de otra manera: Por su propia naturaleza, la actuación del representante debe estar guiada siempre por la búsqueda de lo mejor para el representado y la satisfacción de su interés. Pero esta búsqueda se puede poner en peligro cuando entre representante y representado se interponga un conflicto de intereses. En este caso amenaza un peligro de daño para el representado. Cuando está en juego un interés público, como la protección de los menores o los incapacitados, el mero riesgo de que puedan ser dañados por sus representantes legales ya es lo suficientemente grave para justificar que el Ordenamiento excluya la intervención de sus padres y tutores y por ello el simple conflicto de intereses; obliga a que el padre o tutor deba abstenerse de representar al menor o incapacitado e impone el nombramiento de un defensor judicial.

En cambio, en la representación voluntaria, como no está en juego un interés público y sí un interés privado el legislador, considera que el riesgo de un daño para el representado que trae consigo el conflicto de intereses no es lo suficientemente grave para que éste opere como límite del poder, sin perjuicio de que si efectivamente se produjera un daño y, por tanto, de un peligro de daño se pasara a un daño efectivo el representado pueda velar por sus intereses acudiendo al abuso del poder.

No obstante, aunque hijo del conflicto de intereses, el autocontrato presenta alguna diferencia con el mismo. Cuando los intereses en conflicto son los del representado y los del representante, o el de dos representados a quien la misma persona representa el peligro de daño, el riesgo es mucho más evidente, y lo es en grado tal que el legislador decide que para salvaguardar al representado debe prohibirse el autocontrato.

mites y conflicto de intereses = abuso de poder ha sido acogida por la DGRN, que en Resolución de 3 de agosto de 2016 declara que «por ello, desde una perspectiva general, puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime. El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, porque en este caso la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y, como es sabido, el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social».

En el fondo no es más que una decisión del legislador. Mientras que el conflicto implica un peligro de daño, que con carácter general solo obliga a reaccionar al legislador cuando se materialice en un daño efectivo y real, el autocontrato por sí solo, haya o no verdadero daño, supone un límite a las facultades representativas del representado.

En el autocontrato no es que la ley presuma el conflicto de intereses, sino que directamente el legislador decide que es límite del poder<sup>35</sup>. Así el autocontrato se desenvuelve al margen de la idea del *daño*. Da igual que en el caso concreto el autocontrato produzca o no el daño, su mero riesgo ya es bastante. Por ello, la STS 29 noviembre 2001 consideró que, a pesar de autorizarse por el representado el poder, esa autorización no impedía la impugnación del negocio por abuso de poder, no excluía el daño a los intereses del representado.

¿Con ello quiero decir que el autocontrato debe examinarse aislado del conflicto? No, eso es imposible, porque el alma del autocontrato es el conflicto de intereses, lo que ocurre es que no es cualquier conflicto de intereses, sino aquel en el que colisionan el interés del representado directamente con el representante. A lo mejor resulta más claro con un ejemplo, se puede presumir que hay un cierto riesgo de daño para el representado en el hecho de que su representante contrate con un hermano, pero es evidente que el daño es mucho más probable cuando el representante contrata consigo mismo o con otro a quien también representa.

Una vez que hemos clarificado la relación entre el autocontrato y el conflicto de intereses podemos entrar en la incidencia de la nueva regulación del conflicto de intereses en el autocontrato societario.

## **2.2. Inclusión del autocontrato prohibido en la regulación del conflicto de interés**

La primera cuestión que llama la atención es que la reforma está contemplando el autocontrato<sup>36</sup> como una hipótesis de posible conflicto de intereses en que

<sup>35</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J.: (*El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas*). *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 65, 2016, págs. 39-118) A efectos de carga de la prueba es importante tener en cuenta en los casos de autocontrato que basta su existencia para que se presuma el conflicto de intereses, y no a la inversa. Lo que parece contradictorio, por lo por mi afirmado, aunque realmente no lo es tal, desde el momento que el mismo autor refuerza su opinión en lo manifestado por la STS 135/2001, de 19 de febrero, que afirma que «es rechazable que sea el mandante el que tenga la carga de probar la existencia del conflicto de intereses si quiere anular el contrato, cuando el CC prohíbe la autocontratación por la ostentación de la cualidad de mandatario, sin condicionarla a nada, ni sienta ninguna presunción favorable al mismo que el mandante haya de destruir». En fin, la llamemos presunción o no, es una mera licencia literaria; sin más se trata de destacar que basta con alegar la existencia del autocontrato para que no tenga que probarse conflicto de intereses alguno, puesto que éste salta a la vista; cuestión, distinta es que se alegue que, a pesar de haber autocontrato, doble o múltiple representación, no hay conflicto de intereses, sino intereses paralelos o concurrentes.

<sup>36</sup> De esta manera se recoge de una manera más evidente la prohibición del autocontrato socie-



pueden incurrir los administradores. Así, nos dice el artículo 229 LSC que «*en particular el deber de evitar situaciones de conflicto de interés (...) obliga al administrador de abstenerse de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiendo por tales aquellas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad*».

Es verdad que la norma desborda al concepto de autocontrato, puesto que también se aplica a aquellas transacciones que realice el administrador para con la sociedad en las que no haya ni pueda haber conflicto de intereses, por ejemplo, cuando un administrador solidario o un consejero delegado solidario actuando en su propio nombre contrata con la sociedad que actúa representada por el otro administrador solidario u otro consejero delegado solidario, o cuando un administrador mancomunado contrata con la sociedad que es representada por al menos otros dos administradores mancomunados, o un consejero con otro consejero debidamente autorizado por el Consejo.

Pero siendo cierto lo anterior, también lo es que bajo la fórmula de que el administrador se abstenga *de realizar transacciones con la sociedad*, recoge en su ámbito tres hipótesis de autocontrato prohibido: La primera, el caso más evidente de que el administrador actuando en nombre propio realice transacciones con la sociedad asimismo por él representada; pero también está incluyendo la doble o múltiple representación, porque la norma no nos dice que el administrador deba

---

tario que, si bien sigue sin formularse con carácter general, lo cierto es que se nos presenta de una manera muy amplia, y si no es una prohibición expresa, terminante e indiscutible del autocontrato societario, la verdad es que se parece mucho.

Esto último supone una novedad, puesto que aunque nadie discutía que la figura del autocontrato se debía aplicar también al ámbito societario, la Ley de Sociedades Anónimas, ni la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, carecían de regulación expresa acerca del autocontrato, únicamente contenían prohibiciones de autocontratos concretos en tres preceptos, recogidos también por el nuevo Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital: La llamada prohibición de competencia, impuesta a los administradores de las SL por el antiguo art. 65 LSL, y extendida para todos los administradores de las sociedades de capital por el art. 230 LSC. La relativa al establecimiento o la modificación del contrato de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno de sus administradores (antiguo art. 67 LSL y actual art. 220 TR), y finalmente la prohibición de la asistencia financiera del actual art. 162 TR, antiguo art. 10 LSL. Y sobre todo, como en su día escribí (PÉREZ RAMOS, C.: *La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios*. «Cuadernos de derecho y comercio», núm. 55, 2011, págs. 145-184), la LSC incluía una prohibición general del autocontrato en materia de sociedades, aunque quizás hubiera sido preferible mayor claridad, al decir que «*los administradores no podrán utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administradores de la misma para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ellos vinculadas*». De este precepto resulta que se prohíbe al administrador actuar como tal en las operaciones en que además intervenga «*por cuenta propia*» (autocontrato) o «*de personas a él vinculadas*» (múltiple o doble representación). Postura criticada por GARCÍA-RIPOLL MORTUANO, M. (en el Comentario al art. 1459 CC, de los *Comentarios al Código Civil*, ed. Tirant lo Blanc, p. 10297), quien rechazaba mi razonamiento indicando que a su juicio *este precepto está pensando en el supuesto de que el administrador se aproveche de su condición en las relaciones con terceros*; aunque si bien la norma no distinguía y este debate carece ahora de importancia, ya que el art. 229 LSC reformado es mucho más claro al respecto.

abstenerse de realizar transacciones con la sociedad a la representa, sino que simplemente ordena que se *abstenga de realizar transacciones con la sociedad*.

La misma amplitud de la fórmula empleada tiene la virtud de permitir hallar un acomodo legal a la doctrina de la DGRN, que extiende el autocontrato prohibido no solo a las hipótesis en que el administrador actúa en nombre propio y además en nombre de la sociedad, sino también a aquellos actos y contratos en que el administrador actúe en su propio nombre y en nombre de la sociedad consenta el negocio un apoderado que de él dependa.

Me estoy refiriendo a aquellos casos de autocontrato indirecto en que en principio no concurre autocontrato prohibido, ya que hay dos voluntades distintas, pero que, sin embargo, es calificado de tal por las Resoluciones 21 de mayo 1993 y 2 de diciembre 1998<sup>37</sup>, basándose en que el apoderado que contrata con el administrador depende de éste en su *origen* (administrador nombró al apoderado), *mantenimiento* (puede revocarlo cuando desee) y finalmente, *en su ejercicio* (el apoderado nombrado ha de ajustarse a las instrucciones que reciba del administrador concedente), con lo que la relación de subordinación existente provoca que tal administrador mantenga la posibilidad de controlar tal negocio. Es decir, existe un *riesgo de parcialidad en el apoderado* de la sociedad porque está sujeto a la ascendencia, influencia o, si se prefiere, *poder de persuasión* del administrador. Por ello, aunque intervengan dos personas se produce un supuesto asimilable al autocontrato.

Por ello, el acto jurídico concertado no quedará sujeto al régimen del autocontrato prohibido cuando el poder de la persona que contrata con el administrador no presenta la mencionada triple dependencia (así, si el apoderado contrata con un miembro del Consejo de administración o con uno de los administradores mancomunados; no en cambio si lo hace con el consejero delegado, el administrador único o uno de los solidarios).

También plantea dudas el que el art. 229 LSC utilice la expresión *transacción con la sociedad*. Y es que ¿transacción equivale a cualquier negocio o solo aquel negocio en los que se intercambien bienes y servicios a cambio de un precio? Este debate tiene su importancia práctica, no tanto para el autocontrato como para el conflicto de intereses, puesto que si defendemos que la transacción exige intercambio no se aplicaría el art. 229 LSC cuando la sociedad afiance un préstamo personal de un administrador, aunque por supuesto, si lo consiente el mismo, es un caso evidente de autocontrato y si lo hace un apoderado de la sociedad en los términos que vimos es un supuesto de autocontrato indirecto.

<sup>37</sup> Se trataba de un caso en que dos personas eran al mismo tiempo administradoras mancomunadas de dos sociedades limitadas y conceden a un tercero un poder en representación de una sociedad para vender y a otro tercero en representación de la otra sociedad para comprar, y los respectivos apoderados consienten en representación de cada sociedad la compraventa, no admitiéndolo la DGRN por autocontrato prohibido.



La verdad es que el término transacción es un término más económico que jurídico, y en nuestro Código Civil no se emplea como sinónimo de negocio jurídico<sup>38</sup>, aunque el diccionario de la Real Academia de la Lengua sí le da ese sentido<sup>39</sup>.

Por su parte, la Ley de Sociedades de Capital no nos define qué es una transacción, pero parece darle el sentido de intercambio sinalagmático oneroso cuando el art. 260 LSC, relativo al contenido de la Memoria, nos dice en su apartado 7.º, separadamente en las letras a) y f) que en la Memoria se debe incluir de un lado *el importe global de las garantías comprometidas con terceros*, y del otro, *transacciones significativas entre la sociedad y terceros vinculados con ella*, lo que nos da a entender que son dos cuestiones distintas, por lo que el que la sociedad preste garantías a favor de un administrador no es una transacción, puesto que si lo fuera el art. 260 LSC no distinguiría entre una y otra.

No obstante, creo que es una conclusión precipitada. Es indudable que el legislador no ha sido todo lo preciso que sería deseable en el art. 229 LSC. Son los peligros de trasladar a las leyes terminología económica para describir algo para el que existe un término jurídico suficientemente asentado y claro como el de *negocio jurídico*. Pero lo anterior no impide que las leyes se deben interpretar atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (art. 3.2 CC) y es completamente contrario al mismo el que se interprete restrictivamente el término *transacción* que emplea el art. 229 LSC.

Además creo que si estamos ante un término económico trasladado sin elegancia al mundo jurídico sería conveniente acudir a la norma que el ámbito societario presenta mejor la simbiosis entre lo económico y lo jurídico; esto es, el Plan General de Contabilidad, que en el apartado 8 del art. 6, del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que lo aprueba, cuando se refiere a los *costes de transacción* nos dice que son los costes incrementales directamente atribuibles a la *compra, emisión, enajenación u otra forma de disposición de un activo financiero*, o a la *emisión o asunción de un pasivo financiero*, en los que no se habría incurrido si la empresa no hubiera realizado la transacción. Por tanto, adopta un concepto amplio de transacción que incluye compra, enajenación u otra forma de disposición y también la asunción de un pasivo.

También es muy interesante el que el art. 229 LSC considere que el administrador no debe abstenerse de aquellas transacciones que realice con la sociedad

<sup>38</sup> En los arts. 1809 y ss., CC se utiliza el término transacción para referirse al contrato *por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*. Y en este sentido se utiliza en el art. 379.3 LSC cuando nos dice que los *liquidadores podrán comparecer en juicio en representación de la sociedad y concertar transacciones y arbitrajes cuando así convenga al interés social*.

<sup>39</sup> En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (<http://dle.rae.es/?id=aIEpSMR>) se nos define *transacción*, en su acepción 1.ª, como «Acción y efecto de transigir», y en su acepción 2.ª, que es la que nos interesa, como «*Trato, convenio, negocio*».

que se traten de operaciones ordinarias<sup>40</sup>, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia. Lo que supone el que se consagre en el texto de la ley lo que ya se admitía por la jurisprudencia, que nos decía que no hay conflicto de intereses (y por tanto autocontrato prohibido) cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio quede *manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad*<sup>41</sup>.

Podría pensarse que el que ahora la Ley excluya expresamente el conflicto en caso de operaciones ordinarias y de escasa relevancia implica que sí lo habrá en todos los demás casos distinto del anterior en que la doctrina y la jurisprudencia negaban la existencia del autocontrato. Pero esta conclusión debe ser rechazada por absurda, ya que el conflicto de intereses no es un concepto abstracto y grandilocuente, sino una realidad que se manifiesta en un catálogo variado de casos presididos por la idea del peligro de daño, y por supuesto no hay peligro de daño en las operaciones ordinarias, de escasa relevancia y en condiciones estándar, pero tampoco existe en otros supuestos que ha propuesto la doctrina y la jurisprudencia, como no concurren cuando existe un *contenido contractual predefinido o neutral* que solamente suponga ejecución del contrato por parte del representante (*nuntius* o ejecutor de actos decididos por voluntad ajena) o resulte ya elegida por el representado la persona con quien se ha de ejecutar, o bien las condiciones del contrato puedan determinarse de forma objetiva con un mecanismo o automatismo ajeno a la voluntad de las partes (por ej., determinación del precio según precios oficiales o de mercado en mercados de cotización corriente o fluida; previa concreción de los elementos esenciales del contrato, como precio, finca, persona del comprador o vendedor)<sup>42</sup>. O cuando se trate de *intereses concurrentes* que pueden ser coincidentes, paralelos o comunes, e incluso distintos, siempre que se trate de intereses que sean *compatibles*<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> ¿Para ser una operación ordinaria basta que sea una operación que se pueda incluir en el objeto social? En el fondo es el mismo debate que plantea la excepción del art. 72 LSC cuando excluye de la autorización de la Junta las adquisiciones de la SA en sus dos primeros años de vida cuando se trate de operaciones ordinarias, lo que ha sido interpretado como equivalente a *operación corriente*. Por lo que no basta con que sea una de las actividades que se pueda incluir en el objeto social es además necesario que sea corriente o habitual para la sociedad.

<sup>41</sup> SSTs de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966.

<sup>42</sup> FUGARDO ESTIVILL, J. M.: «La contratación consigo mismo y el conflicto de intereses (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001)». Revista LA NOTARÍA del Colegio Notarial de Cataluña núm. 1/2002, enero 2002.

<sup>43</sup> DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.<sup>a</sup> A.: «El autocontrato», Madrid, Tecnos, 1990. Nos propone una serie de tipo de negocios, actos o contratos consigo mismo en los que cabe apreciar que queda excluido el conflicto de intereses: a) Liberalidades en las que el representante es el donante y el representado sea el donatario: Se refiere este supuesto a las donaciones puras y simples, modales o con carga onerosa, siempre que en estos últimos casos el gravamen sea inferior al valor de lo donado. b) Actos de cumplimiento de una obligación contraída en los que el representado sea el deudor y el representante el acreedor: Se incluyen en este supuesto el cumplimiento o «pago» de deudas preestablecidas. No obstante, el conflicto puede surgir en el supuesto de pago de obligaciones naturales, pago de deudas prescritas, pago efectuado anticipada o posteriormente al momento acordado y pago por compensación voluntaria.

Y en esta línea, la RDGRN 29 junio 2016 nos dice que «*no existirá exceso representativo cuando la estructura objetiva y concreta configuración del negocio excluya la colisión de intereses*» (autocontrato sin conflicto de interés).

No obstante, el que por primera vez nuestras normas excluyan el conflicto de intereses y por ello el autocontrato cuando las condiciones del negocio impiden el primero no significa que haya introducido un punto de apoyo que permita defender que el autocontrato prohibido debe interpretarse restrictivamente, lo que conllevaría que, en los casos dudosos, cuando no se tenga del todo claro si hay o no un verdadero conflicto de intereses, o que habiéndolo formalmente sea éste realmente dañoso, debe resolverse a favor de admitir el autocontrato.

Y es que es doctrina jurisprudencial y de la DGRN reiterada que en caso de duda hay que considerar que el autocontrato está prohibido<sup>44</sup>. Esta máxima<sup>45</sup> es aceptada dócilmente por la doctrina, salvo la interesante opinión de FEÁS COSTILLA<sup>46</sup>, quien en solitario defiende que hay que *interpretar restrictivamente los casos en que hay autocontrato prohibido*; por lo que, en caso de duda, hay que *optar por mantener el autocontrato*, ya que la doctrina contraria tiene una particular explicación histórica<sup>47</sup> y sobre todo no tiene sentido que en España, donde no existe una prohibición general de autocontrato, se defienda una interpretación más amplia de los casos de autocontrato prohibido que en los lugares, como en Alemania, donde existe una norma que expresamente lo prohíbe (art. 181 BGB),

<sup>44</sup> Puesto que la prohibición general de autocontrato se infiere de varios preceptos, constituyendo un auténtico principio general de nuestro derecho privado.

<sup>45</sup> A efectos de carga de la prueba es importante tener en cuenta en los casos de autocontrato que basta su existencia para que se presuma el conflicto de intereses, y no a la inversa. Ello supone que si hay autocontrato el representado no tiene que probar el conflicto de intereses, sino que éste se presume. En cambio, si no hay autocontrato, pero sí que media conflicto de intereses, sí será de cargo del representado probar el conflicto en que incurrió el representante.

<sup>46</sup> FEÁS COSTILLA, J.: *Reivindicación del autocontrato*. Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez/coord. por Ángel Valero Fernández-Reyes, Antonio Pérez-Coca Crespo, Leonardo B. Pérez Gallardo; Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), vol. 2, 2013, págs. 1195-1252.

<sup>47</sup> FEÁS COSTILLA, en su excelente trabajo, demuestra que nuestra jurisprudencia no siempre interpretó en sentido amplio el autocontrato prohibido, como lo demuestran las SSTs 1 de mayo de 1861 y 18 de diciembre de 1866, dan por sentado que el autocontrato es posible y lícito, y además interpretan que la prohibición de compra por el tutor de bienes del pupilo que antes del CC se contenía en la Novísima Recopilación, como tal norma prohibitiva, debe interpretarse estrictamente. Por eso, concluyen, antes del Código de 1889, que la prohibición no se extiende a la representación orgánica ni a la representación voluntaria. Así, la STS 1 de mayo de 1861 admite que un administrador único compre para sí la finca de la sociedad que administra. Incluso en nuestra doctrina el joven Federico de Castro en su tesis doctoral de 1927 defiende de un lado que no hay que prohibir con carácter general el autocontrato, ya que para el representante desleal existe el abuso de poder, y del otro admite la doble representación, ya que en la misma no hay peligro de que sacrifique el interés del mandatario al suyo propio. (aunque cincuenta años después cambia de opinión y se pregunta ¿Cómo puede el representante servir a dos señores?).

Y ¿cómo se llegó a esta situación? Por la decisiva influencia del derecho alemán en Jerónimo González lo que se materializó en Resoluciones de la DGRN, cuya doctrina se trasladó al TS, manteniéndose inalterada hasta hoy.

y en el que su jurisprudencia considera que, por tratarse de una norma prohibitiva, debe interpretarlo restrictivamente.

Lo cierto es que la opinión de FEÁS COSTILLA, aunque sugerente, como hemos adelantado, es totalmente minoritaria, pero tiene la virtud de hacer una llamada de atención sobre la generalización de una visión demasiado amplia del autocontrato prohibido, hasta el punto de que se ha contrarrestado por los particulares mediante la inclusión en los poderes de cláusulas amplias en las que el poderdante autoriza el autocontrato, que son tan frecuentes que se han convertido en cláusula de estilo, lo que no deja de ser censurable, porque tan criticable es una visión excesivamente expansiva del autocontrato prohibido como peligrosa su frívola autorización<sup>48</sup>. En fin, de nuevo *hecha la ley hecha la trampa*, aunque tal vez sería más sensato que la ley fuera algo más fina y precisa, de manera que no hiciera necesaria la generalización de la trampa, con los riesgos que ello conlleva.

### 3. ¿SON APLICABLES AL AUTOCONTRATO SOCIETARIO LAS NOVEDADES PREVISTAS PARA LA REGULACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERESES?

Ya hemos visto cómo una de las novedades de la reforma es que recoge dentro de los comportamientos que tipifica como conflicto de intereses que obligan al administrador a abstenerse del autocontrato societario<sup>49</sup>, que existirá cuando una

<sup>48</sup> La razón, a mi juicio, de que estas cláusulas permisivas se hayan extendido es el motivo práctico de que en sede de poderes, dado que son de interpretación estricta si se quiere que el poderado sea útil, es más cómodo quedarse largo que corto. Para facilitar el ejercicio del poder más vale admitir el eventual conflicto de intereses en lugar de, ante el caso concreto, tener que hacer comparecer al poderdante o solicitar un nuevo poder. Me parece una tendencia peligrosa sobre la que los poderdantes deberían reflexionar; la figura del autocontrato prohibido y sobre todo su piedra angular, el conflicto de intereses, descansa en la máxima de evitar un posible perjuicio.

<sup>49</sup> Aquí nos estamos refiriendo al autocontrato, que acontece una vez constituida la sociedad, y no en cambio al que afecta a la sociedad durante el acto de su nacimiento, en el contrato de constitución.

Recordemos que al constituirse la sociedad el autocontrato tendrá lugar cuando dos o más fundadores son representados por la misma persona, que a su vez puede intervenir en el contrato además en su propio nombre como socio fundador o a los solos efectos de representar a los poderdantes. Teniendo en cuenta que si concurriera alguno de los supuestos que, como veremos, pueden ser calificados de conflictivos si el favorecido no es el mismo representante, sino otro socio, no estaremos ante un autocontrato prohibido, sino ante un abuso de poder, que se desenvolverá en la relación representante-representado.

En la doctrina nos hallamos fundamentalmente con tres posiciones. De un lado, están aquellos (DÍEZ-PICAZO en *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979 y parece también asumir esta posición DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS en *El autocontrato*. Tecnos 1990), que sostienen que en la constitución de sociedad cuando alguno de los fundadores intervenga a través de representante siempre concurrirá autocontrato prohibido, toda vez que existen intereses contrapuestos al pretender cada socio obtener la mayor rentabilidad posible de su inversión. Otros (JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO, en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo XIV, volumen 1º. A, Civitas, 1999, VENTOSO ESCRIBANO, *Constitución de Sociedades Anónimas*, Colex, 1991 y ARANGUREN URRIZA, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, tomo II, Trivium, 1998), en cambio entienden que no hay obstáculo para que se constituya una sociedad a través de representante.

Por último se encuentran aquellos que junto a la DGRN en su Resolución de 14 mayo 1998 sostienen que en principio en la constitución de la sociedad no habrá intereses contrapuestos, sino paralelos, ya que tanto el socio representante como el representado quieren constituir la sociedad.

Aunque habrá una serie de aspectos relacionados con la constitución de la sociedad en la que sí puede haber conflicto (FERNÁNDEZ LOZANO, J. L., *Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, volumen 2.º, Civitas-Consejo General del Notariado). Que según la Resolución DGRN 14 mayo 1998 serán aquellos que tengan carácter de pacto contractual irrevocable, por lo que no podrán ser modificados a través de los acuerdos de la Junta general.

Aunque habrá que atender a cada caso concreto, el potencial conflicto se dará en la determinación de lo que haya de aportarse a la sociedad y el modo en que el beneficio de la misma, una vez obtenido, se repartirá entre los socios. En definitiva, se basa en la idea que si bien hay un interés superior, que es el de constituir la sociedad donde no puede haber conflicto de intereses, también existe el deseo individual de obtener los beneficios máximos con el menor riesgo (RDGRN 9 de marzo de 1943. Así, CÁMARA: «Obviamente, al proponerse los socios crear una empresa mercantil colectiva, sus intereses son coincidentes. Sin embargo, no es menos cierto que, a través de la sociedad, se persigue un interés particular e individual (...): realizar la aportación más reducida posible para conseguir la máxima utilidad». Y Cándido PAZ-ARES: «la sociedad presenta una estructura de intereses ciertamente distinta a la de los contratos de cambio, mas no en el sentido de que falte un conflicto de intereses, sino en el sentido de que al lado del conflicto de intereses hay también un interés común...la contraposición de intereses se percibe pues tanto en lo que entra en la sociedad (la aportación) como en lo que sale de ella (la participación en el resultado)».

Siguiendo a OLAIZOLA (*El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: una reconsideración de la jurisprudencia registral*. «Revista Jurídica del Notariado», número 61. Enero-marzo 2007), señalaremos los diferentes supuestos de conflicto de intereses que pueden darse en el contrato de constitución de sociedad. 1.— La realización de aportaciones no dinerarias. El conflicto se dará en la valoración que de las mismas haga el representado, sin que para el autor citado sea suficiente el informe de experto independiente, que no deja de ser una opinión, todo lo cualificada que se quiera. Incluso doctrinalmente se sostiene que el experto debe limitarse a verificar que el bien aportado da cobertura suficiente al valor de las acciones que se asignen en pago, pero sin entrar a pronunciarse sobre cuál sea el valor real de ese bien.

2.— Cuando el representante constituya en nombre del representado una sociedad personalista por cuyas deudas deba responder el mismo solidariamente. No en cambio en el caso de la sociedad anónima o limitada irregular porque aunque haya responsabilidad solidaria por la aplicación de las normas de la sociedad colectiva, ya que ello es debido a situaciones extrínsecas al contrato de sociedad.

Respecto a la sociedad en formación habrá conflicto de intereses derivado de vincular solidariamente al representado con el representante o con otro representado cuya representación también ostente el segundo, en el caso de que se trate de una sociedad anónima con capital no íntegramente desembolsado en la que se autorice en la escritura de constitución a los administradores o a terceros para actuar en nombre de la sociedad en la fase previa a la inscripción. Lo que tiene especial interés en la práctica en aquellos casos en que se haga constar en la escritura de constitución que la sociedad comenzará sus operaciones desde fecha de otorgamiento de la misma, ya que en virtud del art. 37 LSC, salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, se entenderá que desde ese momento los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos.

3.— Cuando en la escritura de constitución se atribuyan ventajas a algunos de los fundadores, o se imponga prima de emisión a cargo de alguno o algunos de los socios.

4.— En caso de que algunas acciones estén enteramente desembolsadas y otras falten por desembolsar puede existir potencial conflicto en la manera que se convenga la satisfacción de los dividendos pasivos, salvo el caso que fueran igual para todos los socios obligados al desembolso.

5.— En cuanto a la determinación en los estatutos de la posición del socio y del funcionamiento de los órganos sociales. Como nos dice la DGRN, «de entrada» no puede apreciarse un riesgo para el representado, porque «escapan al control individual del socio, al estar sometidos al poder organizativo de la Junta general, y por tanto al principio mayoritario». Aunque CABANAS y BONARDELL (*Comentarios a la Ley de Sociedad Anónima*, Bosch, 1997) lo matizan, añadiendo que no habrá con-

persona interviene en nombre propio y como representante orgánico o voluntario de una sociedad, o bien cuando ostente la representación de dos o más sujetos en caso de doble o múltiple representación siempre que al menos uno de ellos sea una sociedad<sup>50</sup>.

flicto de intereses «en tanto los estatutos aprobados por el representante no alteren la previsión que había hecho el representado sobre su nivel de influencia en la sociedad». O como nos dice OLAIZOLA, el conflicto se dará siempre que por vía estatutaria se altere o asimetrice la proporcionalidad entre la participación social y los derechos políticos y económicos inherentes a la misma, o siempre que se establezcan de manera asimétrica las obligaciones de los socios, es decir, no sea cualitativamente idéntica». Siguiendo a este autor vamos a ir analizando los diferentes casos dudosos:

a) Habrá conflicto de intereses si las acciones o participaciones no confieren los mismos derechos. En particular cuando prevean el pago de la cuota de liquidación al socio mediante la entrega de bienes determinados, sean los aportados por el mismo u otros distintos, por mucho que se atienda a su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división del haber social entre los socios.

b) También cuando se limiten el ejercicio de los derechos de asistencia y voto; e incluso tratándose de una Sociedad Limitada se atribuyan privilegios relativos al derecho de socio.

c) La creación de acciones o participaciones sin voto, ya que habrá conflicto en la misma decisión de cambiar derechos políticos por votos (como nos dice PAZ-ARES, cambiar dividendos a cambio de votos). Y de acciones rescatables, ya que hay un potencial conflicto en tomar la decisión de que el representado sea titular de acciones que son rescatables y por tanto confieren una condición de socio de carácter claudicante.

d) Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones cuando las mismas no afectan por igual a todas las acciones o participaciones sociales. No habrá conflicto según OLAIZOLA cuando las causas que permiten denegar la transmisión establecidas en los estatutos consistan en exigir determinados requisitos a quienes pretenden adquirir la condición de socio, ya que afectarán por igual a todos los que pretendan ser nuevos socios (y yo añado no afectarán al representado que ya es socio). Más dudoso es el caso en que la autorización se haga en los estatutos depender de una determinada participación en el capital social que por la adquisición vaya a ostentar el adquirente y perder el transmitente, ya que entonces lo que se estará buscando normalmente será mantener el equilibrio de poderes en la sociedad, y por tanto velar por el interés particular de determinados socios.

e) El establecimiento en los estatutos de determinadas causas de separación o exclusión en la medida de que con ellas se puede estar causalizando los motivos de alguno de los socios fundadores para concurrir al negocio fundacional.

f) El establecimiento de prestaciones accesorias, salvo las que conlleven una obligación para todos los socios de realizar aportaciones dinerarias en proporción a su respectiva participación en el capital social. 6.— El nombramiento en la escritura fundacional de los administradores: Algunos consideran que puede existir conflicto de intereses. Sin embargo, la DGRN, en Resolución 14 de mayo 1998 entiende que en el nombramiento del administrador en la escritura de constitución no hay riesgo para el apoderado, puesto que es una parte del contrato de constitución de la sociedad que forma parte de su contenido organizativo y son modificables por ulterior acuerdo de la Junta general.

Si habrá potencial conflicto cuando el representante fije la retribución, o autorice que el administrador pueda hacer la competencia a la sociedad, o bien cuando se salve anticipadamente de la prohibición de autocontratar.

<sup>50</sup> Cuando se trata el autocontrato societario en la sociedad ya constituida es menester el distinguir según la concreta estructura del órgano de administración:

1.— Si el administrador contrata con la sociedad actuando en nombre propio y en representación de ésta, surge el supuesto típico, evidente y descarado de autocontrato.

2.— Si el administrador contrata en nombre propio con la sociedad, pero ésta actúa a través de otro administrador con facultades suficientes, entonces no existe autocontrato ilícito, ya que no confluye el presupuesto del conflicto de intereses al *desaparecer el riesgo de parcialidad y de lesión*. Por tanto:

a) Un administrador solidario puede, actuando en nombre propio, celebrar el negocio jurídico con otro administrador solidario, que representa a la sociedad.



Pero la reforma no se ha limitado a recoger el autocontrato societario como un comportamiento no permitido al administrador, sino que igualmente ha introducido en la regulación del conflicto de intereses una serie de innovaciones que imponen preguntarse si los arts. 229 y ss. LSC, además de regular ampliamente el conflicto de intereses, han modificado, matizándola, la teoría general del autocontrato societario.

Vamos a exponer primero las novedades, para luego resolver si realmente se aplican, además de al conflicto de intereses al autocontrato societario, para finalmente concluir con el examen más detallado de cómo, a mi juicio, queda el panorama del actual régimen jurídico aplicable a la autocontratación societaria.

b) Si siendo precisa la firma de dos de los tres administradores mancomunados, actúa uno de ellos en su propio nombre y los otros dos mancomunadamente en nombre de la sociedad.

3.— Si se trata del Consejo de Administración: Si acuerda, actuando en representación de la sociedad, contratar con uno de los consejeros, tal negocio es admisible. Sin embargo, en la votación decisoria de tal acuerdo se ha de suspender el derecho de voto a dicho consejero por encontrarse en una situación de conflicto de intereses [art. 228 c) LSC].

4.— Tratándose de Consejeros delegados:

a) Si existen dos o más consejeros delegados solidarios: Uno de ellos actuando en representación de la sociedad puede contratar con otro consejero-delegado que actúa en nombre propio.

b) Cualquiera de los consejeros-delegados solidarios, obrando en representación de la sociedad, puede actuar con otro u otros miembros del Consejo que actúan en nombre propio.

c) El Consejero delegado puede en nombre propio contratar con la sociedad, actuando en nombre de la sociedad la persona designada por el Consejo de Administración, para ejecutar su acuerdo en el que no participará el citado consejero-delegado.

d) También puede el consejero delegado contratar en nombre propio y en representación de la sociedad cuando ejecute un acuerdo previamente adoptado por ésta, aunque en la adopción de dicho acuerdo no habrá podido participar.

5.— El caso del representante voluntario que comparece en nombre de la sociedad contratando con el administrador que actúa en su propio nombre: Pues bien, en principio no concurre autocontratación prohibida, ya que hay dos voluntades distintas; sin embargo, tal y como vimos, siguiendo a ÁVILA NAVARRO y a las RDGRN de 21 de mayo 1993 y 2 de diciembre, si el poder de la persona que contrata con el administrador depende de éste en su *origen* (administrador nombró al apoderado), *mantenimiento* (puede revocarlo cuando desee) y finalmente, *en su ejercicio* (el apoderado nombrado ha de ajustarse a las instrucciones que reciba del administrador concedente), entonces la relación de subordinación existente provoca que tal administrador mantenga la posibilidad de controlar tal negocio. Es decir, existe un *riesgo de parcialidad en el apoderado* de la sociedad porque está sujeto a la ascendencia, influencia, o si se prefiere, *poder de persuasión* del administrador. Por ello, aunque intervengan dos personas, se produce un supuesto asimilable al autocontrato. En cambio, si el poder de la persona que contrata con el administrador no presenta la mencionada triple dependencia (así si el apoderado contrata con un miembro del Consejo de administración, o con uno de los administradores mancomunados; no en cambio si lo hace con el consejero delegado, el administrador único o uno de los solidarios) entonces el acto jurídico concertado no queda sujeto al régimen del autocontrato prohibido.

6.— Vinculado al supuesto anterior es el caso del bien que se adquiere indirectamente, como el contemplado por una SAP Cádiz de 28 julio 2005, en que el administrador único vendía en nombre de la sociedad un bien que era adquirido por su esposa para su sociedad de gananciales. En este caso no habría *strictu sensu* autocontrato, aunque se podría atacar alegando que existe conflicto de intereses o que es un supuesto subsumible en el art. 1459 CC, que prohíbe al mandatario por sí o a través de persona interpuesta comprar un bien del mandante.

7.— El socio único puede contratar con la sociedad; es un caso de autocontrato legalmente permitido (art. 16 LSC).



### 3.1. Posibles innovaciones en la teoría general del autocontrato societario derivadas de la reforma del conflicto de intereses

Empecemos señalando las novedades:

1. Resuelve si se puede salvar el autocontrato con carácter general o en los estatutos sociales, cuando el art. 230.1 LSC, respecto a la posibilidad de salvarlo con carácter previo en los estatutos, nos dice: *«el régimen relativo al deber de lealtad y a la responsabilidad por su infracción es imperativo. No serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo»*.

Y respecto a la licencia previa y general apunta el art. 230.2 LSC *«que la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior [entre las que está el art. 229.1.a), que contiene un claro caso de autocontrato prohibido] en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero»*.

2. Reitera la posición tradicional de que el autocontrato debe ser autorizado por la Junta general (lo que por otro lado resulta del art. 162 LSC), pero además admite que pueda ser autorizado (art. 230.2 LSC) por la Junta general y también *«por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y que la transacción no sea superior al 10% de los activos sociales»*. Por lo que un administrador solidario podría salvar el autocontrato prohibido del otro administrador solidario, o el Consejo de administración respecto del consejero delegado, etc.
3. Regula la sanción del conflicto de intereses en el art. 232 LSC, que ordena que *«el ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad»*. Y dado que entre los contratos celebrados con violación del deber de lealtad se encuentra, según el art. 229 LSC, el autocontrato societario, podría concluirse que el legislador ha participado en el agrio debate de la sanción aplicable al autocontrato para inclinarse, finalmente, por la anulabilidad.
4. Recoge como hipótesis de conflicto de intereses cuando el administrador contrata con las personas vinculadas señaladas el art. 231 LSC, pero ¿esto supone que también habrá autocontrato prohibido cuando el administrador no contrate consigo mismo o con otra persona física o jurídica a la que también represente sino con personas a él vinculadas?

Como se observa, las novedades son importantes, ya que el autocontrato societario carecía de una regulación legal completa, siendo su doctrina una creación jurisprudencial y científica, y la nueva normativa del conflicto de intereses aplicada al autocontrato, si bien en algunos casos se limita a confirmar la doctrina mayoritaria al respecto, en otros se inclina por una de las posibles soluciones en debate, e incluso se aparta de la postura más aceptada.

En concreto, su aplicación supondría fundamentalmente tres novedades respecto al régimen generalmente aceptado del autocontrato: El que no se puede salvar el mismo con carácter general, el que su sanción no es la de negocio incompleto del art. 1.259 CC, sino el de la anulabilidad del 232 LSC, y el que si no excede del 10% de los activos puede salvarse por el otro administrador y no por la Junta general. A la vista de esta situación, la pregunta a formularnos es evidente y se resuelve en el epígrafe siguiente.

### 3.2. ¿Se aplicarán al autocontrato societario las normas del conflicto de intereses antes referidas?

Al respecto caben tres posibles soluciones:

**3.2.1. Los arts. 229 y ss. LSC se aplican al conflicto de intereses de los administradores, pero no al autocontrato societario, que se sigue regulando como hasta ahora**<sup>51</sup>, y por tanto: sigue siendo un negocio incompleto, se puede autorizar *a priori* con carácter general<sup>52</sup>, siendo discutible que dicha autorización pueda formularse en los estatutos sociales; corresponderá a la Junta general autorizar el autocontrato, e incluso podría defenderse que el autocontrato prohibido existirá aunque se trate de una operación poco relevante, ya que aunque pudiera no existir un auténtico peligro de daño, por ser éste irrelevante, es algo que se debe apreciar *a posteriori*. Y, por supuesto, la sanción aplicable al autocontrato prohibido será la del negocio incompleto<sup>53</sup>, por lo que será ineficaz, con grado de ineficacia similar al negocio nulo, mientras no se ratifique por la Junta general.

<sup>51</sup> Ya que carece de un régimen jurídico específico y completo, sino que su marco jurídico se ha construido por la doctrina y la jurisprudencia partiendo de normas aisladas y sobre todo de la teoría general de la representación, que como es conocido se ha construido en torno a la figura de la representación voluntaria para luego extenderse sus conclusiones a la orgánica.

<sup>52</sup> Esta separación también se deja ver en las condiciones de la autorización, pues no hay razón para aplicar en el ámbito del auto-contrato las exigencias propias de la dispensa. En particular la necesidad de que la dispensa se conceda «en casos singulares» del art. 230.2.I LSC no ha de suponer el abandono de la doctrina tradicional de la DGRN sobre la posibilidad de una autorización genérica para auto-contratar (RS 3 dic. 2004), pues, nuevamente, se trata de cosas distintas. Esta última autorización se refiere a la relación representativa y en el ámbito civil-registral puede ser genérica. Esta última autorización se refiere a la relación representativa y en el ámbito civil-registral puede ser genérica. Cuestión distinta es que en el campo societario no equivalga a una dispensa y el administrador que no obtenga ésta.

<sup>53</sup> Por tanto, se aplicaría la doctrina general de la representación y el art. 1.259.2 CC por lo que se asimilaría a quien contrata sin poder o poder insuficiente. Aunque hay que tener en cuenta, como luego veremos, que la tesis de aplicar la doctrina del negocio incompleto al autocontrato ilícito,

Esta tesis es la defendida por CABANAS<sup>54</sup>, que nos dice que «*aunque la prohibición del art. 229.1.a) LSC y la figura del autocontrato están muy relacionadas, no deben confundirse. Simplificando mucho, podríamos decir que la regulación en la LSC del conflicto de interés atiende a la perspectiva “societaria”, mientras que la del autocontrato lo hace a la perspectiva “civil”*». Y en esta línea la RDGRN 3 agosto 2016 indica que «los dos ámbitos, autocontrato y conflicto de intereses deben mantenerse separados. Los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el art. 231, con carácter general, deben quedar sujetos al régimen de los arts 227.2 y 232 LSC y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el art. 234 LSC».

Así, añade este autor, la perspectiva societaria del conflicto de interés, en cambio, es muy distinta a la del autocontrato, pues no presta atención al vínculo representativo, o no lo hace en relación con la operación cuestionada. El conflicto de interés activa una infracción del deber de lealtad por la especial posición del órgano de administración y consiguientemente por la pertenencia al mismo del sujeto conflictuado. Como dicho órgano gestiona y representa a la sociedad, todos sus miembros, aunque individualmente no estuvieran investidos de facultades representativas, están sometidos a las obligaciones derivadas del deber de lealtad<sup>55</sup>.

aunque cada vez goza de más adeptos en la doctrina y la jurisprudencia, deja de ser unánime, defendiéndose por muchos que la sanción correcta es la nulidad o la anulabilidad.

<sup>54</sup> CABANAS TREJO, R.: Capítulo III. Los deberes de los administradores: (Art. 225-232). Tratado de sociedades del capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital/coord. por Leticia Ballester Azpitarte; Pedro Prendes Carril (dir.), Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dir.), Ricardo Cabanas Trejo (dir.), vol. 1, 2017 (Arts. 1 a 316), págs. 1343-1453.

<sup>55</sup> CABANAS añade hay transacciones que deben ser autorizadas por la Junta general, en cuyo caso el requisito societario también colma el civil-registral (es decir, se salva el conflicto de intereses y el defecto de representación), pero en otras corresponde al propio órgano de administración, y es aquí donde la perspectiva dual empieza a complicar la situación. Surge la duda de si la dispensa societaria concedida por el órgano de administración también será suficiente en la civil-registral, o en este ámbito siempre debe intervenir la Junta general. Yendo un poco más lejos, también podemos plantear si esa dispensa societaria realmente constituye un requisito sujeto a control preventivo, de modo que no bastará con evitar externamente el autocontrato, sino que deberá acreditarse ante el notario/registrador la obtención de aquélla. Por ejemplo, en un caso de varios administradores solidarios, de considerar que la dispensa corresponde a todos los no conflictuados, podría entenderse que no es suficiente con que el contrato se firme por otro administrador, sino que han de intervenir todos en su ejecución, o constar al menos el consentimiento de los otros, y hacerlo, además, de modo fehaciente.

Pero imaginemos a dónde nos puede llevar una aplicación irrestricta de esta última idea. Si el control civil-registral se extiende a cualquier supuesto societario de conflicto, el bloqueo en el momento de la escrituración/inscripción no quedaría restringido al supuesto más lineal y típico de autocontrato, es decir, el único que interesa desde la perspectiva civil. También cuando el notario/registrador sepa que la otra parte es administrador, aunque no intervenga en el contrato en esa condición (compra en su propio nombre, y por la sociedad vendedora firma otro administrador solidario). Pero, también, cuando se trate del cónyuge, de la pareja, y hasta del cuñado del administrador que

Y finalmente CABANAS<sup>56</sup> concluye que «los dos ámbitos se deben mantener separados, ciñendo el control preventivo al estricto ámbito de la representación. Sólo cuando exista autocontrato —o múltiple representación—, en el sentido civil, tendremos un defecto de la relación representativa que impide la escritura-ción/inscripción, pero no en otro caso. El estricto conflicto societario, y mucho menos el tipo de mera sospecha que establece el art. 229.1.a) LSC, con la extensión subjetiva que resulta del art. 231 LSC, no es una situación que deba verificar el notario/registrador, pues ni siquiera se plantea en términos de relación representativa. Antes al contrario, si el notario/registrador ha de valorar una posible situación de conflicto de interés no es para extender la ausencia de representación más allá del supuesto estricto de autocontrato, sino, justo al revés, para admitir la representación, aunque concurra este último, cuando objetivamente no haya conflicto de intereses (implícitamente así lo admite la Resolución de 29 de junio de 2016)»<sup>57</sup>.

Y en esta línea, la RDGRN 3 agosto 2016 nos dice que «*en el ámbito societario debe diferenciarse la situación de autocontrato de la del conflicto de intereses en la actuación del administrador de una compañía, cuestión esta última que cuenta con una específica regulación en el ámbito de las sociedades mercantiles*».

En definitiva, la idea sería que son dos figuras que juegan en distinto campo, como lo demuestra que pueda haber autocontrato sin conflicto (como cuando el administrador acepta en nombre de la sociedad una donación en la que el mismo interviene como donante) o conflicto de intereses sin autocontrato (como cuando el administrador único vende a su cónyuge con el que está casado en separación de bienes). Y los distintos ámbitos de uno y otro serán: el de la representación orgánica o voluntaria para el autocontrato y el de los deberes de los administradores, en concreto el de lealtad, para el conflicto de intereses.

Por mi parte creo que esta tesis, a pesar del prestigio de quien la formula, no puede admitirse por pecar de artificial; no podemos desligar sin más el autocon-

---

firme, o de otro administrador que no interviene (¿hasta dónde habría que llegar con la pesquisa de una vinculación personal, ni siquiera restringida al administrador firmante?).

<sup>56</sup> CABANAS TREJO, R.: Capítulo III. Los deberes de los administradores: (Art. 225-232). Tratado de sociedades del capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital/coord. por Leticia Ballester Azpitarte; Pedro Prendes Carril (dir.), Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dir.), Ricardo Cabanas Trejo (dir.), vol. 1, 2017 (Arts. 1 a 316), págs. 1343-1453.

<sup>57</sup> Y matiza que: «No se diga en contra de limitar el control preventivo a las cuestiones estrictamente representativas relacionadas con el autocontrato que una de las acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad es la de anulación del contrato celebrado por el administrador. Como veremos en el comentario del art. 232 LSC, propiamente no se contempla aquí una acción específica por la simple infracción del deber de lealtad (insistimos, aún en ausencia de daño), sino que se menciona una acción que ya era posible antes, por ilicitud de la causa negocial. No toda infracción del deber de lealtad puede provocar la nulidad del negocio, sino aquellas que revistan cierta gravedad y, por tanto, causen daño efectivamente a la sociedad. Dependerá de las circunstancias del caso y de la posición de la otra parte contratante, a la que tampoco hay motivo para negar sin más la condición de tercero».

trato del conflicto de intereses, puesto que el conflicto de intereses es *el alma del autocontrato prohibido*, es el requisito a través de cual sea caracteriza y define esta figura, como lo demuestra el hecho que si el administrador dona un bien de su propiedad y lo acepta en nombre de la sociedad, aunque habrá autocontrato, éste no será un autocontrato prohibido porque faltará el conflicto de intereses.

En suma, sin conflicto de intereses no hay autocontrato prohibido, y si el conflicto es tan importante dentro de la construcción del autocontrato hasta el punto que sin conflicto no hay prohibición, ¿cómo vamos a prescindir sin más del régimen jurídico previsto para el conflicto de intereses?

Pero es que, además, el autocontrato es una figura que carece de una normativa específica y completa, por lo que hay una evidente laguna legal, por lo que habrá que acudir a la herramienta de la analogía, y ¿dónde podemos encontrar unas normas que regulen un supuesto semejante al autocontrato con el que se aprecie *identidad de razón*? Evidentemente en el conflicto de intereses, que no solo está hermanado con el autocotrato prohibido, sino que lo define, hasta el punto que si bien no todo conflicto de intereses implica autocontrato, lo cierto es que todo autocontrato prohibido presupone el conflicto de intereses.

Además se hace difícil defender que el autocontrato societario nada tiene que ver con la regulación que la LSC contiene del conflicto de intereses como una de las manifestaciones del deber de lealtad cuando el art. 229.1.a) LSC ordena «*que el administrador deberá abstenerse de realizar transacciones con la sociedad*», y cuando el administrador realiza transacciones con la sociedad actuando en su propio nombre y en nombre de la sociedad incurrirá en un autocontrato societario prohibido<sup>58</sup>.

### 3.3.2. *Los arts. 229 y ss. LSC son el verdadero régimen jurídico del autocontrato societario*

Y en consecuencia, la autorización para autocontratar no podrá ser general, puede provenir de la Junta general y, según los casos, también del órgano de administración; no existirá autocontrato prohibido en caso de operaciones ordinarias, y las consecuencias del autocontrato prohibido, además de la responsabilidad que frente a la sociedad asuma el administrador, será la de la anulabilidad del negocio consentido.

Esta solución se apoya en el argumento de que el autocontrato societario, hasta la reforma del conflicto de intereses de dos mil catorce, carecía de un auténtico régimen jurídico y simplemente se le aplicaba una doctrina creada por la jurisprudencia.

<sup>58</sup> Por supuesto, si, por ejemplo, un administrador solidario actúa en nombre de la sociedad y el otro en su propio nombre incurrirá en conflicto de intereses por realizar transacciones con la sociedad, pero no en autocontrato societario.

dencia en base a una serie de normas dispersas en las que, salvo el art. 162 y 220 LSC, ni siquiera se contenían en la LSC.

En definitiva, el autocontrato societario sería una figura creada por la doctrina y la jurisprudencia en base al art. 1.459.2 CC, previsto para la representación voluntaria, cuyas consecuencias se han extendido a la orgánica sin un auténtico régimen jurídico propio. De manera que, cuando la reforma de la LSC pasa a regular el conflicto de intereses, por fin ha creado un *corpus jurídico* que comparte evidente identidad de razón con el autocontrato societario y al que por tanto son aplicables en bloque sus normas por analogía (art. 4.2 CC).

A mi juicio, las premisas sobre las que se construye esta teoría son acertadas, pero no en cambio la conclusión que de las mismas pretenden derivarse, porque no se puede identificar sin más el autocontrato con el conflicto de intereses, ya que no todo conflicto tiene su origen en un autocontrato prohibido.

En fin, es evidente que esta teoría, tal y como está formulada, no se sostiene, porque si un administrador solidario transmite un bien de la sociedad al otro administrador que actúa en su propio nombre estaremos ante un conflicto de intereses prohibido por el art. 229.1.a), pero no ante un autocontrato societario ilícito; como tampoco lo es cuando un administrador único contrata en nombre de la sociedad con una de las personas vinculadas recogidas en el art. 232 LSC.

3.3.3. *Los arts. 229 y ss. LSC se aplicarán al autocontrato societario en la medida que lo permita su naturaleza, es decir, cuando existan entre ambas figuras (autocontrato y conflicto de intereses) una auténtica identidad de razón (art. 4.2 CC).*

Esta es la tesis que propongo aplicar. La misma parte de la base de que no puede ignorarse la gran proximidad que existe entre las figuras del autocontrato prohibido y el conflicto de intereses, sin que esa proximidad justifique el que se aplique en bloque al autocontrato las normas del conflicto de intereses, ni que las diferencias entre una y otra amparen la aplicación de las normas del conflicto de intereses en bloque al autocontrato, sino que hay que adaptarlas a su distinta naturaleza; pero teniendo en cuenta que no existe una auténtica y completa regulación del autocontrato societario, sino la suma de una serie de normas dispersas, por lo que las normas del conflicto de intereses —en cuanto figura íntimamente relacionada con el autocontrato— deben tenerse en cuenta a la hora de dibujar el régimen jurídico de este último, tal y como haremos en el epígrafe siguiente.

### 3.4. El panorama del actual régimen jurídico aplicable al autocontrato societario de seguir la tesis de que se le deben aplicar las reglas del conflicto de intereses con los que comparta identidad de razón

#### 3.4.1. El problema de la autorización del autocontrato

Antes de la reforma era unánimemente aceptado que aunque el autocontrato reuniera todos sus presupuestos<sup>59</sup> no sería prohibido si era autorizado por el representado<sup>60</sup>, previa o posterior al negocio vía ratificación, si bien debía poder deducirse de manera inequívoca y debía ser en principio expresa<sup>61</sup>, aunque también se admitió que se pudiera formularse tácitamente, especialmente cuando era conforme con los usos de los negocios generalizados en el correspondiente ramo o sector de que se trate o podía deducirse de los términos del apoderamiento o del contrato de gestión con el que mantenga una unidad causal.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Que NAVARRO VIÑUALES en su Conferencia, ya clásica, en la Academia Matritense del Notariado (*Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XLI, editorial la Ley), didácticamente enunciaba en tres: (1) Que exista una sola declaración de voluntad y no la contraposición de voluntades típica de todo contrato. (2) Que mediante el negocio se pongan en relación económica dos o más masas patrimoniales distintas. (3) Que entre tales patrimonios puestos en relación negocial exista o pueda existir un conflicto de intereses. Así también DELGADO TRUYOLS, A.: *La doble o múltiple representación y el autocontrato: Delimitación de supuestos*. «Revista Jurídica del Notariado», núm. 39. Madrid, 2001. Y FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *La contratación consigo mismo y el conflicto de intereses (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001)*. Revista LA NOTARÍA, del Colegio Notarial de Cataluña, número 1/2002, enero 2002.

<sup>60</sup> Entre otros: FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *La contratación consigo mismo y el conflicto de intereses (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001)*. Revista LA NOTARÍA, del Colegio Notarial de Cataluña, núm. 1/2002, enero 2002. Díez-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979. Y, entre otras, SSTs 5 noviembre de 1956, 8 de noviembre 1989, 29 de octubre 1991, 29 de septiembre de 1994, 15 marzo 1996, 12 junio 2001.

<sup>61</sup> Siguiendo varias Resoluciones podemos dibujar la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto a la autorización previa para autocontratar:

— Cuando el poderdante conceda al apoderado las facultades necesarias con vista puesta en el posible conflicto de intereses, o cuando no pueda surgir éste al determinar el contenido del contrato (R. 23 enero 1943).

— Cuando exista «clara expresión» de que se faculta al representante para que actúe con el doble carácter (R. 4 mayo 1944).

— Cuando existan «facultades explícitas» para «autocontratar» o celebrar el contrato, sin que sea bastante la atribución genérica de poderes o facultades (RR. 26 septiembre de 1951 y 11 diciembre de 1997).

— Cuando el representante esté «expresamente» autorizado para ello, o esté autorizado para el acto específico donde existe la contraposición (RR. 1 febrero 1980 y 11 mayo 1998).

— Cuando el potencial perjudicado haya convenido o autorizado a su representante para contratar o actuar como representante múltiple (R. 14 mayo 1998).

<sup>62</sup> Señala la STS de 15 de marzo de 1996 que «La figura jurídica de la autocontratación está plenamente reconocida por nuestro ordenamiento jurídico cuando la persona representada ha prestado explícitamente su consentimiento para la misma; entendiendo la doctrina científica que si el representado ha admitido el riesgo de que el autocontrato se produzca, debe quedar vinculado por lo que haga el representante, a menos que exista una justa causa que le permita desvincularse de ello».



Por último, el hecho de que el representante haya sido autorizado para autocontratar, como decía DÍAZ DE ENTRE-SOTOS<sup>63</sup>, únicamente eliminaba la posibilidad de impugnar el autocontrato, pero no impedía la reacción del representado frente al representante cuando actuara amparado por dicha autorización procediera de mala fe. Pero no estaríamos ya ante un autocontrato prohibido, sino ante un caso de *abuso de poder*.

Estas eran las cuestiones sobre la autorización del autocontrato societario aceptadas pacíficamente, y se discutía, aunque sin demasiada pasión, si podía autorizar con carácter general el autocontrato prohibido y de qué órgano debía proceder esta autorización.

Respecto a la admisibilidad de la autorización general o genérica y, por tanto, sin especificar el contrato ni sus condiciones<sup>64</sup>. Un sector de la doctrina y la DGRN en Resoluciones de 26 de septiembre de 1951 y 11 de diciembre de 1997 negaban esta posibilidad, ya que infringiría el art. 1.256 CC, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes<sup>65</sup> en la representación orgánica, a diferencia de lo que ocurre en la voluntaria, donde sí se admite; el ámbito de las facultades del representante viene legalmente definido<sup>66</sup>, y sobre todo, a mi juicio, en el argumento más sólido de que el art. 162 LSC exige para que la Sociedad Limitada pueda anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus administradores acuerdo concreto de la Junta general para cada caso, y si se exige en esta norma, que es la única que la LSC dedica a la materia, ¿por qué no extenderlo a los demás casos? Pensemos que en caso contrario se podrían producir efectos de difícil justificación como el que valiera autorización general para cualquier autocontrato, salvo que se tratara de préstamos, créditos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera.

Respecto a las Resoluciones alegadas, la verdad es que no destacan por haberse preocupado en justificar su posición en este punto, y así la de 11 de diciembre de 1997 se limita a decir que para que haya poder suficiente es necesario que el representado dé *licencia o autorización especial*.

La tesis contraria tenía a su favor el que en sede de representación voluntaria es admitido sin problemas el que se pueda salvar el autocontrato con carácter general, y no tiene sentido que la solución sea distinta según el tipo de representación.

<sup>63</sup> DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.<sup>a</sup> A.: *El autocontrato*, Madrid, Tecnos, 1990.

<sup>64</sup> FEÁS COSTILLA, J.: Obra citada.

<sup>65</sup> Argumento propuesto por ÁVILA NAVARRO en *La sociedad limitada*. Tomo I. Constitución. Estatutos. Aportaciones. Participaciones. Junta general. Administración. Editorial Bosch.

<sup>66</sup> Argumento aducido por NAVARRO VIÑUALES en *Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XLI, editorial La Ley.

Finalmente, la DGRN cambió de opinión en su Resolución de 3 de diciembre de 2004, en la que expresamente admitió que la autorización sea genérica porque, si en sede de representación voluntaria se admite, *no puede ser distinta la solución para el caso de representación orgánica*.<sup>67</sup>

Admitida la autorización general, en mi anterior trabajo defendí que no habría obstáculo para autorizar con carácter general el autocontrato en los estatutos sociales, tal y como proponía FEÁS COSTILLA<sup>68</sup> apoyándose en la jurisprudencia alemana y en la Resolución de 12 de abril de 2002<sup>69</sup>, que a su juicio parecía haber admitido la autorización formulada en los estatutos; si bien recordé que desde el punto de vista práctico ello tenía el inconveniente que para revocar dicha autorización no bastaría con un acuerdo de la Junta general por mayoría simple, sino que precisaría de las mayorías reforzadas previstas para modificar los estatutos.

Respecto a ¿quién debía autorizar el autocontrato prohibido? La doctrina distinguía según la procedencia del autocontrato que se pretendía salvar. Y así diferenciaban según el autocontrato afectara a un administrador, al consejero delegado y al apoderado de la sociedad.

Cuando el negocio viciado de autocontrato se pretendía consentir por un administrador de la sociedad la postura mayoritaria, defendida entre otros<sup>70</sup> por NAVARRO VIÑUALES<sup>71</sup>, ÁVILA NAVARRO<sup>72</sup>, RUIZ-RICO<sup>73</sup>, FERNÁNDEZ LOZANO<sup>74</sup>, y la STS

<sup>67</sup> Se basa en la idea recogida por la Resolución de 15 de junio de 2004, que a su vez se apoya en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 noviembre 2001, que expresa constituye línea jurisprudencial constante en materia de autocontratación, según la cual «el autocontrato o negocio jurídico del representante consigo mismo es válido, en principio; no lo es cuando en casos concretos la ley lo prohíbe, porque advierte que puede haber conflicto de intereses y cuando, aunque la ley nada disponga, se produce tal conflicto; en todo caso, es válido cuando se ha autorizado expresamente en el poder de representación (...) sin que la previa autorización para contratar, aunque haya de constar con claridad, esté sujeta a requisitos especiales, por lo que salvo que otra cosa se disponga no hay más exigencias que las del propio poder que modaliza».

<sup>68</sup> FEÁS COSTILLA, J., *Reivindicación del autocontrato*. Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez/coord. por Ángel Valero Fernández-Reyes, Antonio Pérez-Coca Crespo, Leonardo B. Pérez Gallardo; Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), vol. 2, 2013, págs. 1195-1252.

<sup>69</sup> No se ha planteado que quepa entender implícita la autorización en el nombramiento del administrador para administrar también la filial, como admite igualmente la jurisprudencia alemana. Niegan tanto la autorización genérica de la Junta como la autorización estatutaria LLEBOT 2005:44-45 (para las sociedades de capital, a diferencia de las sociedades personalistas, por analogía con el artículo 137 *in fine* del Código de Comercio) y GALLEGO, 1572.

<sup>70</sup> MIGUEL SEOANE DE LA PARRA: *Boletín del colegio de registradores* número 111.

<sup>71</sup> NAVARRO VIÑUALES, J. M., *Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XLI, editorial La Ley.

<sup>72</sup> ÁVILA NAVARRO, P.: *La sociedad limitada*. Tomo I. Constitución. Estatutos. Aportaciones. Participaciones. Junta general. Administración. Editorial Bosch.

<sup>73</sup> RUIZ-RICO RUIZ, en *Autocontrato Societario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid, 2002.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ LOZANO, J. L.: *La representación*. Instituciones de derecho privado; tomo I, volumen 2.º. Coordinador: José Ángel Martínez-Sanchiz.

de 12 de mayo de 2001 y la RDGRN 12 febrero de 2012, era que el autocontrato prohibido debía salvarse por la Junta general, para lo que se apoyan en que así resultaba de varios preceptos de la LSC, relativos a las Sociedades Limitadas, como el art. 162 (asistencia financiera) y el art. 220 (prestación de servicios y de obra administrador-sociedad), e incluso del art. 42 de la Ley de Cooperativas, y de que la circunstancia de que si el administrador pudiera autorizar su propio autocontrato, su actuación excedería de los actos neutros y sería contrario al objeto social, con lo que superaría el ámbito de sus facultades representativas fijado por el art. 234 LSC<sup>75</sup>.

Por mi parte, tal y como he adelantado, propuse una solución distinta y totalmente minoritaria<sup>76</sup>, que careció de eco alguno en la doctrina<sup>77</sup>. Defendía que debíamos partir de la premisa de que conceptualmente corresponde salvar el autocontrato prohibido al órgano de representación de la sociedad; esto es, al órgano de administración, y cuando la decisión recaiga en el mismo sujeto que debe ejecutar el negocio controvertido, por existir *riesgo de parcialidad*, corresponderá salvarlo a la Junta general. Es decir, lo que salva la Junta general no es el autocontrato prohibido, sino el conflicto de intereses<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Aunque Fernández Lozano matizaba que el representante podría actuar aunque no esté autorizado por la Junta general cuando la misma hubiera delimitado sus facultades de tal manera que el representante se limite a actuar como un mero *nuntius*, esto es, que se limite a ejecutar un acuerdo de la Junta general. No obstante, frente a esta opinión, propuse que lo que en este caso ocurriría es que no habría autocontrato prohibido porque no habría conflicto de intereses, al haberse salvado por la Junta general.

<sup>76</sup> Solo encontré que podía seguir esta línea, aunque no formulado con total rotundidad, Pablo GÓMEZ CLAVERÍA en *Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de julio de 2006 (B.O.E. de 25 de agosto de 2006)* de la Revista *La Notaría*. Núms. 31-32, Julio 2006. Y tras la reforma MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO (*El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas. Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 65, 2016, págs. 39-118.), recalca que «un sector minoritario, pero cada vez mayor, consideraba por razones de agilidad fundamentalmente que debía ser el órgano de administración quien pudiera conceder dicha dispensa, del mismo modo que los restantes miembros podían celebrar el contrato aun con la abstención del afectado».

<sup>77</sup> Tan solo RAMOS HERRANZ, I., *La prohibición que pesa sobre los administradores (y los cargos de la más alta dirección) de utilizar su condición de administrador o el nombre de una sociedad mercantil para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas en el anteproyecto de Código Mercantil [art. 215-11.I]*. Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015. Págs. 809-839, se molestó en recoger esta teoría, incluso acogiéndola en su página 824 cuando dice que «tratándose de un administrador único tiene sentido (la autorización por la Junta general) porque no existen otros administradores y, en consecuencia, si es el propio administrador único quien autoriza no habrá parcialidad; no así cuando haya varios administradores, en cuyo caso podrá el órgano de administración (ya sea el Consejo de administración —prohibiendo al administrador afectado/beneficiado votar en la reunión en la que se acuerde sobre el autocontrato— o los otros administradores) autorizar al administrador afectado para autocontratar».

<sup>78</sup> Y me apoyaba en una serie de argumentos:

Es verdad que en varios preceptos de la LSC se recogía que la máxima que en los casos que haya un eventual conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad corresponde salvarlo a la Junta general. Sin embargo, la legislación societaria no determinaba, ni lo hace ahora tras la reforma de 2014, a quién corresponde salvar el autocontrato, únicamente el conflicto de intereses. Ante el silencio de la ley proponía acudir a la teoría general de la representación y dentro de ella a

En mi opinión, aplicando la doctrina general de la representación, el autocontrato prohibido se necesita salvar por el administrador de la sociedad, pero como en la decisión de salvar el propio autocontrato prohibido hay parcialidad (qué mayor parcialidad que ser el mismo interesado) corresponde salvarlo a la Junta general, órgano al que la ley encomienda salvar el conflicto de intereses entre la sociedad y su administrador. Y siguiendo este razonamiento defendía que, si fueran dos administradores solidarios, el autocontrato de uno se podría salvar por el otro. Más discutible sería el caso de dos administradores mancomunados. En principio se necesitaría salvar por ambos, pero creo que bastará uno solo, ya que el consentimiento del otro para formar de consuno el de la sociedad en cuanto órgano ya está prestado en el propio negocio afectado por autocontrato. En el caso del Consejo se podría salvar por el mismo no computando los votos del consejero que es autorizado, ya que por el art. 227 LSC debe abstenerse de existir intereses contrapuestos.

Ello no obsta que también se pudiera salvar por la junta general, pero a través de la vía indirecta de autorizar el conflicto de intereses, y si no hay conflicto de intereses ya no hay autocontrato prohibido<sup>79</sup>.

Cuando el autocontrato prohibido afectaba al consejero delegado, la doctrina se encontraba más dividida, para algunos<sup>80</sup> corresponde al Consejo de Administración, para otros a la Junta general, incluso algún autor propone que pueda salvarse por ambos<sup>81</sup>.

---

la doctrina del autocontrato. Según la misma corresponde al representado salvar el autocontrato prohibido, bien sea previamente o posteriormente a través de la ratificación, y ¿quién es el representado en el caso del administrador? El representado es la propia sociedad, cuya gestión y representación corresponde al órgano de administración.

Además instaba a preguntarnos: ¿acaso no parece descabellado que si un administrador único compra un bien de la sociedad, el contrato afectado por autocontrato pueda ser luego ratificado por un nuevo administrador único distinto del primero? Más aún, para la doctrina mayoritaria expuesta no habrá autocontrato prohibido por no haber conflicto de intereses cuando lo ejecute en representación de la sociedad el otro administrador solidario, o el Consejo de administración. ¿Por qué no permitir que estos mismos puedan autorizar el autocontrato?

<sup>79</sup> De esta manera intentaba desactivar el principal argumento de la tesis contraria; el que varios preceptos de la LSC conferían la competencia de salvar determinados casos de conflictos de intereses a la Junta general.

<sup>80</sup> Entre ellos, GIRÓN TENA. Y en esta dirección el Informe Aldama (2003), sub.III.2.2, establece que la dispensa debería otorgarse por «el Consejo de Administración, o incluso la Junta general, según la trascendencia de la decisión».

<sup>81</sup> Así NAVARRO VIÑUALES nos dice que el autocontrato prohibido «deberá salvarse por la Junta general y probablemente también por el Consejo de administración». O PUERTOLLANO, para el que si se permitiera que el resto de los componentes del Consejo de Administración pudiera proceder a la dispensa se correría el riesgo de que no se emitiera un juicio imparcial. Y asimismo considera que quienes postulan la competencia de los administradores no tienen en cuenta adecuadamente «la presión —manifiesta o encubierta— que el administrador interesado puede ejercer sobre sus compañeros». Y yo mismo, en mi artículo en esta revista (*La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios*. «Cuadernos de derecho y comercio», núm. 55, 2011, págs. 145-184), donde dije que la representación de la sociedad compete al órgano de administración, que en este caso es un Consejo de Administración, de forma que completar la representación incompleta recae al órgano que ostenta dicha representación. Además es coherente con la doctrina

Y finalmente, cuando el autocontrato se refería al apoderado social, una parte de la doctrina<sup>82</sup> y la DGRN, en las Resoluciones de 3 diciembre 2004 y 18 julio 2006 sostenían que corresponde conceder dicha autorización a la Junta general<sup>83</sup>, ya que el administrador no puede autorizar al apoderado lo que no se puede autorizar a sí mismo.

Además podría aducirse que corresponde siempre a la Junta general salvar el autocontrato prohibido en el que incurra cualesquiera de los representantes de la sociedad (sean orgánicos o voluntarios). Que en mi opinión tendría que ser el argumento fundamental para aquellos (la mayoría) que consideran que el autocontrato prohibido del administrador debe ser autorizado por la Junta general.

Pero frente a la postura de la DGRN no faltaban autores<sup>84</sup> que defendían que correspondía al órgano de administración autorizar el autocontrato del apoderado, desechando el argumento fundamental en que la DGRN se apoyaba para defender que la autorización debía proceder de la Junta, esto es, que nadie puede delegar lo que no tiene y por ello el administrador no puede salvar el autocontrato del apoderado porque no puede autorizar el suyo propio, toda vez que en el caso del apoderado el conflicto de intereses que nos preocupa no es del administrador, sino el del apoderado de la sociedad<sup>85</sup>.

de la Dirección General en Resolución de 26 de noviembre de 2003, que declara que «la Junta general no está facultada para ratificar o autorizar la actuación del consejero-delegado, pues no es el órgano competente para ello. Tal competencia corresponde al Consejo de Administración. Lo que ocurre es que si la Junta general sana el conflicto de intereses con la sociedad que confluía en el consejero delegado ya no habrá autocontrato prohibido. De manera que indirectamente se habrá autorizado el mismo.

<sup>82</sup> HONORIO ROMERO, según la opinión que del mismo recoge NAVARRO-VIÑUALES en la revista *La Notaría*.

<sup>83</sup> De manera que el caso del apoderado de la sociedad es curioso porque frente a la tendencia de construir la doctrina del autocontrato pensando en la representación voluntaria y luego extender sus conclusiones a la orgánica; en este supuesto se produce un movimiento inverso. Basándose en los preceptos que en nuestra legislación societaria atribuyen a la Junta general, autorizar el conflicto de interés que afecte al órgano de administración, se crea una máxima elaborada para la representación orgánica que se extiende a la representación voluntaria.

<sup>84</sup> Como NAVARRO VIÑUALES, J. M. o RODRÍGUEZ PRIETO, F.: *Poderes con facultades de autocontratación otorgados por administradores de sociedades mercantiles*. «Cuadernos de derecho y comercio», número 53. Junio 2010. Consejo General del Notariado.

<sup>85</sup> Como dice RODRÍGUEZ PRIETO, F. (*Poderes con facultades de autocontratación otorgados por administradores de sociedades mercantiles*. «Cuadernos de derecho y comercio». Número 53. Junio 2010. Consejo General del Notariado); el argumento de la DGRN puede servir para llegar a una conclusión contraria. Sí, el apoderado es un mero instrumento a través del cual actúa el administrador, la sujeción a sus directrices debe ser suficiente para excluirle de la limitación general del autocontrato (es decir, no sería como si autocontratara, sino que actuaría por sí y por el administrador). Además NAVARRO VIÑUALES, J. M. (*Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XLI, editorial La Ley) nos propone un argumento práctico. Si el apoderado que autocontrata con la sociedad manifiesta que lo hace en virtud de un mandato verbal, seguramente no encontraremos problemas a que el administrador único de la sociedad en nombre de ésta ratifique posteriormente lo hecho por tal mandatario verbal. ¿Y si lo puede hacer *a priori*, por qué no *a posteriori*?

Por mi parte (PÉREZ RAMOS, C.: *La autocontratación en materia societaria y en la formalización*

Éste era el debate, con ciertos consensos, que existía sobre la autorización del autocontrato. Tras la reforma de las normas reguladoras del conflicto de intereses el legislador nos ha suministrado algunas certezas:

**1.º Ya no es posible defender el que se pueda autorizar con carácter general el autocontrato prohibido de un administrador**, ya que el art. 230.2 LSC no permite salvar de esta forma el conflicto de intereses de un administrador, y esta norma es perfectamente aplicable por analogía al autocontrato en que incurra el administrador, ya que no es esencia de esta figura el que se pueda salvar con carácter general, más aún cuando el art. 162 LSC que regula para la SL una serie de casos de autocontrato societario (cuando la sociedad concede préstamo, crédito, garantía o asistencia financiera a uno de sus administradores) permite autorizarlo por la Junta general *con carácter concreto y determinado*, y por tanto no con carácter general.

*de los negocios bancarios*. «Cuadernos de derecho y comercio», núm. 55, 2011, págs. 145-184); defendí que era esencial aplicar la doctrina general del autocontrato. De ésta resulta que se podrá salvar indirectamente cuando la Junta general autorice el conflicto de intereses y directamente cuando la autorización proceda del propio representado. El representado es la propia sociedad, que se expresa y actúa por su órgano de administración quien debe ser quien deba conceder apoderamientos o completarlos en caso de ser incompletos, como en el caso del autocontrato prohibido.

Parece una cierta contradicción que un administrador pueda realizar operaciones extraordinarias o ruinosas para la sociedad y no pueda autorizar el autocontrato del apoderado. ¿Cómo vamos a negar que pueda realizar operaciones ordinarias, como son la concesión de apoderamientos en nombre de la sociedad y la configuración de su contenido? Más aún, cuando estamos hablando de una cláusula como la autorización de autocontrato, tan extendida en los poderes que casi ha adquirido el carácter de cláusula de estilo.

La idea fundamental es que nuestro derecho societario atribuye gran libertad al administrador porque la compañía de responsabilidad. Puede salvar el autocontrato, pero si en virtud de su actuación perjudica a la sociedad deberá responder frente a la misma. Como nos dice GÓMEZ CLAVERÍA, «podemos llegar en la práctica a un auténtico levantamiento del velo en sede notarial-registral, cuando razones elementales de seguridad jurídica llevan a restringir la aplicación de esta teoría al ámbito judicial. Porque, en realidad, quien dio el poder no fue tal o cuál administrador, sino la sociedad a través de su órgano. Y el concreto administrador que confirió el poder responde de lo hecho por el apoderado, con toda la severidad que establece la legislación mercantil».

O bien, en palabras de Fernando RODRÍGUEZ PRIETO en la obra citada, «lo mismo que cualquier persona capaz, en el autogobierno de sus intereses, puede depositar su confianza en un apoderado incurso en conflicto de intereses y asumir las consecuencias de su elección, también la sociedad mercantil a través de un órgano no contaminado por el conflicto debe poder tener acceso a tal posibilidad. Y ninguna norma, o principio general del derecho extraído de aquéllas, puede sustentar la solución contraria».

Aunque los argumentos de la postura crítica con la DGRN podían ser sensatos es indudable que la misma en sus Resoluciones ha dejado claro que el administrador no puede salvar el autocontrato del representante voluntario de la sociedad. No obstante, entendemos que aunque se siga la misma se puede defender que ello no implica que el autocontrato prohibido deba salvarse siempre por la Junta general; bastará que lo consienta otro administrador conforme a la estructura adoptada por el órgano de administración. Así uno de los administradores solidarios, dos de los mancomunados distintos a los que conceden el poder o un acuerdo del Consejo de administración. Siguiendo la argumentación de la Dirección General, todos ellos no pueden salvar el autocontrato prohibido del apoderado por él nombrado, ya que carece de esa facultad para sí mismo; pero sí podrían salvar el del nombrado por el otro administrador. Y es que en nuestra opinión la idea que palpita al negar al administrador único la potestad de autorizar el autocontrato ilícito es presumir un riesgo de parcialidad, el cual desaparecerá cuando concurra además otro consentimiento.



Por otro lado, la solución contraria nos sumergiría en una cierta perplejidad, ¿cómo justificar que el autocontrato se puede salvar con carácter general y no en cambio el conflicto de intereses que le sirve de sustento? Pero además se generarían problemas de difícil solución, como el que un administrador contratara consigo mismo alegando que tenía una autorización general de la Junta general y, sin embargo, su conducta pudiera ser perseguida por entenderse que aunque el autocontrato estaba salvado no en cambio lo estaba el conflicto de intereses que necesariamente debía existir, porque si no, no existe autocontrato ilícito.

**Y ¿qué ocurre con el autocontrato en que pueda incurrir el apoderado social?, ¿se puede salvar con carácter general?** En su momento, como hemos visto, la DGRN, en Resolución de 3 de diciembre de 2004, admitió que el autocontrato de los administradores se pudiera salvar con carácter general porque si en sede de representación voluntaria se admite *no puede ser distinta la solución para el caso de representación orgánica*. Este mismo razonamiento ante el nuevo art. 230.2 LSC podría aplicarse a la inversa y llevarnos a defender que si la regla de que no se puede salvar el autocontrato con carácter general es aplicable al autocontrato en que incurra el administrador, la solución no puede ser distinta en caso de un apoderado social.

No obstante, también se puede defender la solución contraria; el que se puede autorizar con carácter general el autocontrato del apoderado social, porque no se trata de un administrador y la regla general en materia de representación voluntaria (y de un apoderado voluntario estamos tratando aunque su poderdante sea una sociedad) es que el autocontrato se puede salvar con carácter general, y en esta línea, aunque sea de pasada, la DGRN, en Resolución 28 abril 2015, admite la dispensa general de un apoderado siempre que la misma proceda de la Junta general, y así nos dice: *«en definitiva, el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general sólo puede ser llevada a cabo por la Junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa»*.

Lo cierto es que la DGRN está implícitamente admitiendo que cabe la autorización general<sup>86</sup> cuando el representante social sea voluntario. Aunque, dado que el nuevo régimen legal no permite la dispensa general cuando ésta tiene como destinatario a un administrador, se echa de menos que el Centro Directivo se limite sin más a permitir la dispensa general para los apoderados sin que además justifique este distinto trato.

Podría pensarse que la razón de la diferencia es que la DGRN está pensando que la nueva normativa se aplica únicamente al conflicto de intereses y no al autocontrato, pero lo cierto es que no es así cuando utiliza como argumento para mantener la calificación del registrador mercantil y exigir que el autocontrato se autorice por la Junta general *el que el nuevo régimen legal del conflicto de intereses así lo confirma*. Por tanto, la razón para dar distinto trato al representante

<sup>86</sup> Y que ésta, como luego analizaremos, debe proceder de la Junta general.



orgánico y al voluntario que está inspirando a la Resolución de 28 de abril de 2015 tiene que ser otra. Y no puede ser más que la distinta posición que con relación a la sociedad ocupa el representante orgánico y el voluntario, y el distinto grado de intensidad de los deberes que de ella se deriva, que llevan a someterse a un distinto, aunque similar, régimen de responsabilidad, y sobre todo a que el legislador haya decidido que su especial posición dentro de la sociedad —puesto que es órgano de la misma— exige que no se pueda autorizar su conflicto de intereses con carácter general.

Reconozco que este último inciso debe ser matizado, porque casa mal con que el art. 227.1 LSC proclame que *los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante*<sup>87</sup>, por lo que equipara el grado de diligencia que le es exigible en el desempeño de su cargo al que tiene el apoderado. Pero lo cierto es que ello no deslucen el principal argumento a favor del distinto trato, cuál es que éste ha sido la decisión del legislador que ha reputado que la especial posición del administrador para con la sociedad, distinta de la del apoderado social, exige una especial delicadeza a la hora de velar por el deber de lealtad y por ello impone que las autorizaciones sean singulares, rechazando aquéllas que tienen carácter general.

En definitiva, y recapitulando, a mi juicio hay argumentos sólidos a favor de admitir que se pueda extender la prohibición de autorización general del administrador al apoderado social, pero lo cierto es que la DGRN 28 de abril de 2015 lo ha negado, probablemente porque sobre ella ha pesado la idea que más que equiparar al representante según la naturaleza del ente representado —en nuestro caso una Sociedad de Capital— se debe equipar, y por ello dar el mismo trato al representante según el tipo de representación —en nuestro caso voluntaria— sea cual sea la clase de sujeto representado. En suma, más que poner el acento en que la representada es una sociedad y por tanto no tiene sentido que para su representante voluntario se permita lo que no se autoriza al representante orgánico, se fija en no distinguir entre representantes voluntarios, puesto que si a cualquier representante voluntario se le puede salvar con carácter general el autocontrato prohibido, esta posibilidad no puede variar cuando el representado sea una sociedad de capital.

<sup>87</sup> El estándar del «representante leal» está muy presente en nuestro ordenamiento. Se cita para los patronos en el artículo 17.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, o en el artículo 332.8 del Código Civil de Cataluña; para los administradores concursales en el artículo 35.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y para los gerentes y miembros del Consejo Rector en los artículos 39.4 y 42.1 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Cooperativas. Además, como nos recuerda MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J.: (*El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas*. «Cuadernos de derecho y comercio», núm. 65, 2016, págs. 39-118), «Es de notar cómo han evolucionado los estándares exigibles. El genérico «buen padre de familia» ha sido sustituido en sede de deber de diligencia por el «ordenado empresario» (el administrador puede no ser empresario, pero decididamente fue nombrado para desempeñar las funciones de tal), y en lo relativo al deber de lealtad por el «fiel representante».

La segunda cuestión que resuelve la reforma de dos mil catorce es a **¿qué órgano corresponde autorizar el autocontrato prohibido?**

Tal y como hemos anticipado, la postura mayoritaria, casi unánime, era que el autocontrato que afectaba al administrador debía ser autorizado por la Junta general. No obstante, el art. 230.2 LSC introduce la novedad de permitir, cuando el autocontrato que debe ser dispensado afecte a una transacción cuyo valor no sea superior al 10% de los activos sociales<sup>88</sup>, que la autorización pueda ser otorgada por el órgano de administración *siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la concedan respecto del administrador dispensado*; y por tanto, el administrador único, solidario, y el consejero delegado no podrá autorizarse asimismo su autocontrato, pero sí en cambio un administrador solidario a otro, el consejo respecto de alguno de sus consejeros que deberá abstenerse en la votación, o dos de los administradores mancomunados a otro de ellos, incluso a mi juicio un administrador mancomunado al otro, puesto que al intervenir uno de los administradores no interesados quedará garantizada la independencia de quien la conceda.

La verdad es que el art. 230.2 LSC no deja demasiado espacio a la imaginación. Podemos criticar que haya utilizado un criterio cuantitativo y no cualitativo<sup>89</sup>, pero dice lo que dice, y creo que no deja lugar a dudas. Me explico: se refiere expresamente a la dispensa de la *realización por parte del administrador de una determinada transacción con la sociedad*; y si bien es cierto que no toda transacción de un administrador con la sociedad tiene que implicar un autocontrato, no lo es menos que entre las transacciones que realice un administrador con la sociedad, indudablemente, se incluirán las que conlleven un autocontrato prohibido. Es decir, es verdad que en el ámbito de la norma se incluirá cuando un adminis-

<sup>88</sup> Incluyendo un criterio cuantitativo al igual que también hace la reforma en el art. 160 f) para presumir el carácter de activo esencial, cuando éste supere el 10% del valor de los activos de la sociedad.

<sup>89</sup> El legislador ha sido conceptualmente poco elegante, ya que lo importante no debe ser el valor del autocontrato dispensado, sino el que el órgano de administración puede dispensar porque es quien tiene encomendada la gestión y representación de la sociedad (arts. 209 y 233 LSC), y quien según la teoría general del autocontrato debe autorizar éste, cuando sea prohibido por concurrir conflicto de intereses, es el propio representado, quien tratándose de una sociedad debe formar y exteriorizar su consentimiento a través del órgano de administración.

Pero lo cierto es que aunque no nos pueda parecer poco *fino* conceptualmente, el aferrarse al *quantum* y no al *cual*, lo cierto es que es la decisión del legislador, y la verdad es que obedece a una visión práctica y realista del problema. En el fondo, en la opción adoptada por el legislador palpita la idea de distinguir tres niveles o capas del problema. De menor a mayor sería: cuando el autocontrato afecta a una pequeña cantidad, o a condiciones de mercado, directamente por el art. 229 LSC no habrá conflicto de intereses —y por tanto no hay autocontrato prohibido—, si el importe no supera el 10%, hay conflicto de intereses —y por ello autocontrato prohibido— pero puede ser autorizado por el órgano de administración siempre que quien formule la autorización no sea el mismo administrador dispensado, y cuando supere el 10% la licencia debe proceder de la Junta general.

En suma, la gravedad del riesgo de quebranto económico asumido determinará el órgano autorizante. Dejando para los quebrantos más importantes al órgano supremo y para los menores a los administradores.

trador solidario actuando en su propio realice una transacción con la sociedad representada por el otro administrador solidario, pero también es verdad que en el ámbito de la misma debe asimismo incluirse el caso de que la transacción se consienta por el administrador único o solidario actuando en nombre de la sociedad y además en nombre propio o de otra sociedad a la que también representa.

En conclusión, además de la Junta general (porque el art. 230.2 *in fine* utiliza la expresión de *en los demás casos la autorización también podrá ser otorgada*, la dispensa del autocontrato prohibido puede proceder del órgano de administración cuando el negocio no supere el 10% del valor de los activos. Aunque con un matiz: cuando el autocontrato autorizado conlleve la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador, o el establecimiento con la sociedad de una relación de servicios y obra, y la sociedad afectada sea una Sociedad Limitada, el párrafo 2.º del apartado 2.º del art. 230 LSC impone que la autorización (sea cual sea importe de la operación) proceda de la Junta general.

Esta excepción procede de la coordinación del art. 230 con el art. 162 LSC y no puede interpretarse como que cuando la sociedad afectada sea una Sociedad Anónima no habrá autocontrato prohibido, ya que aunque el art. 162 LSC es una reminiscencia del antiguo régimen, que podría suprimirse por superfluo ya que su espíritu se recoge en los nuevos arts. 229 y 230 LSC, no puede interpretarse sin más a *sensu contrario*; esto es, no puede reputarse que por no exigir la autorización de la Junta por la concesión de préstamos, garantías o en general asistencia financiera, por la sociedad anónima a un administrador, cuando tales actos sean consentidos por el mismo administrador no habrá un autocontrato prohibido, ya que esta prohibición sobrepasa al art. 162 LSC y procede directamente de la aplicación de un principio general inserto en la doctrina general de la representación.

Finalmente, desde el punto de vista notarial, plantea problemas el dilucidar si la transacción efectivamente o no supera el 10% del valor de los activos. ¿Hasta qué punto el notario debe controlar esta circunstancia? En mi opinión debe bastar la manifestación de los administradores que vayan a autorizar el autocontrato, salvo que sea notorio que supera dicho importe. Llego a esta conclusión por la aplicación de la doctrina de la DGRN sobre el art. 160 f) LSC, con el que el art. 230.2 CC comparte cierta identidad de razón, ya que, como veremos, ambos casos son límites legales a las facultades representativas de los administradores, y además porque a diferencia de este precepto el art. 230 LSC no impone calcular la magnitud del 10% partiendo del último balance aprobado, lo que supone no solo perder un posible criterio objetivo controlable por el notario, sino sobre todo el que el porcentaje se deba calcular atendiendo al valor de los activos sociales al tiempo de proyectarse la transacción que implica autocontrato, por lo que al final debería recaer en los administradores comparecientes ante el notario el presentar un balance en el que figuren los activos sociales, balance que ni siquiera ha sido aprobado por la Junta; en fin, ¿qué diferencia hay entre que el administrador

manifieste ante el notario que la operación no supera el 10% de los activos o que el mismo administrador presente lo que dice que es el último balance para que el notario calcule ese 10%? ¿Acaso en ambos casos al final todo depende de lo que asevere el administrador?

¿Y quién debe autorizar el autocontrato prohibido del apoderado? En este punto es esencial la Resolución de 28 de abril de 2015, que ha sido dictada tras la reforma del conflicto de intereses dos mil catorce. En la misma se analiza el caso de un poder general concedido por los dos únicos socios de una SL, en su condición de únicos administradores solidarios de la misma a un tercero salvándole el autocontrato; el Registrador Mercantil deniega la inscripción por ser necesaria la autorización de la Junta general y el notario recurrente, entre otros argumentos, aduce que «sería inconsistente con el actual artículo 230.2.3.º, pues si el resto de administradores puede dispensar a un administrador concreto de la situación de autocontrato, aun careciendo ellos de las facultades para autocontratar, es porque las facultades del dispensado no son las mismas que las de los dispensantes, pues la prohibición de autocontratar es personal y no transferible a terceros».

No obstante, la DGRN confirma la calificación del registrador mercantil, llegando a la conclusión de que el autocontrato del apoderado social debe ser autorizado por la Junta general, en base a dos argumentos:

De un lado aduce que *«es importante destacar que el problema que subyace no es una cuestión de suficiencia del poder de representación del órgano de administración, sino de que, como ha recalcado nuestro Tribunal Supremo, en situación de conflicto no existe poder de representación; en suma, no es un problema de suficiencia, sino de existencia de poder de representación para actuar en un caso concreto aun cuando el representante ostente la facultad para el acto de que se trate (comprar, por ejemplo). Por este motivo sólo el principal (la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), puede conferir ese poder de representación, esa licencia o dispensa, ya con carácter previo, ya con posterioridad a la actuación de la persona en conflicto (artículo 1259 del Código Civil)»*. Y en la misma línea insiste que *«cuando este Centro Directivo afirma que el poderdante no puede atribuir una facultad de la que carece se refiere al hecho de que sólo el principal, la sociedad, puede dispensar la situación de conflicto de intereses, sanando así la ausencia de actuación representativa que la misma implica (...)*. El órgano de administración consecuentemente no puede otorgar una dispensa que sólo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio del órgano de expresión de su voluntad: la Junta general de socios».

La conclusión puede ser admisible, pero no las premisas que la sustentan. Tiene razón la DGRN cuando afirma que estamos ante un caso de falta de poder, aunque no tiene mucho sentido la distinción que hace entre no existencia de poder y poder insuficiente, porque en ambos casos las consecuencias son las mismas; el representado, en virtud del art. 1259 CC, salvo que ratifique, no puede quedar

obligado por lo ejecutado por el representante. En definitiva, de lo que estamos hablando cuando estamos ante un autocontrato no autorizado es de un problema de límites de poder. Siguiendo el ejemplo de la Resolución, el apoderado podía comprar, pero no podía en nombre de la sociedad comprar él mismo o persona interpuesta, o a quien también representa, es el vendedor.

Pero siendo las anteriores consideraciones meras correcciones en aras de una pureza conceptual, en lo que yerra es cuando afirma que *«por este motivo sólo el principal (la sociedad por medio de su órgano de formación de voluntad, artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital) puede conferir ese poder de representación, esa licencia o dispensa, ya con carácter previo, ya con posterioridad a la actuación de la persona en conflicto (artículo 1259 del Código Civil)»*; y concluye —al remitirse al art. 159 LSC— que este órgano es la Junta general.

Y se equivoca, porque es verdad que el órgano de formación de la voluntad de la sociedad es la Junta general, pero no es el órgano encargado de la gestión y representación de la sociedad, dado que éste, por el art. 209 LSC, es el órgano de administración. En fin, de lo que estamos tratando es de completar una representación, y esta función corresponde al órgano encargado de conferirlas, ¡pero es que la propia Resolución nos lo está diciendo al declarar que solo la sociedad a través de la Junta general *«puede conferir ese poder de representación»*, con el matiz de que ¡la Junta general nunca puede conferir poderes de representación ya que esta atribución es competencia exclusiva del órgano de administración! Cuestión totalmente distinta es que la LSC haya decidido, dentro del esquema de distribución de competencias por ella diseñado, que aunque la representación de la sociedad en los negocios jurídicos corresponde al órgano de administración en determinadas ocasiones<sup>90</sup> es necesario un acuerdo de la Junta general que complemente la actuación del administrador.

Y del otro, asimismo la DGRN se plantea, si como pretende el notario la posición tradicional de la DGRN de que la licencia del autocotrato debe proceder de la Junta general debe ser revisada a la luz de la nueva normativa del conflicto de intereses que admite que cuando el negocio no exceda del 10 % del valor de los activos pueda también autorizarse por el órgano de administración, concluyendo que *«en definitiva, el nuevo régimen legal no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general sólo puede ser llevada a cabo por la Junta de la sociedad en cuanto principal de la relación representativa»*.

De nuevo la DGRN no es demasiado clara. En fin, el tema es si el autocontrato de los administradores, cuando no excede del 10% del valor de los activos, puede ser autorizado por los otros administradores. ¿Esta conclusión se puede extender también al apoderado social? O dicho de otra manera, ¿el nuevo régimen del au-

<sup>90</sup> Como los actos claramente contrarios o denegadores del objeto social (art. 234 LSC), la adquisición, aportación o enajenación de activos esenciales (art. 160 f), adquisición por la sociedad de bienes dentro de los dos años que excedan del 10% del capital social, etc.

tocontrato que afecta al representante orgánico de la Sociedad de Capital se puede extrapolar al representante voluntario?

Estaremos de acuerdo en las posibles opciones, son dos: O se aplica el mismo régimen jurídico a los representantes sociales sea cual sea el tipo de representación al que se refiera, o bien se distingue según sean representantes orgánicos o voluntarios. Por tanto, se debe debatir si el problema se enfoca desde la óptica del representado o de la del representante; es decir, si el acento se debe poner en quién sea el representado y no en cómo se le represente, y por tanto, si el representado es una sociedad, el mismo régimen del autocontrato se debe aplicar a cualquiera que le represente; o en cambio, lo relevante es contemplar el fenómeno desde la visión, no del representado, sino del representante, para conseguir así dar el mismo tratamiento a la representación voluntaria, sea cual sea la persona física o jurídica representada.

La DGRN lo que hace es mezclar las dos visiones, considera que no es aplicable al apoderado el mismo régimen previsto para la licencia del autocontrato del administrador<sup>91</sup>, y por ello se le podrá autorizar el autocontrato con carácter general, pero en cambio no tiene en cuenta esa visión para dilucidar a quién corresponde salvar el autocontrato. Si quiere ser fiel a resolver el problema desde la perspectiva del tipo de representación tendría que haber aplicado la doctrina del autocontrato en la representación voluntaria y, en consecuencia, concluir que el autocontrato prohibido del apoderado social debe ser salvado por el representado, por el principal, y éste es la propia sociedad que se relaciona con terceros a través del órgano de administración. Y si hubiera sido fiel a esta línea tendría que haber aseverado que, como cualquier representante voluntario, el autocontrato que afecte al apoderado social puede salvarse con carácter general y debe consentirse por los administradores, que son los que tienen atribuidos la competencia de conceder apoderamientos sea cual sea el valor de la transacción y no solo cuando la misma no exceda del 10 % del valor de los activos.

Por mi parte, dejando al margen precisiones conceptuales, creo que la DGRN se equivoca cuando no aplica el art. 230.2 LSC al autocontrato del apoderado social. Es verdad que aplicarlo supondría separarse de la doctrina general del autocontrato del representante voluntario, pero ese desvío está justificado dada la peculiar naturaleza del sujeto representado. Quizá se ve más claro descendiendo a la práctica: parece sensato sostener que al representante voluntario se aplique el mismo régimen que al orgánico o al menos uno que no sea más rígido, dado que, al fin y al cabo, el representante orgánico tiene un *plus* frente al voluntario, puesto que es órgano de la sociedad. Sin embargo, si aplicamos la doctrina de la DGRN

<sup>91</sup> Aunque distingue entre representación orgánica en cuanto a los efectos, no lo hace respecto a todos ellos, desde el momento que la propia Resolución declara: «Esta ausencia de actuación representativa se predica tanto del órgano de representación como del apoderado en situación de conflicto, pues depende de la concreta circunstancia en que se encuentre un representante en un momento determinado. De aquí que en ambos casos la solución sea la misma: ausencia de actuación representativa que sólo el principal puede dispensar».



paradójicamente será más fácil autorizar el autocontrato prohibido que no exceda del 10% del valor de los activos cuando el sujeto afectado es un administrador solidario que cuando es un apoderado, ya que en el primer caso sería suficiente con el consentimiento del otro administrador solidario y en el segundo se precisará un acuerdo de la Junta general.

Además unificar el régimen de todo el autocontrato societario (tanto el orgánico como el voluntario) tiene dos sólidos apoyos: el recurso a la analogía por falta de un verdadero régimen jurídico completo del autocontrato y el diseño por el legislador del sistema de representación de la sociedad. Vamos a desarrollarlos.

Respecto al primero, cuando se tratan aspectos concretos del autocontrato, a veces se olvida que es una figura que carece de un régimen legal completo, y así, la posibilidad de salvar el autocontrato prohibido se asienta en el art. 1.259 CC, que exige para contratar a nombre de otro estar autorizado por el representado o que éste ratifique posteriormente el contrato consentido en su nombre. De esta norma, la única que se refiere en el Código Civil a la autorización del autocontrato, los operadores jurídicos deducen que la autorización debe proceder del representado, lo que trasladado al autocontrato social implica que la misma debe proceder de la sociedad, pero una vez llegado a este punto la pregunta es obvia: ¿qué órgano social debe autorizar el autocontrato?, pero esta pregunta no es directamente contestada por la LSC, ya que carece de una norma que expresamente lo resuelva. Pero sí tenemos el art. 230.2 LSC, que regula qué órgano debe dispensar el autocontrato prohibido de las transacciones en que se ve afectado el representante orgánico. ¿Y respecto al voluntario? Nada dice la LSC, y solo tenemos el dato que conforme al art. 1.259 CC debe ser el representado. De manera que estamos ante una evidente laguna que debe ser colmada. Y llegados a este punto, ¿acaso no es sensato defender que esta laguna puede ser completada acudiendo por analogía al art. 230.2 LSC? ¿Acaso no hay una evidente semejanza e identidad de razón entre el administrador y el apoderado social? O ¿tiene sentido que se sea más riguroso y garantista con el apoderado social que con el administrador cuando esta exigencia carece de apoyo legal? Pero es que si incluso la misma Resolución de 28 de abril de 2015 equipara el autocontrato del representante orgánico y del voluntario cuando nos dice que la ausencia de actuación representativa que implica el autocontrato *«se predica tanto del órgano de representación como del apoderado en situación de conflicto (...)»*. De aquí que en ambos casos la solución sea la misma: ausencia de actuación representativa que sólo el principal puede dispensar». Pero si la solución es la misma —que el principal dispense—, ¿por qué para la Resolución en el caso del administrador solidario la dispensa puede proceder del otro administrador y en cambio si el afectado es el apoderado social se exige autorización de la Junta general? Pero en qué quedamos: ¿la solución es o no en ambos casos la misma?

Pero es que además la anterior conclusión se ve reforzada si se observan las normas que la LSC dedica a la representación de la sociedad. De las mismas re-



sultan que la representación de la sociedad<sup>92</sup> corresponde o a los administradores o a los apoderados sociales<sup>93</sup>, y que si bien en principio para obligar a la sociedad para con terceros será suficiente con el consentimiento prestado en su nombre por

<sup>92</sup> Entiendo por representación de la sociedad *la expresión de la voluntad de la sociedad hacia los terceros, que produce el efecto de vincular a la sociedad con aquellos con quienes entra en relación*. PÉREZ RAMOS, C.: *Comentario al artículo 233 de la Ley de Sociedades de Capital*. Pág. 1455.

<sup>93</sup> La figura de la representación orgánica está íntimamente ligada al concepto mismo de persona jurídica, ya que desde el momento que ordenamiento jurídico permite la creación de sujetos de derecho distintos al del socio o socios que lo componen, con su propio patrimonio, responsabilidad, y, en suma, capacidad jurídica es necesario que esa capacidad jurídica pueda ejercitarse y que se puedan imputar al nuevo sujeto de derecho creado y a su patrimonio las relaciones jurídicas que en su nombre se consientan. Es cierto que se podría sin más acudir a la figura de la representación voluntaria, pero ésta tiene el inconveniente de que la sociedad ha de poder actuar directamente en el tráfico, y para ello no sirve la representación voluntaria, puesto que impone distinguir entre el sujeto representante y el sujeto representado. Es aquí cuando surge la teoría de la representación orgánica, que se basa en la idea de que, dado que las sociedades no pueden actuar directamente, sino que tienen que valerse de la colaboración de personas físicas para llevar a cabo actos o negocios jurídicos, los actos realizados por el órgano de administración de la sociedad de capital dentro de su círculo de su competencia (o fuera de él a favor del tercero de buena fe y sin culpa grave) valen o se consideran como actos realizados directamente por la sociedad de capital. En definitiva, el administrador cuando actúa en su cualidad de tal, como órgano, es como si la misma sociedad actuara. En resumen, como nos dice la RDGRN 18 de julio 2012 (RJ 2012, 10093) reiterando muchas anteriores «la representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el organismo actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista un supuesto de actuación *alieno nomine*, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido». No obstante lo anterior, es indudable que aunque lo consentido por el administrador vale o se considera como acto de la sociedad —es la misma sociedad actuando—, esta realidad no deja de ser una ficción, puesto que cuando el representante orgánico actúa por la sociedad realmente no es la misma sociedad actuando, ya que no es un ser humano. Y esta ficción —cuando actúa el administrador persona física está actuando la persona jurídica— solo puede salvarse a través de la idea de la imputación y, en definitiva, acudiendo al instituto de la representación.

El hecho de que las sociedades de capital, al igual que cualquier otra persona jurídica, hayan de poseer unos órganos a quienes permanentemente se les confiera su representación, no excluye, naturalmente, que la sociedad pueda ser representada a través de representantes voluntarios o apoderados, sean éstos especiales o generales (directores generales o gerentes). Podemos diferenciarlas conforme a los siguientes criterios que nos propone la DGRN en Resolución de 24 de junio de 1993, confirmada por otras posteriores, como las de 12 de septiembre de 1994, 30 de diciembre de 1996), 24 de noviembre de 1998, 27 febrero 2003 y 18 de julio 2012. Nos dice la DGRN que la representación orgánica y por tanto la desempeñada por los administradores: Es necesaria. No puede existir una sociedad de capital sin que haya órgano de administración. Es imprescindible para que la sociedad pueda actuar en el tráfico, mientras que no tienen por qué existir representantes voluntarios de la sociedad, más aún en las pequeñas sociedades no es frecuente.

En ella no hay en realidad una actuación *alieno nomine* —o en nombre ajeno—, sino que es la propia sociedad limitada la que actúa por sus órganos: Es decir, a diferencia de la representación voluntaria en la que se puede distinguir entre representante y representado, en la representación orgánica es la propia sociedad la que actúa directamente aunque a través del administrador.

Se caracteriza por su competencia exclusiva y determinación legal de su ámbito, con un mínimo eficaz respecto de terceros: A diferencia de la representación voluntaria en la que el apoderado no tendrá más facultades que las enumeradas y concedidas en el poder, por lo que no queda vinculada la sociedad si actúa el apoderado fuera de las facultades concedidas en la orgánica el límite, en principio, es el objeto social; aunque, éste no operará como tal frente a terceros de buena fe (art. 234.2

administrador y apoderado con facultades suficientes en determinadas ocasiones, el legislador ha entendido que es necesario completar dicho consentimiento con la autorización de la Junta general<sup>94</sup>, salvo en el caso del autocontrato societario, en el que también se podrá autorizar por el otro administrador *siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado y que la transacción no sea superior al 10% de los activos sociales*<sup>95</sup>. Es verdad que en este último caso el precepto solo se refiere a la dispensa del conflicto de intereses en que incurre el administrador que autocontrata y no al apoderado social, pero tampoco en los demás casos en que la LSC entiende que no es suficiente con el consentimiento prestado por el representante social distingue según éste sea representante voluntario u orgánico. Es decir, por ejemplo, en el caso del art. 160 f) LSC lo que importa es que la Junta autorice la adquisición por la sociedad de un activo esencial, siendo indiferente si el consentimiento para la adquisición se presta por el representante orgánico o

LSC). 4. Y además, está supeditada en su existencia, composición y control a la Junta general: Es la propia Junta general la que tiene que designar, cesar y controlar al órgano de administración.

Frente a ella, la representación voluntaria es potestativa: Puede o no existir. Hay que diferenciar entre apoderado y poderdante. Son dos sujetos distintos, con independencia que lo que ejecute el primero dentro de los límites del poder vinculará al segundo. Su contenido es variable, según lo dispuesto en el poder. Lo que implica que únicamente tendrá las facultades que se le concedan en el poder y en lo que se exceda será necesario la ratificación por el representado (art.1259.2 CC), esto es, la sociedad. Y depende del órgano de administración: Lo que tiene sentido, ya que en sede de representación voluntaria corresponde al representado designar al representante, y el representado es la propia sociedad, quien debe exteriorizar su voluntad necesariamente a través del órgano de administración, que es el que tiene legalmente atribuida la representación de la sociedad. Por lo que corresponderá al órgano de administración tanto el nombramiento del apoderado como la revocación de su poder. Y así, la DGRN (Resoluciones 26 de febrero de 1991 y 1 de marzo de 1993 ha declarado que la Junta general no puede conceder poderes. De manera que la Junta general no puede conceder apoderamientos. Otra cosa sería que adopte el acuerdo de nombrar director gerente a determinada persona e imparta la instrucción al administrador para que ejecute el acuerdo adoptado (en esta línea la Resolución DGRN de 11 de febrero de 2014). Así, el art.161 LSC nos dice que «salvo disposición contraria de los estatutos, la Junta general de la sociedad de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234».

<sup>94</sup> Entendemos por límites legales a las facultades representativas en las sociedades de capital todos aquellos casos en los que en virtud del sistema de distribución de competencias diseñado por el legislador se impone la necesidad de la participación de los socios a través de la Junta general en la decisión de realizar en nombre de la sociedad determinados actos de gestión, bien sea por la importancia del activo afectado, por la naturaleza, o circunstancias del negocio que se pretende ejecutar, o por simular o implicar una actuación que según el esquema competencial gestado por el legislador es competencia de la Junta general, las llamadas competencias implícitas o no escritas de la Junta general (PÉREZ RAMOS, C. *Comentario al artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital*, pág. 1471. Dichos límites legales son: los actos claramente contrarios o denegadores del objeto social del art. 234 LSC, la enajenación, adquisición o aportación de los activos esenciales del art.160 f) LSC, las adquisiciones onerosas de bienes que superen el 10% capital social en los dos primeros años de vida de la Sociedad Anónima del art. 72 LSC, la asistencia financiera de la SL del art. 162 LSC, los contratos de obra o servicios con los administradores del art. 220 LSC, La adquisición de acciones propias y la prestación de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias de los arts. 134 y ss. LSC.

<sup>95</sup> Tales límites legales de casos son los actos claramente contrarios o denegadores del objeto social.

el representante voluntario de la sociedad; y en el caso del autocontrato societario no hay razón para hacer esta distinción. ¿Por qué en el caso del autocontrato hay que distinguir según quién sea el representante y no en cambio en los demás supuestos de límites legales al ámbito de las facultades representativas de los representantes sociales (sean administradores o apoderados)?

En suma, lo importante es que se dé la situación jurídica (el autocontrato) para el que el legislador ha entendido que no es suficiente con el consentimiento del representante social, no quien sea éste. Más aún en nuestro caso, en que el art. 230.2 LSC, puesto en relación con el art. 229 LSC, recoge sin lugar a dudas en su ámbito el autocontrato societario del administrador, ya que habla de dispensar el conflicto de intereses en que incurra el administrador que realice una transacción con la sociedad, lo que incluye la transacción que un administrador en su propio nombre realice con la sociedad por otro sujeto válidamente representada, pero además, por supuesto, cuando la transacción sea consentida por el administrador en su condición de tal y en su propio nombre y derecho.

En conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico no se regula expresamente quién debe salvar el autocontrato prohibido en que pueda incurrir el apoderado social y sí en cambio se recoge quién lo autorizará cuando el afectado sea un administrador, y dado que lo realmente importante es que el autocontrato cuando concurre conflicto de intereses es un límite a las facultades representativas de los administradores y no a qué clase de representante social afecta parece sensato que el único régimen existente (que es el del autocontrato del administrador) se aplique también al apoderado social. Axioma también reforzado por la paradoja curiosa que origina la aplicación de la doctrina que emana la Resolución de 28 de abril de 2015: imaginemos que una persona es al mismo tiempo apoderado general de una sociedad y apoderado general de una persona física que resulta ser uno de los administradores solidarios de la sociedad<sup>96</sup>. Si el apoderado social otorga una escritura de compraventa representando al mismo tiempo a la sociedad como vendedora y a su otro representado como comprador, si éste último es administrador solidario de la sociedad nos encontramos en que ha incurrido en conflicto de intereses, ya que un administrador a través de un poder ha realizado una transacción con la sociedad (art. 229 LSC), pero también ha incurrido en una doble representación prohibida, con la paradoja que si la compra no excede del 10% del valor de los activos podrá autorizarse por el otro administrador, pero la doble representación, aplicando la doctrina consagrada por la Resolución de 28 de abril de 2015, debe ser salvada por la Junta general, no bastando el consentimiento del otro administrador solidario. Pero claro, ¿qué doble representación prohibida hay que dispensar si para que exista ésta es imprescindible que haya conflicto de intereses y éste por el art. 230.2 LSC ya ha sido autorizado!

<sup>96</sup> Supuesto que no es tan de laboratorio como podría parecer, porque imaginemos el caso frecuente de una sociedad familiar en que es administrador solidario uno de los hermanos, siendo apoderado general de la sociedad su cónyuge, quien a su vez es apoderado del administrador solidario.

Por todo ello, hay que rechazar el que frente al argumento del notario de que tras la reforma del art. 230 LSC debe revisarse la doctrina de la DGRN respecto a quién debe dispensar el autocontrato prohibido, la Resolución nos diga que *«cuando este Centro Directivo afirma que el poderdante no puede atribuir una facultad de la que carece se refiere al hecho de que sólo el principal, la sociedad, puede dispensar la situación de conflicto de intereses, sanando así la ausencia de actuación representativa que la misma implica conforme a la continua doctrina de nuestro Tribunal Supremo»*, ¡pero es que por el art. 230.2 LSC el otro administrador solidario —que no el poderdante, como dice la Resolución, porque éste es la sociedad—, siempre que el negocio no exceda del 10% del valor de los activos sí que tiene la facultad de salvar el autocontrato! Por supuesto, no el propio, pero sí el del otro administrador solidario.

Por último, debo introducir a mi juicio un matiz importante: podría decirse que si parto de que hay una laguna legal y que debe completarse por la aplicación del art. 230.2 LSC, su aplicación debe ser total, y por tanto también la del párrafo que reproduciendo el art. 162 LSC exige en todo caso autorización de Junta cuando el autocontrato o doble representación se refiera a una sociedad limitada y la transacción sea un préstamo, concesión de garantía y en general asistencia financiera<sup>97</sup>.

No obstante, rechazo esta visión, so pena de pecar de incoherente, ya que creo que el fundamento de esta norma no se encuentra en perseguir el autocontrato, sino en proteger el patrimonio de la sociedad, y que los recursos de ésta se destinen al desarrollo del objeto social, no desviándose para otros fines (favorecer a un determinado socio o administrador). Confirmándose esta conclusión de un lado, en que la norma habla de préstamos o garantías a favor de socios donde no hay autocontrato y deja fuera a los apoderados sociales; y del otro, en que no hay auténtica identidad de razón que nos permita acudir a la herramienta de la analogía desde el momento en que si un apoderado social o un administrador en nombre de la sociedad presta fondos a otro apoderado social nunca sería aplicable el artículo 162 CC, ni por tanto la necesidad de que la autorización procediera de la Junta general. Aunque es una cuestión discutible, y yo mismo hace aproximadamente un año defendí lo contrario<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Otra cosa es que se pueda criticar que para los préstamos, créditos, garantías y asistencia financiera no se pueda aplicar la regla general, y destaquemos que parece que el legislador se ha limitado a arrastrar sin más el art. 162 LSC, que a su vez se trasladó incólume de la LSL a la LSC, pero la realidad es la que es y el art. 230.2 LSC dice lo que dice. Tal vez podría justificarse este distinto trato en el carácter más *intuitu personae* que implica la sociedad limitada, sociedad por naturaleza cerrada, frente a la sociedad anónima (sociedad abierta), y entender que en las sociedades limitadas, dado que generalmente son sociedades pequeñas y familiares, es más probable que se den este tipo de préstamos de la sociedad a sus socios y administradores, por lo que su control debe ser más riguroso y garantista, puesto que mayor es el riesgo, como también en que la autorización se desvirtúe por el carácter no profesional y sí familiar del otro administrador solidario.

<sup>98</sup> PÉREZ RAMOS, C.: Comentario al artículo 234 Ley de Sociedades de Capital, página 1474.

En resumen, la Resolución de 28 de abril de 2015 conceptualmente se equivoca, pero acierta cuando confirma la calificación rechazando la inscripción del poder porque se autorizaba el autocontrato por los dos únicos administradores solidarios, pero no porque se autorice por éstos, sino porque debería haber exigido para admitirla que la autorización incluyera cualquier autocontrato, múltiple o doble representación siempre que la transacción no exceda del 10% del valor de los activos.

### 3.4.2. *El problema de la sanción de autocontrato prohibido*

De nuevo estamos ante una cuestión muy compleja, ya que para algunos<sup>99</sup> nuestro Código Civil no contempla qué consecuencias jurídicas producirá el autocontrato prohibido, aunque como luego veremos esto, a la luz del artículo 1.259 CC no es del todo cierto; y sobre todo porque se ha debatido intensamente que sanción aplicar al autocontrato prohibido<sup>100</sup>, ofreciéndose por la doctrina distintas opciones, teniendo en cuenta que decantarse por una u otra tiene trascendencia a los efectos de la prescripción de la acción, la legitimación activa y sobre todo de la sanación del vicio padecido.

Las distintas propuestas que nos ofrece la doctrina oscilan de un lado entre los que consideran que el negocio jurídico afectado por autocontrato, doble o múlti-

<sup>99</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Eficacia e ineficacia del autocontrato*. Anuario de Derecho Civil, tomo LXVI, 2013, página 1036, quien destaca que por el contrario los arts. 1394 y 1395 *Codice Civile* establecen la sanción de anulabilidad para los negocios jurídicos celebrados por el representante, incurriendo en conflicto de intereses o en autocontratación no permitida. También dispone la anulabilidad de tales negocios el artículo 261 del Código Civil portugués. Al igual que en el Derecho español, tampoco establece el § 181 BGB ninguna sanción. Sin embargo, la doctrina interpreta que el precepto establece una limitación del poder del representante y, en consecuencia, el acto realizado sin su autorización (es decir, extralimitándose del poder de representación) no sería nulo, sino ratificable por el *dominus negotii*. véanse Heinrichs, H., «§ 181», en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 1995, p. 175; Flume, W., *El negocio jurídico*, op. cit., p. 944.

<sup>100</sup> Cuando hablamos de sanción del autocontrato prohibido nos estamos refiriendo a su posible ineficacia. Para lo que debemos aclarar que, a la luz de nuestro Código Civil, la ineficacia del contrato en sentido amplio se da cuando dicho negocio no produce los efectos previstos por sus autores. Lo que puede producirse por ser el mismo inválido o por ser ineficaz en sentido estricto. El contrato será inválido cuando su ineficacia se deba a motivos estructurales o intrínsecos al proceso formativo del negocio jurídico contractual. Es decir, el contrato durante su formación y antes de su perfeccionamiento o durante éste padece irregularidades.

Presentando la invalidez dos modalidades o, mejor dicho, dos modos de producción: la nulidad y la anulabilidad. Y el contrato será ineficaz en sentido estricto cuando su falta de efectos tengan origen en motivos extrínsecos al proceso formativo del negocio. De manera que el contrato nace sin irregularidades que lo vicien o lastren, pero la ley contempla que las prestaciones previstas por los contratantes no se ejecuten o se supriman por alguna razón justificada, por ej., la resolución, la extinción del contrato por mutuo disenso, y la rescisión, ya que nuestro art. 1290 CC recoge la rescisión como un caso de ineficacia con validez.

Atendiendo a la distinción anteriormente expuesta, parece claro que estaremos en presencia de una invalidez y no de una ineficacia en sentido estricto, toda vez que el contrato celebrado por el representante padeció en su perfección irregularidades, ya que se consintió por una sólo voluntad, existiendo conflicto de intereses no salvado por el representante.

ple representación prohibida es inválido, debatiéndose en qué clase de invalidez debe ser adscrito: ya sea nulo de pleno derecho, o anulable, o un negocio incompleto<sup>101</sup>; y del otro los que sostienen que no da lugar a un negocio inválido y por

<sup>101</sup> Nuestro Código Civil, en los arts. 1.300 y ss., únicamente acoge las categorías tradicionales de nulidad y anulabilidad y no la de negocio incompleto que podría apoyarse en el art. 1.259 CC. Respecto a las dos primeras hay que partir de la idea de que la elaboración de la llamada doctrina bipartita de las nulidades corresponde al derecho y a la doctrina italianas y alemanas, y se basa en distinguir entre la nulidad y la anulabilidad; cada una con distintas características, efectos y causas que las motivan.

En todo caso, lo primero que hay que resolver es si la regulación de nuestro Código Civil responde a la doctrina bipartita de las nulidades o ¿se trata de una creación artificial de la doctrina que ha pretendido imponer las categorías de nulidad y anulabilidad creadas en el derecho italiano y alemán forzando nuestros textos legales? Pues bien, como nos dice CLAVERÍA GONSÁLBELZ (*Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato. Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Coordinado por DELGADO ECHEVERRÍA, Cizur Menor, Navarra 2007, pp. 59-88), nuestro Código Civil acoge la tesis bipartita, si bien es cierto que, aunque distingue dos tipos de invalidez, los designa con la misma palabra (nulidad), exponiendo con cierta claridad las causas de la «anulabilidad», pero no las de la nulidad que han sido deducidas de varios preceptos por la doctrina y la jurisprudencia.

No obstante, partiendo de la base de que nuestro CC acoge la teoría bipartita de las nulidades, lo cierto es que la doctrina moderna pone de manifiesto que lo hace de una manera imperfecta, criticando tres aspectos:

1.º Nuestra legislación admite excepciones a este régimen general: Y así, se admite que hay caso de contratos nulos que pueden ser sanados, por ej. el art. 1259.2 CC, o casos de nulidad de pleno derecho que sin embargo no dan lugar a una invalidez con carácter retroactivo, como ha ocurrido con la STS de 9 de mayo de 2013 con relación a las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios declaradas nulas, o el caso del art. 1322.1 CC, en que la acción de anulabilidad puede ser ejercida por quién no fue parte del contrato (el cónyuge cuyo consentimiento se omitió).

2.º Parece que en ocasiones el legislador ha ido calificando los distintos casos de invalidez sin atender a categorías conceptuales prefijadas, sino buscando distinguir en los «efectos», así sucede por ejemplo con el caso de la disposición de un bien ganancial por un cónyuge sin el consentimiento del otro que sí es a título oneroso es anulable (art. 1322.1 CC) y si es a título gratuito es nulo (art. 1322.2 CC) cuando el motivo que origina la invalidez es el mismo.

3.º Por último, el problema de los supuestos de invalidez atípicos. Nos referimos a aquellos casos de actos o negocios que se saben que son inválidos, pero no la calificación que deben recibir. Como el autocontrato, o los negocios realizados por los padres o tutores en representación de menores o incapaces sin autorización judicial, o negocios faltándoles una *conditio iuris*.

En estos casos algunos proponen considerar cuál es el interés jurídico protegido. De manera que si está en juego un interés público, la sanción debe ser la nulidad de pleno derecho, y si lo que está en juego es un interés de los particulares, la sanción será la anulabilidad, ya que parece más conforme a la protección del interés de los particulares el que éstos puedan decidir si instan o no la ineficacia del negocio, el que puedan consentir que produzca efectos el negocio aún siendo inválido, y el que dado que la invalidez por la doctrina de la *cadena de nulidades* que es también aplicable al negocio anulable va a perjudicar a terceros, con merma a la seguridad jurídica se permita esta posibilidad durante un plazo limitado de cuatro años.

Otros, en cambio, defienden que a falta de que la Ley expresamente sancione con la nulidad de pleno derecho lo que se debe presumir es el efecto más débil y el que es más conforme con el *favor negoti*; es decir: la anulabilidad. Aunque otros contestan que el CC dice lo que dice y en el art. 6.3 CC presume la nulidad de pleno derecho, salvo que, como dice dicho artículo, «se prevea un efecto distinto para su contravención».

Realmente en lo que la doctrina moderna parece coincidir es que la nulidad de pleno derecho con sus efectos de imprescriptibilidad, retroactividad, y sobre todo no susceptible de sanación se debe reservar a aquellos casos en que el contrato haya vulnerado una norma imperativa que esté protegiendo un interés público, como la protección de los menores o incapacitados, pero cuando lo protegido sea un interés de los particulares, de los contratantes sin más, parece sensato limitar los



supuesto ineficaz, sino que es una hipótesis que se debe reconducir a la figura del abuso del poder<sup>102</sup>.

Entre los que defienden que el contrato infectado de autocontrato prohibido es inválido y, por consiguiente ineficaz, se debaten diversas opciones:

Algunos consideran que estamos ante un negocio nulo de pleno derecho. Esta conclusión se apoya en dos posibles líneas de argumentación. De un lado se dice que estamos ante un negocio nulo (aunque también podría calificarse de inexistente) porque en el contrato ejecutado, dado que concurría un autocontrato o doble representación prohibida por la ley, no se forma correctamente el consentimiento, es decir, para que el representante pudiera válidamente obligar con su declaración al representado, puesto de concurrir conflicto de intereses era necesario que el mismo se hubiera salvado por el primero, de manera que al no hacerlo se podría decir que el consentimiento contractual fue inexistente, faltando uno de los requisitos imprescindibles para la existencia del contrato, tal y como exige el conocido art. 1.261 CC.

Del otro, no se detienen en discutir si hay o no consentimiento, o un simple vicio en el mismo (que podría llevar a calificar el supuesto de hecho como de anulable), sino simplemente se recalca que se celebró un contrato incumpliendo normas imperativas, que serán bien los preceptos que aisladamente regulan casos de autocontrato prohibidos, o bien para aquellos casos no expresamente regulados, la vulneración de un principio general de carácter imperativo (el deber de diligencia e imparcialidad del representante, o la interpretación restrictiva de los poderes que en principio sólo se entienden concedidos para contratar con terceros), y esta vulneración da lugar a un acto antijurídico para el que el art. 6.3 CC prevé, a falta de sanción específicamente prevista en las leyes, la de la nulidad de pleno derecho.

Otros, en cambio, prefieren hablar de que el autocontrato prohibido lo que origina es un contrato anulable<sup>103</sup>. Esta tesis tiene a su favor que se ajusta con la

efectos tan radicales de la nulidad. Y para conseguir esta finalidad la doctrina moderna propone tres caminos: El de aplicar la anulabilidad a los casos dudosos (GORDILLO CAÑAS, *Nulidad, anulabilidad e inexistencia. El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la Primera y la Segunda Codificación*, Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil, tomo I, Madrid, 1990); el de reconocer que estamos ante un caso de nulidad de pleno derecho, pero al que no se tienen que aplicar sin más todos sus efectos, sino que éstos se modularán o flexibilizarán según los intereses en juego, que es la teoría de PASQUA LIAÑO (*Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid, 1997) y la que parece inspirar al TS cuando en la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013 de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios, aunque reconoce que son nulas de pleno derecho, no ordena la devolución de las prestaciones con carácter retroactivo. Y por último, a través de la figura del negocio incompleto que más adelante se examina.

<sup>102</sup> FEÁS COSTILLA, J.: Reivindicación del autocontrato. Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez/coord. por Ángel Valero Fernández-Reyes, Antonio Pérez-Coca Crespo, Leonardo B. Pérez Gallardo; Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), vol. 2, 2013, págs. 1195-1252.

<sup>103</sup> DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M.: *El autocontrato*, op. cit., pp. 165 y ss., entiende que la



idea que en el autocontrato no se protege ningún interés general, sino, como dice la STS 20 noviembre de 2001, *intereses exclusivamente privados*; y el funcionamiento y el fundamento de la anulabilidad encaja precisamente con la protección de estos *intereses privados* por tres razones: El titular de esos intereses (el representado) puede decidir, según le interese, si impugna el negocio o lo deja tal cual; en segundo lugar porque puede confirmarlo y en tercer lugar porque no se sujeta al tercero a un plazo excesivo de incertidumbre sobre si se ejercitará la acción.

Es defendida por un sector importante de la doctrina como CLAVERÍA y ALFARO, y es la prevista en el derecho italiano, en el proyecto de Código Civil Europeo, y proyecto de reforma del libro IV CC; y el art. 24 Ley de Cooperativas, y las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre 2001 y 8 de octubre 2012. Aunque tiene el inconveniente, como recalca ESTRUCH<sup>104</sup>, de que obliga a tener que actuar al representado que, o bien interpone la demanda de anulación frente al negocio jurídico realizado indebidamente en su nombre por el representante, o verá cómo dicho negocio queda confirmado por el mero transcurso del tiempo. Más aún, el negocio jurídico anulable hasta que recaiga la declaración judicial de nulidad despliega la totalidad de sus efectos entre las partes del mismo (en este caso, entre el representante y el *dominus negotii* que no autorizó al primero para autocontratar). Por ello, producirá también las consecuencias fiscales que le sean propias, y el representado (que no autorizó el negocio jurídico) resultará sujeto pasivo de los impuestos que graven el negocio, en especial del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados que, de entenderse que el negocio es simplemente anulable, se devengaría en el momento de su perfección por el representante sin autorización para autocontratar (arts. 2.1 y 49.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

Por otra parte, aun cuando se admitiera que el plazo para el ejercicio de la acción de anulación fuera de cuatro años, por ser el establecido con carácter general para todo tipo de anulabilidad, no parece claro el *dies a quo* de este plazo. ¿Desde cuándo debería empezar a correr el plazo para la interposición de la acción? ¿Desde la perfección del negocio jurídico por el representante, desde su consumación, desde que lo supo el representado, desde que cesó la representación?

sanción a este negocio jurídico debería ser la de la anulabilidad. En idéntico sentido se pronuncia RODRÍGUEZ PINTO, M. S., *Autocontratación y conflictos de intereses...*, op. cit., pp. 252, 260, 276 y 319, que entiende que puede establecerse una sanción general de anulabilidad para todos los casos en que se produzca autocontratación no permitida, tanto en el ámbito de la representación orgánica o voluntaria como en el ámbito de la representación legal, con la única excepción del caso contemplado para el tutor en el artículo 221.1 CC, que la autora entiende que debería sancionarse con la nulidad absoluta por obedecer la norma a otros principios que los restantes párrafos del mismo precepto (pp. 277 y ss.). También defienden la sanción de la anulabilidad BADENAS CARRIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, op. cit., p. 295; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., *Conflicto de intereses y comisión mercantil*, op. cit., pp. 227 y 240 para el autocontrato en general y para la autoentrada en la comisión mercantil, p. 293; y TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La prohibición de autocontratación...», op. cit., p. 166.

<sup>104</sup> ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: *Eficacia e ineficacia del autocontrato*. ADC, n.º LXVI-III, julio, 2013.

Además, añade ESTRUCH, de aceptarse la sanción de anulabilidad, el contrato se mantendría en una situación de incertidumbre jurídica durante un tiempo que, en ocasiones, podría ser excesivo. Y es que, asimismo, es evidente que la anulabilidad en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido para declarar la ineficacia de algunos contratos en los que concurren los requisitos esenciales previstos en el artículo 1.261 CC, pero adolecen de «*alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley*» (art. 1300 CC) y, por ello, como afirma RIVERO HERNÁNDEZ<sup>105</sup>, no se debería asimilar el negocio ratificable al negocio anulable, toda vez que el negocio anulable posee todos los elementos esenciales, aunque alguno de ellos esté viciado, mientras que el negocio realizado por una persona sin poder o sin poder suficiente para actuar en nombre de otra no está completo, le falta algo imprescindible y esencial: el consentimiento del *dominus*, que es lo que le proporcionará la ratificación posterior. Por ello, el negocio realizado por el *falsus procurator* no debería producir efecto alguno antes de la ratificación, ya que el negocio todavía está incompleto (a diferencia del negocio anulable, que produce todos sus efectos desde el mismo instante de su perfección); y, además, el negocio ratificable no debería precisar de impugnación para que no resultara afectado el *dominus negotii*.

Finalmente nos encontramos con la tesis del negocio incompleto, que es una extraña figura a medio camino entre la nulidad y la anulabilidad. El negocio incompleto sería un negocio en fase de formación que no se ha completado porque falta alguno de sus requisitos, pero que puede, en un momento posterior, ser completado surtiendo plenos efectos con carácter retroactivo entre las partes y sin dicho carácter respecto a los terceros de buena fe, a quienes no perjudicará<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Naturaleza y situación del contrato del «*falsus procurator*»», ADC, 1976, pp. 1071 y 1134 y ss., señala también el profesor RIVERO que la celebración de un contrato en nombre de tercero sin poder o excediéndose del poder conferido es una suerte de negocio incompleto, imperfecto o en vías de formación, parte de un cierto camino negocial todavía no concluido, pues falta que recaiga el consentimiento del *dominus negotii* para que el negocio se perfeccione y pueda producir efectos. En tanto negocio todavía incompleto no puede producir los típicos efectos negociales del negocio concreto, como si su *iter* estuviera acabado (lo que no impide que pueda producir algún otro efecto menor), efectos negociales completos que, por el contrario, produciría si se entendiera que este negocio celebrado sin poder de representación suficiente fuera meramente anulable. El mismo autor en «La representación», *op. cit.*, p. 329. véanse también Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; RODRÍGUEZ BOIX, F., «Comentario a la resolución de 2 de diciembre de 1998», *op. cit.*, p. 417, y ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss., donde estudia las diversas teorías sobre el negocio concluido por el *falsus procurator* (nulidad, anulabilidad, eficacia condicionada, etc.) y entiende que la teoría más adecuada es la del negocio incompleto, imperfecto o en vía de formación. Un análisis exhaustivo de las distintas teorías sobre la consideración del negocio concluido por el falso representante puede verse en COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>, *La ratificación*, *op. cit.*, pp. 279 y ss., que considera el negocio ratificable como un negocio incompleto, en situación de pendencia, al encontrarse en vías de formación (p. 351).

<sup>106</sup> STS 12 diciembre 1989 y la Resolución DGRN 2 de diciembre 1998 (que ante un auto-contrato inscrito, entrada una anotación de embargo y luego ratificada por la Junta general hace prevalecer la anotación, por lo que es indiferente la buena o mala fe del tercero) sostienen que tiene la ratificación efectos retroactivos, sin necesidad de pactarlo expresamente, sin perjuicio del respeto de los derechos adquiridos entretanto por terceros.

Esta teoría tiene la ventaja de que como el autocontrato prohibido es nulo desde el momento de su celebración no surtirá efectos, pero esta nulidad no impide que en un momento posterior pueda ser sanado si se completa con el requisito que faltaba. Y se apoya no solo para el autocontrato, sino en general para la figura misma de negocio incompleto<sup>107</sup> en el art. 1259.2 CC que en el negocio celebrado por el *falsus procuratur* (representante que actúa sin poder o con poder insuficiente) parte que el mismo es nulo, pero admite la ratificación, lo que en teoría sería incompatible con la doctrina del negocio nulo que no admite su posible sanación.

Esta es la postura más extendida entre la doctrina<sup>108</sup> y que parece haberse acogido por la jurisprudencia<sup>109</sup>, aunque parece que no se atreve a emplear la denominación generalizada de negocio incompleto<sup>110</sup>, hasta el punto de que algunos prefieren calificarlo de *negocio ineficaz relativamente*, puesto que es ineficaz para el representado, aunque puede ratificarlo<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> La categoría del negocio incompleto se ha aplicado a algunos casos de contratos que faltan algún requisito como además del autocontrato no autorizado por el representado, a los negocios realizados por los padres y tutores sin autorización judicial en los casos del art. 166 CC y 271 CC.

<sup>108</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Eficacia e ineficacia del autocontrato*, ADC, n.º LXVI-III, julio, 2013, p.; TORRES ESCÁMEZ, S., «Revocación de poder y autocontrato...», *op. cit.*, p. 383; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La prohibición de autocontratación...», *op. cit.*, p. 5; FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, p. 944. Respecto de la representación orgánica, PRADES LÓPEZ, J., «Pólizas mercantiles y autocontrato», *op. cit.*, p. 237, señala que «es criterio común excluir del ámbito de la representación del administrador la posibilidad de «autocontratar» y, por tanto, es opinión también común entender que, si en el caso concreto, concurren los requisitos del «autocontrato prohibido», el administrador debe contar con la «específica autorización».

<sup>109</sup> SSTs 19 de febrero 2001, SSTs de 9 de mayo de 1994 y 23 de diciembre de 1997, y por la DGRN en Resolución de 11 de diciembre de 1997 y 2 de diciembre de 1998. Y siendo el autocontrato un negocio sin poder nos explica la STS 28 de diciembre de 2007 que «el contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto y la ratificación afecta al dueño del negocio, que puede o no aceptarlo para quedar obligado. La sentencia de 10 de junio de 2002 señala que el recurrente «ignora presupuestos de la dogmática jurídica en cuanto que la sanción del artículo 1259 CC, supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis —no acreditada, como se ha expuesto por la Sala «a quo»— celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo [...]». La sentencia de 26 julio 2001 dice que «[O]bviamente, en cuanto al primer aspecto, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 1259, porque este precepto recoge en su párrafo segundo inciso final la eficacia convalidante de la ratificación efectuada por la persona a cuyo nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, siempre que tenga lugar antes de ser revocado por la otra parte contratante, y si bien dicho precepto no recoge expresamente (a diferencia del art. 1727) la modalidad de ratificación tácita, esta posibilidad, que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación y que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1968 (cuando resulte de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del “dominus”), 22 de diciembre de 1977 (presuntivamente deducida), 25 de febrero de 1994 (deducida de datos objetivos de aprobación) y 18 de marzo de 1999».

<sup>110</sup> La Resolución de 13 febrero 2012 concluye que para el supuesto en que concurra autocontrato prohibido el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1.259 y 1.727.2.º del Código Civil). Es cierto que esta Resolución habla de nulidad, pero no es menos cierto que dice que será ratificable, por lo que encaja perfectamente en el molde del negocio incompleto, por lo que en realidad se están refiriendo a una misma cosa denominándola de manera diferente.

<sup>111</sup> Así, Díez-Picazo: *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, al comentar el art. 1259.2 CC.

Pero tal y como hemos anunciado, frente a los que sostienen que estamos ante un negocio inválido, y por tanto ineficaz, se alzan algunas voces que defienden que el autocontrato prohibido no provocará en principio la ineficacia del negocio ejecutado, sino que dará lugar a un caso de abuso de poder, que recordemos es una figura general de la teoría de la representación que implica que el apoderado ha actuado dentro de los límites del poder, y por tanto, en principio, el negocio consentido por el representante va a surtir efectos para el representado; aunque ello no impide que el abuso de poder carezca de consecuencias, puesto que el representante ha actuado contra los intereses del representado y por ello contra los fines del poder. Discutiéndose cuáles son estos efectos, ya que para la mayoría se limitan a que el representado que ha quedado perjudicado al resultar obligado por lo ejecutado por el representante pueda reclamar a éste el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por sus gestiones; no faltando algún autor de prestigio, como Díez-Picazo<sup>112</sup>, que añade al efecto anterior el que sea ineficaz el negocio estipulado por el representante con el tercero, cuando el mismo hubiera conocido o debido conocer el carácter abusivo del ejercicio del poder por el representante. Más adelante profundizaremos en esta idea.

Expuestas las diferentes posibilidades, es menester ahora proceder a su valoración. Ya hemos extendido sobre la mesa los diferentes ingredientes, ahora debemos depurarlos, para escoger el que mejor se ajusta a la verdadera naturaleza jurídica del autocontrato y sobre todo el que provocará efectos más justos<sup>113</sup>. A fin de cuentas, estamos hablando de efectos y de buscar un equilibrio entre los distintos intereses en juego; básicamente el del representado, que aspirará a que lo ejecutado por el representante no le vincule, y el del tercero, que pretenderá que se produzca esta vinculación y, en suma, que no arrastre la fuerza de la corriente provocada por la ineficacia.

Comenzaremos con la solución expuesta en último lugar para luego detenernos en los distintos tipos de ineficacias predicables del autocontrato ilícito.

**La teoría del abuso del poder** tiene la indudable ventaja práctica que permite modular sus efectos atendiendo a los intereses en juego, siempre claro está que sigamos la opinión expuesta por Díez Picazo, que permite incluso la ineficacia del negocio, o lleguemos a la misma conclusión por distinto camino, partiendo de la idea de que la esencia del abuso de poder es ser una manifestación más de la doctrina general del abuso del derecho; en este caso del derecho que tiene el representante de vincular con su actuación al representado. Y el art. 7.1 CC nos dice que la Ley no ampara el abuso del derecho y que el mismo dará lugar a la *correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*. Y esta indemnización, aplicando las reglas generales, debe ser en *especie* cuando no pueda ser *in natura*, y no podrá ser *in natura*, aplicando por analogía los arts. 1.295 CC y 1.124

<sup>112</sup> Díez-Picazo, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979.

<sup>113</sup> Como dice Vallet en afortunada máxima, *el Derecho es el arte de lo justo*.

CC cuando el bien no esté en poder de un tercero de buena fe a título oneroso, o también considerando que entre las medidas judiciales que evitan la persistencia en el abuso puede estar la nulidad del negocio.

Desde otro punto de vista, también reconozcamos que la solución del abuso del poder puede ser preferida no sólo por motivos prácticos, sino también teóricos, toda vez que la clave de toda la construcción del autocontrato prohibido es *el conflicto de intereses*. Pues bien, el conflicto de intereses equivale a *peligro de daño*, pero si el daño efectivamente producido es sancionable a través del abuso del poder, ¿cómo defender que el *peligro de daño*, esto es, el *daño en potencia*, tenga una sanción mayor que el *daño efectivo*? Y es que fácilmente estaremos de acuerdo con la idea de que el autocontrato prohibido una vez ejecutado funda su sanción en que se daña al representado. Lo que necesariamente nos debe conducir a recordar que con carácter general cuando el representante daña al representado el expediente previsto es el del abuso del poder.

Sin embargo, la tesis del abuso del poder dista de ser definitiva. No podemos olvidarnos de que el autocontrato se apoya en la existencia de prohibiciones legales concretas, a diferencia de lo que sucede con el abuso del poder, que es una figura construida en torno a la idea de la obligación que tiene el representante de perseguir el interés del representado y de la figura general del abuso de derecho reconocida en el citado art. 7.2 CC.

Además, el abuso de poder se basa en el que el representado ha actuado dentro de los límites del poder, pero contra los intereses del representado, mientras que en el autocontrato prohibido, por esencia, se desbordan los límites de la representación, puesto que el representante no está autorizado para autocontratar; y por esa razón se permite por la jurisprudencia (STS 22 diciembre de 2001) que autorizado el autocontrato pueda ser el negocio ejecutado, ser atacado por abuso de poder<sup>114</sup>, lo que justifica que la sanción al autocontrato no puede ser el abuso de poder porque si así fuera autorizado el autocontrato, y por tanto imposibilitada su sanción como tal ya no sería posible atacar el negocio por abuso. Como tal, siendo figuras próximas, no es lo mismo el abuso de poder que el conflicto.

Por otro lado, de clasificar el autocontrato como una hipótesis de abuso de poder se evitaría el control notarial y registral, lo que a mi juicio sería muy negativo, además de no tener sentido que el notario y el registrador, a pesar de ser

<sup>114</sup> Nos dice la citada STS 22 diciembre 2001, «aunque la jurisprudencia admite la posibilidad de autocontratación, a pesar de existir contraposición de intereses, es necesario que, en todo caso, el ejercicio de esa facultad de autocontratación se ejercite dentro de los límites de la buena fe contractual que impone el art. 1258 del Código Civil, evitando todo ejercicio abusivo de la misma (art. 7.2 del Código Civil), abuso claro y manifiesto con que la recurrente ejerció la facultad concedida habida cuenta no sólo de la desproporción existente entre el precio escriturado y el valor real de los bienes, sino también por la circunstancia de no resultar probado que ese inferior precio fuese real y menos aún que ingresase en el patrimonio de la actora».

instrumentos de la seguridad jurídica preventiva, pudieran autorizar e inscribir un negocio viciado de autocontrato<sup>115</sup>.

<sup>115</sup> No cabe duda, y así se hace en la práctica y resulta de la doctrina de la DGRN, que notario y registrador deben controlar el autocontrato. Así es doctrina reiterada de la DGRN (RR de 9 de julio de 2014 y 20 de octubre de 2015) que en la valoración de la suficiencia de las facultades del representante debe el notario hacer mención expresa a la facultad de autocontratar.

No obstante, respecto al control notarial, por algunos llegó a discutirse, o mejor dicho, se consideraba que la existencia de un autocontrato societario prohibido no impedía que el notario pudiera autorizar la escritura donde el mismo se contuviera, ya que el autocontrato celebrado por el administrador ha de recibir el tratamiento correspondiente a los actos neutros, es decir, aquél que en abstracto no puede saberse si es o no contrario al objeto social, sino que dependerá en cada caso concreto de la finalidad perseguida por el mismo, y además se decía que carecíamos de un precepto que en sede de sociedades prohibiera expresamente el autocontrato.

Sin embargo, la anterior tesis ha sido mayoritariamente rechazada. Fundando este rechazo en que la tesis contraria sólo tendría sentido si las facultades del administrador fueran omnímodas o generales; entonces su actuación sería válida, aún en el supuesto de autocontrato. Sin embargo, en nuestro Derecho, como dicen varias Resoluciones de la DGRN, el objeto social delimita el mínimo pero también el máximo de las facultades del administrador. Y sobre todo, en la premisa de que en un autocontrato prohibido el administrador no está realizando un «acto neutro», sino un posible acto contrario al objeto social. Además en su momento defendí que el notario ante un autocontrato ilícito debía negarse a autorizar incluso aunque admitamos que estamos en presencia de un acto neutro, ya que si el autocontrato prohibido es un acto neutro no supone ningún problema. ¿Y si fuera contrario al objeto social? En ese caso tampoco impediría su autorización, ya que el administrador puede vincular a la sociedad, incluso en los actos contrarios al objeto social. No hay que olvidar que la posición mayoritaria en la doctrina y en las Resoluciones de la DGRN es que el administrador únicamente no podría realizar los actos claramente contrarios o denegatorios del objeto social. De manera que el verdadero límite serían los actos denegatorios del objeto social, los que impliquen una modificación encubierta del mismo; ni siquiera basta con que puedan contradecir el objeto social, es necesario que de forma patente y frontal lo contravengan.

Lo que lleva a preguntarnos: ¿es el autocontrato un acto claramente contrario o denegatorio del objeto social? A lo que debemos responder que en principio no lo es; únicamente lo será en la medida que lo sea el negocio de que se trate. Es decir, lo denegatorio del objeto social es el negocio en sí, con independencia de quien sea su destinatario.

En definitiva, la razón por la que el notario debe negarse a autorizar no depende de que el autocontrato prohibido sea un acto neutro o contrario al objeto social, sino que se sustenta en que el administrador carece de facultades para contratar consigo mismo.

Es verdad que en contra de esta línea argumental se podría decir que también carece el administrador de facultades suficientes cuando ejecuta en nombre de la sociedad un acto no comprendido en el objeto social y el notario no sólo puede, sino que debe autorizar o intervenir el instrumento. Sin embargo, en mi opinión, hay dos diferencias: Primera, en la práctica, en ocasiones es muy difícil calificar un acto como claramente contrario al objeto social. Prácticamente es imposible imaginar un acto que de alguna manera no beneficie a la sociedad, salvo que implique una afrenta al objeto social de tal calado que conlleve una verdadera sustitución del mismo. Y la segunda, no tenemos que olvidar que la regla general es la recogida en el número primero del artículo 234, por el que son facultades suficientes de representación las que se dirigen a realizar un acto comprendido en el objeto social. De manera que cuando un administrador realiza un acto no comprendido en el objeto social habrá actuado sin facultades suficientes. Lo que ocurre es que esta regla general se exceptúa cuando intervengan terceros de buena fe y sin culpa grave. En este caso por ministerio de la ley se considera que el administrador podrá vincular la sociedad. Lo que se puede interpretar como un caso más de protección de la apariencia y de la buena fe de los terceros o como que las facultades suficientes del administrador varían según con respecto a quién se empleen; por lo que frente a la sociedad o los terceros de mala fe o no diligentes será siempre límite el objeto social.

Pero en todo caso, y es lo que quiero recalcar, de la ley se infiere el principio general que para que el administrador pueda representar a la sociedad debe tener facultades suficientes, y no las tiene



Además, la referencia al control notarial y registral y como el mismo se desenvuelve en la práctica nos puede suministrar un argumento para descartar que en el autocontrato prohibido haya abuso de poder, o al menos solo éste<sup>116</sup>. Me estoy refiriendo a que en el abuso de poder, por su propia naturaleza, el notario y el registrador carecen de los medios para conocer si efectivamente se está vulnerando el interés del representado, salvo que éste fuera notorio; de manera que mientras el control del abuso de poder debe ser *a posteriori*, y por tanto necesariamente judicial, en el autocontrato prohibido estamos ante el control preventivo de un posible perjuicio para el representado; toda vez que todo conflicto de intereses *per se* supone un evidente daño potencial para el representado. Es verdad que puede que finalmente no resulte perjudicado, pero el conflicto de intereses por su propia naturaleza evidencia un evidente peligro de daño que el Ordenamiento debe reprimir.

Descartado el abuso del poder debemos seguir con las restantes opciones propuestas por la doctrina.

**La nulidad de pleno derecho** tiene la ventaja que se ajusta al hecho de que existan concretas prohibiciones de autocontrato expresamente previstas por la ley y que de la mismas pueda extraerse un principio general represivo del autocontrato.

---

en caso de contratar consigo mismo, ya que una de las máximas de cualquier clase de representación es que el representante debe actuar en interés del representado.

En definitiva, el administrador que autocontrata carece de facultades suficientes y estará ejecutando un negocio incompleto, por lo que el notario deberá exigir la preceptiva autorización.

Esta conclusión se refuerza además por un argumento práctico, sistemático y teleológico.

En cuanto al práctico debemos preguntarnos: ¿Qué sentido tiene que a un administrador no le apliquemos la prohibición de autocontrato derivada del art. 1459.2 CC y si se lo hagamos con el director gerente o el apoderado general de la misma sociedad? ¿Acaso no podríamos interpretar que el precepto citado cuando habla de mandatario se refiere a cualquier «representante» incluido el orgánico?

Respecto al sistemático, no tendría sentido que la ley impusiera al administrador el deber de abstenerse cuando existe conflicto de intereses y, sin embargo, pudiéramos autorizar un autocontrato prohibido. Cuando por esencia para ser prohibido requiere la concurrencia de «conflicto de intereses». Es cierto que se podría decir que aunque el texto refundido de la ley de Sociedades de Capital impone el deber de abstenerse, su incumplimiento sólo afecta a la esfera interna. Sin embargo, lo mismo podría decirse de la asistencia financiera y parece claro que ante un caso de asistencia financiera el notario exigiría la preceptiva autorización de la Junta general.

Y por último, el teleológico. El régimen jurídico del autocontrato opera con carácter preventivo: propiamente no se trata de reparar un daño, que todavía no se ha producido, incluso no se sabe si se llegará a producir (ya que puede que la operación aunque incurra en autocontrato prohibido pueda ser útil a la sociedad), sino de prevenirlo. Lo que se conecta con una de las finalidades de la actuación notarial: proporcionar seguridad jurídica preventiva a través de uno de los atributos que mejor la definen, esto es, el control de legalidad.

<sup>116</sup> Es verdad que por definición en todo autocontrato prohibido concurre un abuso de poder, ya que el representado ha dado prioridad al interés propio o al de otro representado, pero ello no obsta que debe tener un tratamiento distinto y específico. Incluso la jurisprudencia nos ha dicho que aunque haya autorización del autocontrato, ello no evitará que se pueda atacar por abuso de poder.



Sin embargo, la postura de la nulidad de pleno derecho ha sido cuestionada por la doctrina, ya que es *distinto* el interés jurídico protegido en los distintos ámbitos. Mientras que en la representación legal prima una razón de orden público, como es la protección de menores e incapacitados, por lo que es defendible la nulidad absoluta; en la representación voluntaria y orgánica, lo que se trata es de proteger el interés particular del representado, por lo que no es tan justificable la defensa de la nulidad.

Además, como dice Díez-Picazo<sup>117</sup>, la tesis de la nulidad tiene dos inconvenientes prácticos: que impediría al representado ratificar y que permitiría reclamar la nulidad a cualquier persona, incluido el autocontratante, que es obvio que está vinculado por lo que ha realizado.

Respecto a la categoría del **negocio incompleto** tiene la ventaja frente al nulo de permitir la ratificación, pero tiene el inconveniente de que si no es ratificado adolecerá de un grado de invalidez asimilable, o directamente subsumible en la categoría de nulo, lo que supondrá negarle cualquier efecto, lo que puede resultar exagerado en el caso del autocontrato social en el que se está defendiendo un interés privado, cual es el de la sociedad de capital. Asimismo, al igual que el caso del nulo y del anulable, tendrá el problema del arrastre de la nulidad frente al tercero, incluso cuando sea de buena fe.

Además la figura del negocio incompleto, en cierta medida parece un *cajón de sastre* donde incluir todos esos casos híbridos que parecen que deben ser en todos sus efectos nulos, pero que se observa que, dados los intereses en juego, será deseable que puedan ser convalidados o subsanados<sup>118</sup>, lo que en principio parece contradictorio con la figura de la nulidad de pleno derecho.

Llegados a este punto creo que es conveniente detenernos a recapitular, para lo que propongo partir de unas ideas, unos puntos de partida, en los que probablemente todos estaremos de acuerdo: parece que en el autocontrato hay consentimiento, aunque sea incompleto, porque debería el autocontrato ser autorizado por el representado. Por otro lado, tampoco creo que nos genere escrúpulos el admitir que es razonable que la autorización del representado pueda ser posterior a la prestación del consentimiento por el representante, de manera que debemos descartar la categoría de la nulidad de pleno derecho e inclinarnos por la de la anulabilidad o la del negocio incompleto.

<sup>117</sup> Díez-Picazo, L.: *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979.

<sup>118</sup> En el fondo es similar a la idea patrocinada por Pasquau Linao (Nulidad y anulabilidad del contrato, Madrid 1997, págs. 33 y ss., 95 y ss., 172 y ss., 210 y 359 y ss.), para quien la tendencia expansiva de la anulabilidad se debe a la rigidez de la concepción bipartita, defendiendo un tratamiento más flexible de la nulidad cuando no sancione casos de oposición a la ley.

La teoría del negocio incompleto o nulo, pero sanable<sup>119</sup> a través de la ratificación, ha sido la que se ha venido imponiendo en los últimos tiempos. Así, la Resolución de la DGRN de 14 febrero de 2012 resulta que en el autocontrato prohibido estamos ante un acto «*considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó* (cfr. arts. 1.259 y 1.727.2.º CC)».

Esta tesis, frente a las demás, tenía hasta la reforma de la regulación del conflicto de intereses de dos mil catorce un importante argumento, casi decisivo: que era la única que tenía un auténtico apoyo legal; ya que el art. 1259 CC sanciona con nulidad el contrato consentido en nombre de otro por quien no tenía facultades para ello, que es precisamente lo que acontece en cualquier autocontrato, sea o no societario<sup>120</sup>.

No obstante, al menos aparentemente, tenía un problema conceptual, puesto que entre el primer inciso del párrafo segundo del art. 1.259 CC, que proclama que el contrato consentido a nombre de otro sin facultades suficientes será nulo, y segundo inciso de la misma norma que permite su ratificación parece haber una contradicción, porque por esencia lo nulo no es sanable y por tanto ratificable.

Sin embargo, por todos se reconoce que el autocontrato prohibido sea ratificable es algo lógico y deseable, porque en el fondo quién mejor que el propio representado para valorar el daño que el autocontrato le supone.

De manera que nos encontramos con una sanción de nulidad, pero que es ratificable, y ambas consecuencias parecen deseables y encajan con el autocontrato, ante lo cual, ¿cómo solucionarlo? Pues bien, acudiendo a la extraña figura del

<sup>119</sup> Hay cierta confusión con la categoría del negocio incompleto, como cuando la Resolución de 14 de febrero de 2012 concluye que en el autocontrato prohibido estamos ante un acto «considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1.259 y 1.727.2.º del Código Civil)». Lo cierto es que cuando la Resolución nos dice que es nulo realmente está pensando en la figura que la doctrina denomina «negocio incompleto», un negocio ineficaz entretanto no se ha convalidado a través de la ratificación.

Así, ESTRUCH ESTRUCH, Jesús (*Eficacia e ineficacia del autocontrato*, ADC, n.º LXVI-III, julio, 2013) evita llamar al autocontrato prohibido como negocio incompleto, pero le atribuye todos los efectos que le son propios, diciéndonos (pp. 1036 y 1037) «cuando el representante incurre en conflicto de intereses o autocontratación no permitida está celebrando un negocio para el que no tiene poder de representación y, por lo tanto, debería aplicarse el art.1259 CC, que prevé de modo expreso esta situación (...) el poder de representación que se tenga sobre una persona no autoriza con carácter general para ejercer las facultades representativas concedidas por el representado o establecidas por la ley incurriendo en conflicto de intereses o autocontratación. Así, el contrato celebrado por el representante sin tener la suficiente autorización podrá ser ratificado por el representado, pero si no lo ratifica no producirá ningún efecto, igual que cualquier otro contrato celebrado en nombre de una persona por quien no tiene poder (o no tiene poder suficiente) para vincular al supuesto representado.»

<sup>120</sup> En esta línea declara la DGRN, en su Resolución de 11 abril de 2016, «*como ha recalcado nuestro Tribunal Supremo, en situación de conflicto no existe poder de representación; en suma, no es un problema de suficiencia sino de existencia de poder de representación para actuar en un caso concreto aun cuando el representante ostente la facultad para el acto de que se trate (comprar, por ejemplo)*».

negocio incompleto; extraña porque en ninguna parte del Código Civil se cita y porque carece de una completa construcción doctrinal.

En el fondo, todo el problema procede de prejuicios que se arrastran de la tradicional concepción bipartita de las nulidades que condena al intérprete cuando se encuentra ante un negocio nulo a concluir que el mismo es insubsanable, ya que, como decía CASTÁN, *un enfermo puede sanar, incluso un muerto resucitar, pero no es posible que reviva lo que no ha nacido*. Sin embargo, frente a esta rígida postura se alzarón hace décadas voces que apoyándose en textos romanos y de Derecho Canónico defendieron que el negocio nulo se pueda sanar, es lo que se conoce como la *convalecencia del negocio nulo*, cuyo principal exponente es don FEDERICO DE CASTRO y que se basa en el axioma de que *admitiendo que la nulidad normalmente es definitiva, se reconoce la posibilidad y el hecho de que el Derecho positivo puede crear y crea figuras en que la nulidad se hace desaparecer, convalidándose el negocio, en suma, el negocio no habría muerto, sino que habría nacido con posibilidades condicionadas de vida, y a través de la convalecencia lo que se hace es que un nuevo hecho, al sumarse al supuesto que se consideraba nulo, le confiera validez*.

Y entre los supuestos en que es posible la convalecencia del negocio nulo, DE CASTRO incluye el caso de los negocios incompletos y en particular el recogido en el art. 1259.2 CC, por lo que aparece ya el término negocio incompleto y además vinculado al art. 1259.2 CC.

Por consiguiente, si emparentamos el autocontrato prohibido con la hipótesis de poder insuficiente recogida en el art. 1259.2 CC deberíamos concluir, siguiendo la fórmula propuesta por DE CASTRO en su obra cumbre «*El Negocio Jurídico*», que estaríamos ante un negocio nulo, pero susceptible de convalecencia a través de la ratificación.

Además, la teoría del autocontrato, como negocio incompleto tratándose de un autocontrato societario, tiene además a su favor otro argumento: el que autocontrato es uno de esos casos en que el legislador ha decidido atribuir a la Junta general o también a otros administradores el completar el consentimiento del administrador afectado, es decir, se tratará de un contrato que precisará, según el diseño de competencias entre órganos elaborado por el legislador, la suma de dos consentimientos, por lo que si solo concurre uno estaremos ante un negocio necesariamente incompleto.

Hasta aquí era el panorama, el abanico de posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales acerca del problema de la sanción del autocontrato, sobre la que tras muchos debates se iba imponiendo (más bien a los puntos) la teoría del negocio incompleto.

Pero cuando todo parecía claro llega la reforma de dos mil catorce con un gancho directo a la mandíbula: en el nuevo art. 232 LSC se dice que «*el ejercicio de*

*la acción de responsabilidad prevista en los artículos 236 y siguientes no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad».*

De manera que el legislador parece inclinarse por la anulabilidad, lo que por otro lado sería coherente con el art. 42 de la Ley de Cooperativas, que habla de anulabilidad, y recordemos que las cooperativas también se consideran en muchas ocasiones sociedades mercantiles, y además se ajustaría a la idea de que en el autocontrato no se protege ningún interés general, sino, como dice la STS 20 nov. 2001, «intereses exclusivamente privados», y el funcionamiento y el fundamento de la anulabilidad encaja precisamente con la protección de estos «intereses privados» por tres razones: El titular de esos intereses (el representado) puede decidir, según le interese, si impugna el negocio o lo deja tal cual; en segundo lugar porque puede confirmarlo y en tercer lugar porque no se sujeta al tercero a un plazo excesivo de incertidumbre sobre si se ejercitará la acción.

Pero la aplicación de la categoría de la anulabilidad al autocontrato también planteaba antes de la reforma y sigue planteando después importantes dudas, toda vez que las causas de anulabilidad están tasadas, ya que por el art. 6.3 CC en materia de actos jurídicos en general (y por tanto también para los contratos), la regla general es la nulidad, siendo la anulabilidad un régimen si no excepcional a lo menos especial<sup>121</sup>, por lo que no habrá anulabilidad cuando expresamente no se prevea, como lo demuestra el que cuando en las sucesivas reformas del Código Civil el legislador ha querido atribuir a determinados actos el carácter de anulables lo ha hecho expresamente (por ejemplo, arts. 293 y 1322 CC). Y entre las causas de anulabilidad no se incluye con carácter general el autocontrato, por lo que para que en cualquier autocontrato pudiera haber anulabilidad habría que reconducir el negocio consentido por la senda del dolo; esto es, sólo sería anulable el autocontrato cuando hubiera dolo del representante.

Es cierto que se podría contrarrestar este argumento con la idea de que da igual que las causas de anulabilidad sean tasadas porque el art. 232 LSC admite la anulabilidad en el autocontrato societario; pero esta conclusión es peligrosa porque supone reconocer distinta sanción al autocontrato en el ámbito societario y fuera de él, y además no evita el que se pueda aducir, y con razón, la existencia de una norma tan importante como el art. 1.259 CC, que ni siquiera está entre las normas del mandato, sino que es una de las contadas normas que en nuestro CC se dice que se refiere en general a la representación de cualquier tipo que ésta sea.

Por otro lado, la situación de autocontrato prohibido encaja de manera más confortable con la hipótesis del art. 1259.2 CC, que sanciona que nadie puede

<sup>121</sup> Además, no podemos olvidar que hay una tendencia en nuestra jurisprudencia, recogida en numerosas sentencias (SSTS 19 de octubre 1944, 27 de febrero 1964, 1 de febrero 1966, 31 de mayo de 1968, 27 de abril 1970, 30 de marzo 1972, 17 de octubre 1987, 10 de octubre de 2008, 18 de junio 2002, 24 feb. 2004, 23 septiembre 2006, 10 abril 2007).

*contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, y el autocontrato prohibido es un caso de falta de autorización para autocontratar. Así, en esta línea de identificar el autocontrato con una hipótesis de facultades representativas insuficientes y por tanto relacionarlo con el art. 1.259 CC se encuentra numerosa jurisprudencia y recientes Resoluciones de la DGRN, de 14 de febrero 2012, o la de 28 de junio de 2013, que declara «en la defensa de intereses contrapuestos es regla, confirmada por el artículo 267 del Código de Comercio, que sólo habrá poder suficiente si la persona de quien se reciben los poderes o facultades correspondientes da para ello licencia o autorización especial. En otro caso, el acto realizado sería considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó (cfr. artículos 1.259 y 1.727.2.º del Código Civil)».*

Pero llegado a este punto, ¿cómo podemos superar el que el art. 232 califique el contrato ejecutado en conflicto de intereses (que por otro lado es el requisito principal y el alma del autocontrato) como anulable y luego defendamos que el autocontrato societario prohibido sea un negocio incompleto del art. 1.259.2 CC?

A mi juicio, la solución es relacionar el art. 232 LSC y la figura del conflicto de intereses y el autocontrato con la teoría general de la representación. Se trata de ligar las siguientes ideas:

Estamos de acuerdo en que el autocontrato prohibido desde el punto de vista de la representación, es un caso de insuficiencia de poder del art. 1259 CC, es decir, es una figura que se debe relacionar con la de los **límites del poder**.

Sin embargo, la figura del conflicto de intereses tradicionalmente se ha relacionado con la del **abuso del poder**. Esto es, el administrador que contrata con uno de los parientes del art. 231 LSC o cuando uno de los administradores solidarios contrata con otro administrador solidario, actuando uno de ellos en su propio nombre y derecho, y el otro en nombre y representación de la sociedad, desde el punto de vista de los límites habrán actuado dentro de éstos, puesto que no han hecho uso de una facultad de la que carecen (como nos dice la RDGRN 11 abril 2016, referente al autocontrato: «no es un problema de suficiencia sino de existencia de poder de representación para actuar en un caso concreto, aun cuando el representante ostente la facultad para el acto de que se trate (comprar, por ejemplo)»). O como dice la RDGRN 3 agosto 2016: «el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del art. 1.259 CC».

En definitiva, el negocio ejecutado por el administrador en conflicto de intereses encaja con la figura del abuso del poder, ya que el administrador ha actuado dentro de los límites de sus facultades representativas, pero en contra de los intereses del representado, causándole daño.

Admitido que cuando estamos ante un conflicto de intereses estamos ante un abuso de poder se nos presenta un nuevo problema: el abuso de poder tradicionalmente se ha vinculado a la idea de que el negocio ejecutado es eficaz, aunque el representado tendrá derecho a ser indemnizado por el representante, mientras que la posibilidad de indemnización es acogida por el 232 LSC, pero además recoge la *anulabilidad*.

**¿Cómo encajar esta anulabilidad con la doctrina general del abuso de poder?** A mi juicio, debemos acudir a posicionar la doctrina del abuso de poder con la figura jurídica de la que procede, y ésta es el abuso de derecho, que por otro lado es el que le da sustento normativo, ya que el abuso de poder como tal no está expresamente regulado, y el art. 7.2 CC permite obtener al perjudicado una indemnización, pero también el que se adopten las medidas *que impidan la persistencia en el abuso* y, dada la gravedad del daño causado, estas medidas pueden exigir el que se restituya la situación anterior (vía art. 1.303 CC) a través de la anulabilidad del negocio ejecutado con abuso.

En conclusión, la posible sanción de anulabilidad se aplicará al conflicto de intereses que no suponga autocontrato, y esto es así, porque no se puede aplicar por analogía el art. 232 LSC al autocontrato, ya que aunque el conflicto de intereses tenga indudable identidad de razón con el autocontrato no hay una auténtica laguna legal en este punto, porque precisamente tenemos el art. 1259 CC.

#### 3.4.3. *Efectos frente a terceros del autocontrato inválido*

Concluyendo que estamos ante un negocio incompleto se nos plantea una cuestión más compleja, que es la relativa a los efectos del negocio afectado por autocontrato frente a los terceros. Dicho de otra manera, **¿el que el autocontrato sea declarado ineficaz por ser incompleto arrastra en su ineficacia a los terceros?** Imaginemos, por ejemplo, que se compra por un tercero de buena fe unas participaciones sociales de una sociedad y tiempo después por un titular anterior se pretende invalidar la venta alegando que en algún momento, en la cadena de transmisiones, hubo un autocontrato prohibido<sup>122</sup>.

La doctrina sostiene que quedarán perjudicados estos terceros. Es la consecuencia lógica, aunque demoledora, de reputar el negocio como incompleto y por tanto con una invalidez equiparable a una nulidad mientras no se sane, ya que

<sup>122</sup> No nos serviría el ejemplo en que se tratara de un acto inscrito por el juego del art. 34 LH, que quebraría la cadena de nulidades. Por ejemplo, una adquisición en autocontrato prohibido accede al Registro, y tras sucesivas transmisiones se pretende por el representado la declaración de nulidad de su transmisión y las posteriores. En cuanto al tercero que de él adquirió está claro que resultará perjudicado por la aplicación del art. 33 LH, que declara que la inscripción no convalida los contratos nulos, pero no en cambio los subadquirentes, para los cuales es evidente la aplicación del art. 34 LH.

tanto los negocios nulos como los anulables provocan el que se desencadene lo que se llama la *cadena de nulidades*, que arrastrará los negocios posteriores.

Sin embargo, esta posición consolidada, que podíamos calificar de canónica, creo que quiebra en el campo de los efectos. La ineficacia de un contrato en virtud del artículo 1303 CC origina un efecto contundente: las cosas deben recuperar el estado que tenían antes de celebrarse el negocio.

Pero esta restitución de las prestaciones justificada en la ineficacia del negocio es modulada o matizada por el Ordenamiento según el tipo de ineficacia ante el que nos encontremos, así en los negocios nulos o anulables perjudicará al tercero aunque sea de buena fe e inscriba, ya que, como sentencia el art. 33 LH, *la inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes*<sup>123</sup>. Pero tratándose de un caso de rescisión, la restitución de las prestaciones no perjudicará al tercero de buena fe, haya o no esté inscrito, tal y como resulta de la aplicación del art. 37 LH y sobre todo del art. 1295 CC».

Ante este panorama debemos preguntarnos ¿cuál es la razón de este distinto trato? Y la razón no puede ser otra que los intereses jurídicamente protegidos. En toda ineficacia nos encontramos con dos intereses legítimos, el del tercero a que el negocio celebrado produzca efectos, a que se confirmen las expectativas en las que él con buena fe confió y en cuya esperanza entregó su contraprestación; y el de la otra parte, la beneficiada por la ineficacia. En el caso de la nulidad y la anulabilidad la gravedad de la ofensa al ordenamiento jurídico es lo suficientemente grave para justificar que el interés del tercero deba sacrificarse en aras a la restauración del estado anterior a celebrarse el negocio viciado.

La rescisión, en cambio, no funciona así, el amparo al contratante que ha sufrido la lesión o al acreedor que se ve perjudicado por el fraude no es lo suficientemente importante para justificar que el tercero de buena fe quede desamparado.

Por todo ello creo que el acento no hay que ponerlo tanto en si el autocontrato es anulable o incompleto, o nulo, pero ratificable vía 1259.2 CC; creo que el verdadero problema son las consecuencias de la ineficacia frente a terceros de buena fe. Tanto si es nulo, como anulable, o como negocio incompleto, la doctrina coincide en que sus efectos son asimilables, como nos dicen DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN<sup>124</sup>, *conviene insistir en que la situación del negocio anulable, una vez anulado, y la del nulo de pleno derecho es absolutamente idéntica, y que la restauración primitiva procede en ambos casos en los mismos términos (...) de manera que salvo que el tercer subadquirente hubiera adquirido por usucapión*

<sup>123</sup> Por supuesto, no al tercer subadquirente, respecto al que su adquisición ya no estará fundada en negocio nulo o anulable, sin perjuicio de que fuera una adquisición a *non domino* puesto que el transmitente carecía del dominio que dijo transmitirle.

<sup>124</sup> En *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Editorial Dykinson, Madrid, 2005.



o a non domino vía 464 CC o 34 LH, estará obligado a la devolución de la cosa al dominus negoti, quedando resuelto su derecho.

O como puntualiza ALBIEZ DOHRMANN, sólo cuando no existen normas de protección o faltan los presupuestos para que el Ordenamiento jurídico dispense su protección a los terceros adquirentes, la repercusión de la nulidad adquiere plena eficacia. La nulidad en estos casos puede arrastrar a los demás contratos, de manera que el último también carezca de una causa de atribución patrimonial, debiendo tener entonces los efectos restitutorios en cadena propios de toda nulidad. Es decir, carecemos de una norma similar, art. 1.051 del CC argentino, que salva de los efectos de la nulidad al tercero adquirente de buena fe a título oneroso.

Ello no obsta para que la doctrina se haya preguntado si serán aplicables las excepciones en favor del tercero civil de buena fe previstos para la rescisión (art. 1.295.2 CC) y el pago de lo indebido (art. 1.897 CC). Concluyendo DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN<sup>125</sup> que no es posible, puesto que el art. 1.295 CC previsto para la rescisión parte de que su ratio pende de la calificación de válido que corresponde al contrato rescindible (art. 1.290 CC). En suma, los citados autores concluyen que el criterio general debe ser que «los posteriores adquirentes lo son de quien no es propietario (por ser su título inválido), y el propietario que dispuso inválidamente de la cosa podrá recuperarla de manos de los terceros».

Esta es la realidad. Pero sus efectos son demoledores, pensemos si no en el ejemplo que veíamos de quien compra unas participaciones sociales y se le pretende impugnar su adquisición alegando la existencia de un autocontrato anterior<sup>126</sup>. Y estos efectos son criticables, ya que ¿qué especial interés digno de protección tiene el representado que justifique que deba prevalecer sobre el del tercero de buena fe?, ¿acaso no son ambos particulares? Y es que la *cadena de nulidades* tiene sentido cuando el interés que se quiere amparar a través de la restitución por el tercero de la cosa recibida merece mejor consideración que el del tercero de buena fe perjudicado —por ejemplo, el de un menor o el de la vulneración de una norma imperativa, cuya ofensa justifica que se restaure la primitiva situación jurídica aunque sea a costa del sacrificio del interés de un tercero de buena fe—. Pero en el caso de autocontrato entre personas capaces no es así: tanto el interés del representado como el del tercero de buena fe son intereses particulares, que

<sup>125</sup> En *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Editorial Dykinson, Madrid 2005.

<sup>126</sup> Desarrollando esta idea, recordemos la RDGRN 13 feb. 2012, en la que dos administradores mancomunados intervienen en representación de dos sociedades, para actuar ambas como coprestatarias solidarias y una de ellas como hipotecante-codeudora. Pues bien, la DGRN niega la inscripción de la hipoteca por autocontrato que nos recuerda es nulo, vía 1259 CC. De manera que el escenario es demoledor:

— Si las Juntas de las sociedades tardan en ratificar puede colarse algún embargo, que será preferente a la hipoteca.

— Si la sociedad hipotecante se declara en concurso, el banco sólo tendrá un crédito ordinario para pedir la devolución de la prestación, perdiendo la garantía hipotecaria.

merecen idéntico trato, incluso el del tercero mejor, puesto que se trata de aplicar criterios éticos y de seguridad del tráfico.

Llevemos la materia al absurdo: Coincidimos en que el fundamento de la sanción aplicable al autocontrato prohibido, sea cual sea la que defendamos que debe aplicársele, debe ser la lesión o daño o peligro del mismo que encierra todo conflicto de intereses, y que su manifestación más evidente, si se quiere más burda, es cuando el representante vende cosa del representado que adquiere para sí por precio muy inferior al de mercado. Pues bien, si nos fijamos, el interés protegido sería el mismo que en la acción de rescisión por lesión *ultradividium* en Cataluña y Navarra. Recordemos que en Navarra en los contratos onerosos, podrá pedir la rescisión por lesión el contratante que hubiera sufrido una lesión en más de la mitad del valor real de la cosa. Y en Cataluña el art. 621-46.1 Código Civil de Cataluña nos dice que «el contrato de compraventa y los demás de carácter oneroso pueden rescindirse si la parte perjudicada prueba que, en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado de la prestación que realiza». Y en un caso y otro no surtirán efectos frente a terceros en Navarra porque nos dicen que es una acción personal, y en Cataluña, por su art. 324, «será aplicable a la rescisión lo dispuesto en el artículo 1.295 del Código Civil», por lo que no podrá reclamarse la cosa cuando el bien inmueble haya pasado a un tercero de buena fe a título oneroso (sea tercero hipotecario o tercero civil).

De manera que imaginemos un caso de una venta realizada por un administrador único de una sociedad a otra sociedad por él administrada y de la que es socio con su mujer, imaginemos que la vende por un precio irrisorio, beneficiando a la sociedad segunda, que a su vez vendió en escritura pública a un tercero que no inscribe.

Pues bien, si vamos por camino de doble representación prohibida, la nulidad arrastraría al tercero subadquirente civil; pero si vamos por la rescisión por lesión no les afectaría.

Pero es que, además, ¿de verdad tiene sentido que por el art. 1.738 CC si el representante falleció o revocó el poder el mismo quedará obligado frente al tercero de buena fe por lo ejecutado por el representante?, ¿o que el art. 286 CC obligue al comerciante por lo ejecutado por el factor notorio ¡aunque carezca de poder! Y, en cambio, ante un caso de autocontrato en que no hay mala fe del tercero<sup>127</sup>, defendamos que el representado no queda obligado, cuando podemos admitir, como dice la mayoría, que hay un poder insuficiente, pero poder hay, ¿acaso no hay apariencia?

<sup>127</sup> Reconozco que es muy difícil imaginar un caso de colisión de autocontrato y buena fe del tercero, salvo que se trate de terceros subadquirentes, ya que como el autocontrato está a la vista, no se esconde, siempre se puede decir que el tercero que directamente se relacione con el mismo pudo conocerlo. Por ejemplo, en caso de doble representación en un préstamo hipotecario, el tercero será el banco acreedor hipotecario.

No obstante, creo que es conveniente frenar el ímpetu argumental. Todo lo anterior está muy bien, pero la realidad es la que es, y en principio la nulidad o anulabilidad de un autocontrato perjudicará al tercero.

Pero en caso de la sociedad de capital y el administrador orgánico, la conclusión no es tan rotunda; más aún creo que hay una base sólida para defender lo contrario: Un camino sería el de analizar la relación del autocontrato o doble representación prohibida con el art. 234 LSC. En concreto: ¿supone un acto contrario al objeto social? La respuesta que se dé a esta pregunta tiene su importancia, ya que si el negocio fuese considerado contrario al objeto social, ello conllevaría el que la sociedad no quedaría vinculada no sólo con la otra parte contratante, sino también respecto a los terceros. Sin embargo, si es considerado un acto neutro, el negocio celebrado vinculará a la sociedad y a los terceros, sin perjuicio de que dará lugar a una responsabilidad del administrador frente a la sociedad. ¿Pero el autocontrato supone o no un acto contrario al objeto social? La doctrina se halla dividida entre los que consideran que autocontrato ilícito supone un acto contrario al objeto social y los que defienden que estamos ante un acto neutro.

La DGRN, en su Resolución de 13 de febrero de 2012, parte de la base de distinguir entre el objeto social como límite de las facultades representativas de los administradores y el autocontrato. Lo cual tiene sentido porque el autocontrato en sí mismo no supone un acto contrario al objeto social, lo contrario será el negocio en sí mismo, no el autocontrato. Pero la Resolución de 13 de febrero de 2012, al referirse al art. 234 LSC, nos dice algo más; dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no contrarios al objeto, *sino que exceden de la competencia legal de los administradores*. De manera que sin entrar a discutir si en el caso de autocontrato o doble representación se está o no ejecutando por el administrador un acto contrario al objeto social, para la DGRN la consecuencia práctica es la misma, porque desde el momento en que la DGRN concluye que se debe incluir dentro de la categoría actos contrarios al objeto social, también los que exceden de la competencia legal de los administradores, está considerando a los efectos del art. 234 LSC como acto contrario al objeto social, y por tanto que no vinculará a la sociedad (no sólo frente al autocontratante, sino también frente a cualquier tercero aunque sea de buena fe) los supuestos en que un administrador incurra en autocontrato prohibido o doble representación<sup>128</sup>.

<sup>128</sup> Además en esta línea se encuentra: El art. 74 ley de Cooperativas, que nos dice: «1. Cuando la cooperativa hubiera de obligarse con cualquier miembro del Consejo Rector (...) será necesaria la autorización expresa de la Asamblea General (...) y el contrato estipulado sin la preceptiva autorización *será anulable, salvo que sea ratificado por la Asamblea General. No obstante, quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe.* Y la propuesta de reforma del libro IV del Código Civil, elaborado por la Comisión General de Codificación, que nos dice: Artículo 1291. El representado puede anular el contrato concertado por el representante cuando haya un conflicto de intereses entre éste y aquél *que el tercero conocía o no podía ignorar.* / Se presume que hay conflicto de intereses cuando el representante ha contratado consigo mismo por su propia cuenta y cuando ha actuado a la vez como representante de otro.(...)».

Además esta Resolución nos está marcando el camino del argumento definitivo para sostener que, tratándose de un autocontrato societario que afecte a un administrador, su invalidez no perjudicará al tercero de buena fe.

Y en parte esta posibilidad ha sido potenciada por la reforma de dos mil catorce, aunque no de las normas sobre el conflicto de intereses, sino del art. 160 f) LSC cuando exige que la Junta general decida y autorice la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales, ya que esta norma supone el que se generalice como verdadero límite a las facultades representativas de los administradores las *competencias implícitas o no escritas*<sup>129</sup>, y que se incluya como límite legal a las facultades representativas de los administradores un supuesto mucho más frecuente en la práctica que el recogido en el art. 234 LSC<sup>130</sup>.

A la vista de esta situación tal vez deberíamos plantearnos si no debemos superar la concepción tradicional de que el ámbito de las facultades del órgano de administración se halla exclusivamente delimitado por el objeto social, puesto que esté es un límite legal más y ni siquiera el más frecuente. Y si hay más límites legales, entre los que incluiríamos el autocontrato prohibido, podemos concluir que el verdadero límite de las facultades representativas de los administradores se encuentra en el esquema de distribución de competencias diseñado por el legislador, en el que la prohibición de realizar actos evidentemente opuestos al objeto social sería un límite más, pero no el único.

<sup>129</sup> Esta doctrina, que tiene su origen en la jurisprudencia alemana, se basa en que los administradores vincularán a la sociedad por cualquier acto que ejecuten en nombre de ésta, salvo por aquellos actos que por su naturaleza, materialmente, de *facto* supongan realizar un acto para el que es competente la Junta general.

<sup>130</sup> El art. 234.1 LSC, que nos dice que «la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos». Por lo que en teoría el órgano de administración no tendría facultades suficientes para realizar cualquier acto no comprendido en el objeto social, debiendo recabar la preceptiva autorización de la Junta general.

No obstante, la cuestión no es tan sencilla porque en la jurisprudencia reiteradamente (entre otras RRDGRN de 11 noviembre 1991, 22 y 26 de junio 1992, 3 de octubre 1994, 25 de abril 1997, 17 de noviembre 1998, 10 de mayo 1999, 16 de marzo 2009 y STS 17 de abril 2008, 29 de julio 2010 y 13 de febrero de 2012 se impuso una *interpretación muy amplia de las facultades representativas de los administradores*, a través de una concepción *flexible* de lo que estaba dentro del objeto social y *estricta* de lo que estaba *fuera del mismo*.

Lo que ha provocado una travesía en dos direcciones: Primera, se amplían los negocios que debían entenderse comprendidos dentro del objeto social, incluyendo no sólo los actos que directamente desarrollaban o ejecutaban el mismo, sino también los que lo hacían indirectamente, los actos complementarios o auxiliares, los neutros o polivalentes (aquellos que si bien no se pueden en principio entender como contrarios al objeto social, tampoco son claramente favorables, como prestación de garantías), e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social.

Y segunda, se redujeron los actos que no se entendían comprendidos en el objeto social; no bastando con que no estuvieran dentro del objeto, era además necesario que fueran *claramente contrarios al mismo* (RRDGRN 11 noviembre 1991, 12 de mayo y 24 noviembre 1989), o como dice la STS 29 de julio 2010, «*claramente extravagantes y ajenos al objeto social*». Aclarado que las facultades representativas de los administradores únicamente están limitadas, como nos dice la Resolución DGRN 15 de octubre 2015 por los *actos denegatorios o contradictorios con el objeto social*, o como dice la STS 19 junio de 2009 (RJ 2009, 4449) por los *claramente contrarios*.

En el fondo se trata de un paso más en la tendencia iniciada en los últimos años que pretende corregir la atribución al órgano de administración del protagonismo exclusivo en materia de gestión y representación de la sociedad.

Y es que en los últimos tiempos se está observando una preocupación por resolver el conflicto de intereses entre los socios y quienes están a cargo de la administración de la sociedad, proponiéndose en beneficio de los primeros un reforzamiento de los deberes y responsabilidad de los administradores y una atribución a la Junta general de un papel, en algunos casos, relevante en materia de gestión.

Y esta formulación general de intervención de la Junta en actos de administración permite observar desde otro enfoque todos aquellos supuestos, como el autocontrato prohibido, ciertamente excepcionales, en que el legislador considera que no es suficiente la intervención de los administradores, sino que además es necesario la autorización de la Junta; y desde esta perspectiva todos estos casos diseminados a lo largo de la LSC adquieren unos rasgos comunes y una narración única.

En fin, el sistema diseñado por el legislador es un sistema en que *el órgano en principio llamado a la gestión y representación es el órgano de administración, pero en que determinados actos, atendiendo a su naturaleza o importancia, precisarán ser además aprobados por la Junta general o en el caso del 233 LSC por otro administrador*. Esta conclusión puede parecer algo exagerada, pero lo cierto es que es la que ha acogido la Comisión General de Codificación, en su Proyecto de Código Mercantil, en que en su art. 215-3, bajo la ilustrativa rúbrica «Ámbito del poder de representación de los administradores», en su número 1.º nos dice que «los actos realizados en nombre de la sociedad por los administradores con poder de representación, estén o no incluidos dentro del objeto social, obligan a la sociedad frente a los terceros, a menos que este Código atribuya esos actos a la competencia de otro órgano social». De manera que ya no deja dudas ni espacio a la imaginación: el objeto ya no es límite, y el verdadero límite es que el acto realizado en representación de la sociedad sea competencia de otro órgano, esto es de la Junta general.

Además este resultado ya inspiraba el art. 9 de la Primera Directiva Comunitaria sobre Derecho de Sociedades 68/151 CEE, y en la actual 2009/101 CEE, cuando en su primer apartado declaraba «la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos», por lo que destacaba que lo importante era que la ley en su diseño de distribución de competencias hubiera atribuido la misma al órgano de administración.

Pero estas conclusiones no solo son interesantes conceptualmente, sino además tiene una importante consecuencia práctica.

Si como he propuesto se deben estudiar conjuntamente todos los *límites legales a las facultades representativas de los administradores*, es lógico que busquemos entre ellos unos rasgos comunes que pueden justificar su sujeción a las mismas reglas; y sobre todo que nos permitan poder construir una teoría general de los límites legales a las facultades representativas de los administradores, con la que podremos completar las posibles lagunas existentes en la regulación de los distintos límites legales con los efectos previstos, y deducidos por la jurisprudencia para el caso paradigmático de delimitación de la competencia de los administradores en asuntos de gestión, cuál es el art. 234 LSC. Ya que, si idéntica es la problemática, idéntica debe ser la solución.

Siguiendo afirmaciones dispersas de la DGRN en múltiples Resoluciones (17 de noviembre de 1998, 20 de abril de 2005, 11 y 26 de junio y 8, 10, 27, 28 y 29 de julio de 2015, y 23 de octubre 2015, podemos construir la siguiente doctrina aplicable tanto a los actos vulnerando el art. 234 LSC como a cualquier otro en que el administrador no pueda actuar por sí solo, sino que necesite la autorización de la Junta general o del otro administrador con los límites del art. 230.2 LSC, incluido el que nos ocupa del autocontrato,

La idea clave es que en principio las facultades de gestión y representación de la sociedad de capital corresponde al órgano de administración, pero que hay determinados casos en que la competencia del órgano de administración no es exclusiva, sino compartida por imposición legal con la Junta general (o con otro miembro del órgano de administración en el caso del autocontrato del art. 230 LSC cuando la transacción no excede del 10% de los activos) por lo que si el administrador consiente el negocio en nombre de la sociedad, sin la necesaria autorización de la Junta, habrá actuado sin facultades para ello.

Por consiguiente estaremos ante un caso de actuación con poder insuficiente, que en el ámbito de la teoría general de la representación se regula en el art. 1259 CC, y esta norma concluye que el negocio será nulo, pero ratificable por la sociedad.

En definitiva, si un administrador celebra un negocio en nombre de la sociedad sin recabar la autorización de la Junta, cuando ello legalmente sea necesario, habrá actuado sin facultades representativas, o siendo más preciso con *facultades insuficientes*. Y en estos casos, ¿qué ocurrirá con el tercero? O planteada la misma pregunta de otra forma, preguntarse **¿los límites legales evitan incluso frente al tercero de buena fe que la sociedad quede obligada?**

Así sucede en la representación voluntaria en la que el representante sólo obliga al representado cuando actúa dentro de los límites del poder, toda vez que del art. 1.727 CC resulta que el representado debe cumplir todas las obligaciones que el representante haya contraído dentro de los límites del poder. En lo que el representante se haya excedido, no queda obligado el representado sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.



¿Y qué ocurre con la orgánica? En la orgánica existe un precepto, como el art. 234.2 LSC, que protege al tercero que de buena fe y sin culpa grave contrata con el representante orgánico que se ha excedido de su poder. Aunque lo cierto es que no protege a cualquier tercero, sino al de buena fe y respecto de *actos no comprendidos en el objeto social*, mientras que en los demás casos de límites legales a las facultades representativas de los administradores, incluido el autocontrato societario, la LSC guarda silencio.

Por lo que de nuevo se nos presenta un problema: **¿la protección de la buena fe del tercero prevista en el art. 234 LSC es aplicable a otros límites legales de las facultades representativas de los administradores, y en particular al autocontrato prohibido?**

Así lo creo, porque existe identidad de razón entre los distintos casos que hemos expuesto, en que el órgano de administración requiere autorización de la Junta, ya que en todos ellos los administradores —órgano por el art. 208 LSC en principio llamado a ejercer las competencias de gestión y representación de la sociedad— comparten las mismas con la Junta general.

Es cierto que algunos, cuando analizaban el art. 234 LSC, defendían que cuando se tratara de un acto claramente contrario o denegador del objeto social o que vulnera la doctrina de las competencias implícitas o no escritas de la Junta general estábamos ante límites legales a las facultades representativas del administrador y como tales eran oponibles a cualquier tercero, sin distinguir si era o no de buena fe. Pero esta tesis ha sido rechazada por la jurisprudencia, que al interpretar el precepto citado se ha inclinado por aplicar la protección al tercero de buena fe incluso a aquellos negocios realizados por los administradores que impliquen un acto claramente denegatorio u opuesto al objeto social; y así, entre otras muchas, la STS 31 de marzo 2006, la STS 19 junio 2009.

Y además es muy interesante la ya citada RDGRN 13 de febrero de 2012, que se refiere precisamente a un caso de doble representación, en la que se resume la doctrina de la DGRN sobre el art. 234 LSC y el objeto social como límite a las facultades representativas de los administradores, declarando expresamente «dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no tanto contrarios al objeto, sino que *exceden de la competencia legal de los administradores*», por lo que de manera clara está incluyendo dentro del art. 234 LSC *los actos que exceden de la competencia legal de los administradores*, y si se incluyen en dicho precepto es lógico que se sometan a sus consecuencias jurídicas y entre ellas a la protección del tercero de buena fe y sin culpa grave.

En esta misma línea nos encontramos con las numerosas Resoluciones de la DGRN (de 11 de junio 2015, (1.<sup>a</sup>) y 26 (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) de junio de 2015, 28 de julio 2015 y 29 de julio 2015 que han interpretado el nuevo apartado f) del art. 160 LSC y que han afirmado que se debe aplicar al mismo por analogía el art. 234.2



LSC y la protección que dispensa al tercero de buena fe, toda vez que nos dice que cuestión distinta a la falta de poder de representación del administrador que actúa sin la autorización de la Junta general es *«la relativa a la posible analogía que puede existir entre el supuesto normativo del artículo 160.f) y el de los actos realizados por los administradores con extralimitación respecto del objeto social inscrito frente a los que quedan protegidos los terceros de buena fe y sin culpa grave ex artículo 234.2 LSC»*, y concluye *«que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 234.2 LSC)»*.

Y además se apoya en una STS de 17 de abril de 2008, que ante un caso de acto claramente contrario al objeto social considera que prevalece *«la protección de terceros de buena fe y sin culpa ante el abuso de exceso de poderes de los administradores (art. 234.2 LSC)»*. Y esta última afirmación es importante puesto que vincula el art. 234.2 LSC y la protección que el mismo dispensa a los terceros de buena fe y sin culpa grave a la hipótesis del *«abuso de exceso de poderes de los administradores»*, y éste se da no sólo en los casos del art. 234 LSC, sino en los demás supuestos en que los administradores actúen más allá de sus facultades representativas (exceso de poder), puesto que requerían de la necesaria autorización de la Junta general.

E incluso la jurisprudencia ha dado preferencia a la protección del tercero en casos tan evidentes de falta de facultades representativas como cuando actúa por sí solo un consejero delegado mancomunado o un apoderado cuyo poder exigía su actuación conjunta con otro apoderado, incluso a pesar de que ambas circunstancias figuraban en el Registro Mercantil; y es que, como dice la STS 7 de octubre de 2014, *«esta apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicada por la ausencia del poder de representación»*, y como añade la de 18 de marzo de 1999), *«en el momento presente, pues se protege firmemente la confianza en la apariencia»*.

En definitiva, creo que debe darse un tratamiento unitario a todos aquellos actos o negocios en que los administradores compartan sus competencias de gestión y representación con la Junta general o con otros administradores en la hipótesis del art. 230.2 LSC, y por tanto, como únicamente el art. 234 LSC regula las consecuencias del negocio ejecutado por el administrador sin la autorización de la Junta cuando ésta es necesaria, aplicaremos estas por analogía a los demás casos, y entre ellos al autocontrato societario que afecte a un representante orgánico; entre ellos el caso del autocontrato del administrador y por tanto la sociedad quedará obligada frente a los terceros de buena fe y sin culpa grave.

No obstante, a pesar de su riqueza teórica, este debate reconozco que pierde ímpetu cuando se traslada a la práctica, dado que la aparición de un tercero de buena fe en el caso del autocontrato es complicada porque, toda vez que por el 234 LSC se exige buena fe diligente, todo tercero que conozca de la existencia del supuesto de hecho del autocontrato difícilmente podrá ser de buena fe, dejando

dicho carácter al que no formando parte de la relación jurídica viciada de autocontrato haya adquirido posteriormente algún derecho de quien por esa relación quedó beneficiado (por ejemplo, quien varias ventas después se ve sorprendido porque un antiguo titular de unas participaciones sociales reclama su propiedad alegando la nulidad de las sucesivas ventas por un original autocontrato prohibido, aunque en este caso podría alegarse a favor del tercero la aplicación del art. 464 CC o el 85 CCm<sup>131</sup>, ya que las participaciones sociales son bienes muebles y la posesión a la que se refieren estos artículos debe entenderse como el ejercicio de la condición de socio, por lo que si el comprador de buena fe adquirió de quien estaba ejercitando los derechos de socio frente a la sociedad podría alegar que la nulidad de un autocontrato anterior no le perjudica por el juego de la adquisición a *non domino* de la participación social sancionada en dichos preceptos)<sup>132</sup>.

Finalmente hay que tener en cuenta que no es que el administrador no tenga facultades para vincular a la sociedad si el tercero es de mala fe y las tenga cuando es de buena fe, sino que lo que significa es que en todo caso carecía de facultades, pero el legislador decide en aras a la protección del tercero, y para facilitar el tráfico, proporcionándole seguridad jurídica, que la sociedad quede en ese caso obligada. Y esta premisa es importante porque permite justificar que nazca responsabilidad del administrador frente a la sociedad.

**¿Y qué ocurre con el apoderado?** Es muy difícil dar una respuesta convincente a este caso.

<sup>131</sup> Reconozco que la referencia al art. 464 CC no deja de ser polémica, puesto que el mismo permite reivindicar al verdadero dueño, y por tanto evitar una *adquisición a «non domino»* a favor del tercero, cuando el transmitente lo era en virtud de una privación ilegal, y si se interpreta la misma en sentido amplio se incluiría también el autocontrato ilícito. Ello, no obstante, la interpretación expuesta del término *privación ilegal* no es unánime, no faltando voces y jurisprudencia que siguiendo el art. 2279 del Código Civil francés que utiliza la expresión *vol*, y que inspiró nuestro 464 CC, interpretan que donde dice *privación ilegal* debe leerse *robo o hurto*.

También plantea algunas dudas la referencia al art. 85 CCm, porque implicaría entender que la venta de participaciones es mercantil, lo cual es dudoso porque lo normal no son comprarlas para revenderlas tal y como exige el art. 325 CCm, ni tampoco son mercaderías.

<sup>132</sup> Creo que tiene razón MARIÑO PARDO, en su blog *iurisprudente*, cuando critica la STS 25 de noviembre de 2016. Nos dice que «la sentencia distingue el caso de la representación voluntaria, donde sí parece deducirse que el representante voluntario que celebre un autocontrato no autorizado se excedería del límite de su representación, del que los representantes orgánicos, con un ámbito de representación fijado legalmente (art. 234 LSC). Con esta base, y considerando que este ámbito de representación orgánica es “inderogable frente a terceros”, se entiende válida la actuación del administrador social que firma el pagaré, aun admitiendo que incurre en un auténtico caso de autocontratación. La referencia al tercero no incluye la exigencia de que sea de buena fe, lo que no parece que pudiera apreciarse en el caso de un autocontrato, conforme a lo dicho, pues la mala fe del representante orgánico debe extenderse a su representado, aunque el fundamento de derecho transcrito no profundiza en esta cuestión». Es cierto, no puede distinguirse según el tipo de representación porque en ambos casos el autocontrato prohibido es un límite de las facultades representativas de los representantes (sean voluntarios u orgánicos). Cuestión distinta es que se pueda aplicar al autocontrato del administrador, como proponemos, el art. 234 LSC, porque el autocontrato es un límite legal más a las facultades representativas de los administradores. Y por supuesto pueden aparecer terceros de buena fe, aunque nunca serán como en el caso de la sentencia la propia sociedad representada.

De un lado, está fuera de toda duda que el representante voluntario no puede vincular al representado cuando se excede de los límites del poder, siendo indiferente que el tercero con el que contrató el representante o cualesquiera posterior sea de buena o de mala fe. Y siendo el autocontrato un límite a las facultades representativas del apoderado, el negocio infringiendo su prohibición será nulo o incompleto por el art. 1.259 CC, por lo que por la cadena de nulidades el tercero debe quedar afectado.

Pero del otro está el que parece lógico que el tercero de buena fe no quede perjudicado por un autocontrato prohibido cuando se trate de un representante orgánico, porque si no lo va a estar cuando estemos ante un negocio ejecutado por el administrador que suponga un acto claramente contrario al objeto social, ni lo estará para la DGRN cuando se haya enajenado, adquirido o aportado un activo esencial del art. 160 f) LSC, ¿por qué tendría que quedar perjudicado cuando sea un autocontrato?, ¿acaso el autocontrato, al igual que el art. 234 o el 160 f) no es también un límite legal a las facultades representativas de los administradores?

Y siendo lo anterior sensato, ¿qué razón de fondo nos debe llevar a rechazar que se extienda la misma protección al tercero cuando se trate de un apoderado?, ¿no es más lógico buscar un régimen armónico en el autocontrato societario?, y es que ¿tal vez no deberíamos poner el acento más que en el tipo de representación en la patología que es el autocontrato?

Me es difícil dar una opinión sobre este tema, pero ante la encrucijada me decido por la primera. Creo que el tercero de buena fe se verá perjudicado por la nulidad del autocontrato del apoderado societario. Es verdad que es una solución que parece absurda desde el punto de vista del tercero, a quien le tiene que dar igual quién sea el representante, y mucho más cuando ese tercero es un subadquirente que ni siquiera adquirió su derecho directamente del apoderado autocontratante; pero la perspectiva del tercero no es correcta para resolver este problema.

La necesaria protección del tercero en ocasiones deslumbra o aturde al intérprete haciéndonos perder la perspectiva, debemos ver el bosque y no el árbol aislado. La protección del tercero de buena fe es importante, pero no lo es menos la protección del titular legítimo, más aún, la regla general es el *nemo dat quod not habet*, la protección del titular legítimo; y para que se proteja al tercero debe existir un precepto que lo ampare, porque si no debemos estar a la regla general, y en nuestro caso el precepto tuitivo del tercero solo existe en el caso de la representación orgánica.

Esta última idea debe ser completada: no es que yo crea que la protección de la apariencia no es un principio general del derecho<sup>133</sup>, sino que aunque lo sea está

<sup>133</sup> Pero realmente, ¿es la protección de la apariencia un principio general? No se trata de un debate meramente teórico, puesto que del mismo se desprenden al menos dos cuestiones prácticas importantes: si los casos recogidos de protección de la apariencia deben interpretarse amplia o estrictamente (si la protección de la apariencia es un principio general se interpretarán ampliamente

y en caso contrario de manera estricta) y si se pueden aceptar otros casos de protección jurídica de la apariencia además de los previstos legalmente (siendo la respuesta afirmativa en caso de tratarse de un principio general y la negativa en caso contrario), aunque, como veremos, la respuesta no es tan sencilla y debe ser matizada.

En contra de que sea un principio general se manifiesta FERRARA y una parte importante de la doctrina española como JORDANO BAREA, Miquel, o BUSTOS, defendiendo que simplemente estamos ante normas concretas que regulan casos heterogéneos. Apoyan esta postura esencialmente en dos tipos de argumentos:

1.º Que contradice el principio general de que *nadie puede ser privado de un derecho sin contar con su voluntad* (o de irrelevancia de los negocios respecto al patrimonio ajeno), reflejado en el brocado *nemo dat quod non habet* y sobre todo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, en el que es un principio que se apoya en el art. 1, 10 de la CE, y en el respeto al derecho de propiedad del art. 33 CE. Este principio —que MIQUEL denomina de autonomía privada— impide para este autor generalizar la protección de los terceros de buena fe.

Y reconocida la existencia —indiscutible— del principio de autonomía privada el siguiente paso que proponen, como dice JORDANO, es afirmar que es imposible reconocer el principio general de protección de la apariencia porque no son concebibles dos principios generales contrarios, por lo que habrá que partir de la existencia de un principio general que protege la seguridad estática y de puntuales excepciones previstas legalmente al mismo, que como tales se interpretarán estrictamente.

2.º Como dice BUSTOS PUECHE, la apariencia se protege en algunos casos, pero no en otros, y en estos últimos no se aprecian diferencias sustanciales con aquellos otros en que el tercero sí es protegido. Por ejemplo, el caso de pérdida o privación ilegal de la cosa mueble en el art. 464 CC, o quien adquiere de titular registral, pero no inscribe, etc.

A favor de que la protección de la apariencia sea un principio general se manifiesta parte de la doctrina italiana, la doctrina francesa y en nuestro derecho GORDILLO CAÑAS. Y es la tesis que nosotros acogemos, ya que si por principio general del derecho entendemos, siguiendo a don Federico DE CASTRO que son las ideas fundamentales o informadoras de la organización jurídica de la nación y que tienen la cualidad, como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, de trascender de un precepto concreto para organizar y dar sentido a muchos, es indudable que hay una multitud de normas (más de veinte) que protegen, en perjuicio del verdadero dueño, a quien de buena fe confía en la apariencia jurídica.

Pero es que, además, no solo es una cuestión de cantidad, sino de *calidad*, si tenemos en cuenta, como recuerda GORDILLO, que el tráfico mobiliario por el art. 464 CC, 85 y 545 Cdc, y el tráfico inmobiliario por el art. 34 LH *funcionan presididos por la protección del tercero de buena fe* y que los pactos entre las partes serán oponibles a los terceros desde que se documentan en instrumento público (arts. 1218, 1219 y 1280 CC).

Además es un principio general porque los argumentos de la tesis contraria pueden ser contestados:

1) No frustra su carácter de principio general el que, como dice BUSTOS PUECHE, la apariencia se proteja en algunos casos, pero no en otros similares, como por ejemplo en caso de pérdida o privación ilegal de la cosa mueble en el art. 464 CC, o quien adquiere de titular registral pero no inscribe, etc., porque este mismo argumento puede emplearse a *sensu contrario*; y lo mismo podría predicarse respecto del principio que ampara al titular legítimo (del *nemo dat quod non habet*) porque el derecho de propiedad del legítimo titular se protege cuando el *verus dominus* de la cosa mueble es privado de ella ilegalmente, y no en otros casos, o cuando se trata de un inmueble y no se ha inscrito. Y es que aunque las distintas normas que se dirigen a proteger la apariencia puedan tener diferencias entre sí (por ejemplo, que tratándose de un inmueble inscrito el tercero no solo de buena fe confíe en la apariencia que publica el Registro, sino que además inscriba su derecho), lo verdaderamente importante es que comparten un fundamento y sobre todo en ellas late la misma problemática y la misma solución: colisionan dos intereses legítimos, el del *verus dominus* y el del tercero de buena fe y el legislador ha decidido inclinarse por preferir al tercero.

2) Otro cantar es con la objeción de que colisionan con el principio de que nadie puede perder un derecho sin contar con su voluntad. Ello es también indiscutible, no podemos negar que existe tal principio, como tampoco que afirmar la existencia de ambos principios contradictorios (tal y

en colisión con otro principio, el de la protección del titular legítimo, por lo que la protección de la apariencia solo entrará en juego cuando exista una auténtica laguna legal y una auténtica identidad de razón que justifique la aplicación de la norma protectora del tercero. Y en el caso del autocontrato del representante orgánico se produce esa laguna, pero no en el del voluntario.

---

como nosotros hacemos) implique defender que pueden coexistir dos principios generales contradictorios.

Y es que así es, ya que, ¿acaso no se dice que existen los principios de quien ejercita un derecho no daña a nadie y el principio que prohíbe el abuso del derecho? O en derecho constitucional el ¿qué opone la libertad con la seguridad? (que en el ámbito del derecho privado, por ejemplo, se manifiesta en la normativa de blanqueo de capitales). El problema no es que coexistan dos principios contradictorios, sino cuál debe prevalecer.

Hay una clara antinomia entre el principio de la apariencia y de amparo del titular legítimo. El que colisionen en estos casos dos principios generales (el de que nadie puede ser privado de un derecho sin contar con su voluntad y el de quien adquiere de buena fe debe, apoyándose en la apariencia, debe ser amparado) hace que ambos se desactiven, o mejor dicho, que lo previsto en una norma pueda sin problemas extenderse por analogía a casos con los que comparta identidad de razón. En fin, hay un conflicto entre dos intereses legítimos, y al final corresponde al legislador decidir cuál debe ser primado, sin que deba entenderse que el que prefiera uno u otro supone atacar un principio general, sino que siempre podrá apoyarse en el contrario. Ello no significa que no sea posible proteger a ambos, pero necesariamente la titularidad del derecho se deberá atribuir a uno, aunque el que pierda en la pugna no quedará totalmente desprotegido porque tendrá derecho al resarcimiento económico o indemnizatorio (en especie).

Y además —y aquí está el verdadero nervio de la protección jurídica de la apariencia—, tan ético es proteger a uno u a otro. Al final es una decisión del legislador.

¿Qué consecuencias prácticas tiene nuestra tesis?

1) Que la protección jurídica de la apariencia, al ser un principio general, no debe interpretarse estrictamente en aquellos casos que expresamente aparezca recogido, y así no tiene que exigirse para proteger en el art. 1738 CC al tercero de buena fe que el mandatario sea también de buena fe.

2) Que la regla general debe ser la protección del titular legítimo y que nadie puede ser privado de un derecho sin contar con su voluntad, aunque eso no significa que cuando la ley prefiera al tercero estemos ante una norma excepcional que evite la analogía, porque dentro del ámbito que se le ha reconocido no es excepcional.

3) Que si ante un caso concreto que carece de expresa solución legal pugnan los intereses del titular legítimo y los del tercero de buena fe [como por ej., el nuevo art. 160 f) LSC] no podrá aplicarse sin más el principio de protección de la apariencia, sino que para preferir al tercero habrá que acudir a aplicar por analogía (siempre que exista identidad de razón) una norma concreta, por ej., el art. 234 LSC tratándose de un administrador y el 160 f) o el 286 CCm si es un factor mercantil y no si es un poder civil.

Ya que en este caso la laguna no se colmará acudiendo a un principio general, ya que esto no sería posible al enfrentarse con otro principio general de la misma extensión, sino a la aplicación analógica de una norma concreta de protección de la apariencia; permitiendo el que la protección de la apariencia sea un principio general el que la aplicación analógica del precepto que respondía a similar problemática no se niegue alegando que atenta contra el principio general del *nemo dat quod non habet*.

En conclusión, ante un caso no resuelto en que colisiona el titular legítimo con quien de buena fe confía en la apariencia, la protección de la apariencia no se puede aplicar directamente como principio general porque se enfrenta, anulándose al principio de *nemo dat quod non habet*, pero el que sea un principio general sí permite que se aplique por analogía una norma concreta que lo regule, resolviéndose el problema en virtud de la aplicación analógica de una norma legal, no de un principio, y por tanto debe tener un anclaje en un principio general.

Y es que la clave, a mi juicio, se encuentra en que es verdad que tanto en la representación voluntaria como en la orgánica el autocontrato es un límite a las facultades representativas del representante, pero mientras que en la orgánica ante otro límite legal el legislador opta por amparar en el 234.2 al tercero de buena fe y sin culpa grave, eso mismo no sucede en la voluntaria, donde no hay una norma como la citada, y sí como los arts. 1259 y 1727 CC, que son claros al respecto: el apoderado no puede quedar obligado cuando no haya poder suficiente, salvo el caso del art. 1738 CC (extinción del poder), o representación aparente como la del factor notorio del art. 286 Cdc.

#### 4. BREVE REFERENCIA AL CONFLICTO DE INTERESES

Este trabajo tenía por finalidad intentar *ahuyentar al dinosaurio*, que a veces parece el autocontrato, pero no puedo concluirlo sin una breve referencia al conflicto de intereses, teniendo en cuenta que me interesa aquél en que aunque haya conflicto no hay autocontrato, como sucede cuando un administrador solidario contrate con otro administrador solidario o un consejero o el consejero delegado con el Consejo de administración (porque es conflicto de intereses el que un administrador realice transacciones con la sociedad según el art. 229.1.a) LSC) o cuando un administrador único o solidario contrate con las personas vinculadas del art. 231 LSC<sup>134</sup>.

Me interesa especialmente preguntarme si **¿debe el notario y el registrador controlar el conflicto de intereses societario?**

En principio, la respuesta de la DGRN es negativa, considera que el conflicto anulable (que es el que deberían controlar notarios y registradores) exige un daño cuya comprobación debe hacerse en vía judicial<sup>135</sup>. No obstante, admite que debe

<sup>134</sup> Artículo 231. Personas vinculadas a los administradores.

1. A efectos de los artículos anteriores, tendrán la consideración de personas vinculadas a los administradores: a) El cónyuge del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. b) Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador o del cónyuge del administrador. c) Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador. d) Las sociedades en las que el administrador, por sí o por persona interpuesta, se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio.

2. Respecto del administrador persona jurídica, se entenderán que son personas vinculadas las siguientes: a) Los socios que se encuentren, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones contempladas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio. b) Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica. c) Las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios. d) Las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores, de conformidad con lo que se establece en el párrafo anterior.

<sup>135</sup> Los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el art. 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los arts. 227.2 y 232 LSC y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el art. 234 LSC.



controlarse cuando ese daño derivado del conflicto sea notorio. ¿Y en qué basa ese control? Dada la dificultad de sustentarlo en el daño, ya que éste, y sobre todo su intensidad, debe apreciarse en vía judicial (exige prueba), lo basa en una simple referencia al art. 234 LSC.

Lo que ocurre es que, siendo esta conclusión razonable, echo de menos alguna sustentación teórica.

Por lo que ya que a la DGRN no le apetece enfrentarse a fondo con el *dinosaurio*, lo tendremos que hacer nosotros.

Pues bien, propongo la siguiente construcción: cuando el conflicto de intereses sea grave, y esa gravedad sea notoria, se está poniendo de manifiesto no simplemente que exista un conflicto, sino que la concreta transacción pretendida, por las particulares circunstancias que la rodean, implica un acto claramente contrario o denegador del objeto social, para el que el administrador no tiene facultades, y por tanto el notario no podrá autorizar ni el registrador inscribir (por ejemplo, se me ocurre el caso de que un administrador solidario venda a otro a su esposa —casada en separación de bienes— por un precio notoriamente inferior al de mercado o en condiciones irrisorias o ruinosas para la sociedad). Y así la RDGRN 3 agosto 2016, «*los supuestos de conflicto de intereses y la relación de personas vinculadas a los administradores, que enumera el artículo 231, con carácter general, debe quedar sujeto al régimen de los artículos 227.2 y 232 de la Ley de Sociedades de Capital y su control ha de ser judicial, en el ámbito procesal en que se pueda ejercer el derecho a la defensa y llevar a cabo una prueba contradictoria, salvo que el conflicto sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 234 LSC*».

Por otro lado, **¿el conflicto de intereses es anulable por el art. 232 LSC?** Según la RDGRN 3 agosto 2016, «*desde una perspectiva general puede afirmarse que el acto realizado infringiendo el deber de lealtad pudiera tenerse por eficaz, desde el punto de vista representativo (dejando acaso la salvedad de supuestos en que del documento presentado resulte patente su nulidad) en tanto no se declare judicialmente su ineficacia, para lo cual parece que habría de concurrir también otro elemento, ajeno al juicio de suficiencia de la representación, como es el de la producción de un daño a la compañía, aunque en este punto cabe reconocer que la doctrina científica no se muestra unánime*».

La idea es que depende del daño causado por el negocio con conflicto de intereses; por ejemplo en caso de personas vinculadas del 232 LSC no siempre será anulable, como lo demuestra que si así fuera no podría recogerse en la Ley concursal como presunción de daño que justifique la acción de reintegración de los arts. 71 y ss., el celebrar dentro de los dos años anteriores al concurso negocios con personas especialmente vinculadas con el concursado, muchas de las cuales coinciden con las del art. 232 LSC, ya que, ¿qué necesidad habría de acudir a la acción de reintegración del art. 71 LSC cuando por tratarse de negocios consen-



tidos por el administrador de la sociedad, luego declarada en concurso, directamente serían anulables?

De manera que de nuevo estamos ante una graduación de la sanción que encaja perfectamente con la figura del abuso del derecho, que es el molde en que dar forma al conflicto de intereses. Y así la Resolución de 3 de agosto de 2016 nos dice que «*el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del art. 1259 CC*».

En fin, la idea es recurrente, el autocontrato, desde el punto de vista de la teoría general de la representación, es un límite a las facultades representativas del representante social<sup>136</sup>, mientras que el conflicto es un caso de abuso de poder y no de falta de poder, ya que cuando el administrador contrata con algún pariente de los del art. 232 CC no carece de poder para ello, por lo que está actuando dentro de los límites de sus facultades representativas, pero sí que puede vulnerar el interés del representado incurriendo en un abuso de poder, y ¿de qué dependerá? Pues como nos dice la citada Resolución de 3 de agosto de 2016, de la producción del daño a la sociedad.

Por tanto, si decíamos que la clave del autocontrato prohibido es el conflicto de intereses, el de este último es el daño. Y es la evitación del mismo el baremo que medirá la sanción evitable, por lo que si para poner fin al daño es necesario que el negocio afectado de conflicto sea inválido habrá que acudir a la anulabilidad.

Remedio fundado en la aplicación del art. 7.2 CC cuando regula el abuso del derecho, del que el abuso de poder es una modalidad y que permite adoptar las *medidas judiciales para evitar la persistencia en el abuso*, y entre ellas la anulabilidad.

Esta es la tesis que parece inspirar la Resolución de 3 de agosto de 2016, que sin embargo ha sido criticada por algún autor. Así, REDONDO TRIGO<sup>137</sup>, en un trabajo reciente, concluye que «el acto del administrador con infracción del deber de lealtad puede ser considerado como un acto o negocio ineficaz o irrelevante,

<sup>136</sup> REDONDO TRIGO, F.: (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, enero 2017, pp. 513-529) recuerda que la ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. El conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código Civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, porque en este caso la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y, como es sabido, el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase artículo 10 de la Directiva 2009, 101, CE del Parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009).

<sup>137</sup> REDONDO TRIGO, F.: (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, enero 2017, Pp. 513-529).

sujeto a la autorización o ratificación del órgano societario correspondiente (...), sin que la infracción y el negocio puedan quedar amparados dentro del ámbito representativo de los administradores». Y apoya su opinión en la crítica a que la Resolución vincule el conflicto de intereses con el art. 234 LSC, para de esta manera entender que no se le aplica el art. 1259 CC, resultado que niega este autor, ya que a su juicio la actuación del administrador afectada por el conflicto de intereses ha de configurarse como un supuesto de falta de poder, dentro del ámbito de aplicación de lo previsto en el art. 1259 CC, en base a que «el conflicto de intereses determina un vicio en la formación de la voluntad del representante que le impide realizar legítimamente determinados actos, en la medida en que carece de la *contemplatio domini* (...) el conflicto de intereses se sitúa en el contexto de las condiciones de carácter subjetivo que permiten el válido ejercicio del poder de representación. En realidad, se trata de una cuestión de falta de poderes de carácter general (se refiere efectivamente a todos los supuestos de representación, y no solo a los relativos al ámbito de las sociedades) que, no obstante, no altera la extensión objetiva de los poderes conferidos al órgano social de que se trate».

Y separa el conflicto de intereses del art. 234 LSC apoyándose en una interesante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997 —Coöperatieve Rabobank «Vecht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. —Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad —Países Bajos. Asunto C-104, 96 que dictamina que el régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68, 151, CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva —Traspuesta en nuestro Derecho de sociedades por el art. 234 LSC— tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, y es competencia del legislador nacional.

A pesar de su riqueza argumental no estoy de acuerdo con esta opinión, y además la veo muy peligrosa en el campo de los efectos, me parece más moderada y práctica la opinión de la Resolución de 3 de agosto de 2016, ya que de prevalecer la otra opinión siempre que hubiera conflicto de intereses faltaría poder y ni el notario podría autorizar ni el registrador inscribir.

Creo que el problema procede de la *extraña* relación entre autocontrato y conflicto de intereses, porque tal y como hemos analizado varias veces en este trabajo, no deja de ser curioso que el autocontrato tenga un régimen sancionador y tuitivo mucho más riguroso que el conflicto de intereses cuando el segundo es el alma, es sustento del primero.

Pero es así, y es lógico que lo sea porque la clave no hay que buscarla en el conflicto de intereses, sino en el peligro que el mismo encierra o por lo que se persigue, que es el riesgo de daño para el representado, y ese riesgo de daño es

evidente, cuasiobjetivo en el autocontrato y en la doble o múltiple representación y no en cambio en el conflicto de intereses, por eso el autocontrato es límite y el conflicto no lo es.

Otra cosa, que es lo que creo que subyace en las opiniones vistas, es que el conflicto de intereses traiga consigo un daño efectivo. Si es así, estaremos ante un claro abuso de poder que justificara una impugnación. Visto así se pueden matizar otras opiniones, como la de GARCÍA-VILLARUBIA<sup>138</sup>, quien sostiene que «la acción de anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con infracción del deber de lealtad aludida en el art. 232 LSC es la acción de nulidad del art. 1300 CC, que en particular encuentra su fundamento en la causa ilícita del artículo 1275 del CC de que adolecen esos actos o contratos por estar preordenados a ocasionar un daño ilegítimo (por resultar de la infracción de un deber derivado del contrato de administración y legalmente impuesto) a la sociedad o los socios».

De nuevo el error es declarar sin más la causa ilícita por el hecho de que exista conflicto de intereses, porque siendo cierto, que se ampararía en estar dichos actos preordenados a ocasionar un daño ilegítimo, la esencia es que efectivamente lo causaran y no simplemente como declara el que se produzca *la infracción de un deber derivado del contrato de administración y legalmente impuesto* a la sociedad o los socios. Por consiguiente, acierta la DGRN, para invalidar el contrato lo verdaderamente importante no es que exista un mero conflicto de interés que simplemente es una pista, un indicio de un posible daño, sino que efectivamente el daño se haya producido, lo que no se puede saber hasta un momento posterior, previa aclaración judicial de los hechos.

Tampoco tiene sentido la referencia al art. 234 LSC, está claro que el mismo no se aplica al conflicto de interés del administrador; y no se aplica porque el 234 es un límite a las facultades representativas de los administradores y el conflicto no lo es, puesto que es la manifestación del deber genérico de lealtad. Otra cosa es que la DGRN haya dicho que el conflicto de interés deba ser controlado por notario y registrador cuando «sea notorio y afecte al propio ámbito representativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 234 LSC». Pero el que afecte al ámbito representativo no supone una excepción a la teoría general, no es que si el conflicto de interés si es notorio se convierte automáticamente en límite. No es así, lo que pasa es que el conflicto notorio supone desde un punto de vista fáctico un acto que puede reputarse como denegador del objeto social.

En fin, es como al ser notorio migrara del ámbito del deber de lealtad al ámbito de los actos denegatorios del objeto social.

<sup>138</sup> GARCÍA-VILLARUBIA, Bernabé: «Las infracciones al deber de lealtad». El Derecho. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 35, 2015.

CARLOS PÉREZ RAMOS

## 5. BIBLIOGRAFÍA

**Copie de un libro y lo llamarán plagio, copie de dos o más y lo llamarán investigación.**

ARANGUREN URRIZA: *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, tomo II, Trivium, 1998.

ÁVILA NAVARRO: en *La sociedad limitada*. Tomo I. Constitución. Estatutos. Aportaciones. Participaciones. Junta general. Administración. Editorial Bosch.

CABANAS y BONARDELL: *Comentarios a la Ley de Sociedad Anónima*, Bosch, 1997.

CABANAS TREJO, R.: Capítulo III. Los deberes de los administradores: (Art. 225-232). Tratado de sociedades del capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital/coord. por Leticia Ballester Azpitarte; Pedro Prendes Carril (dir.), Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dir.), Ricardo Cabanas Trejo (dir.), vol. 1, 2017 (arts. 1 a 316).

CLAVERÍA GONSÁLBEZ: *(Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato. Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución)*. Coordinado por DELGADO ECHEVERRÍA, Cizur Menor, Navarra 2007.

DELGADO TRUYOLS, A.: «La doble o múltiple representación y el autocontrato: Delimitación de supuestos». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 39. Madrid, 2001.

DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN: *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Editorial Dykinson, Madrid 2005.

DÍEZ DE ENTRESOTOS FORNS, M.: «El autocontrato», Madrid, 1990.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el derecho privado*, editorial Civitas, Madrid, 1979.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: *Eficacia e ineficacia del autocontrato*, ADC, n.º LXVI-III, julio, 2013.

FEÁS COSTILLA, J.: *Reivindicación del autocontrato*. Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez / coord. por Ángel Valero Fernández-Reyes, Antonio Pérez-Coca Crespo, Leonardo B. Pérez Gallardo; Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), vol. 2, 2013.

- FERNÁNDEZ LOZANO: (*La representación*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo I. Personas. Volumen 3.º. 2.ª ed., Civitas, Thomson-Reuters, octubre 2015.)
- FUGARDO ESTIVILL, J. M.: *La contratación consigo mismo y el conflicto de intereses (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001)*. Revista *La Notaría*, del Colegio Notarial de Cataluña, núm. 1/2002, enero 2002.
- GARCÍA-RIPOLL MORTIJANO, M. (en el Comentario al art. 1459 CC, de los *Comentarios al Código Civil*, ed. Tirant lo Blanc.
- GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ: «Las infracciones al deber de lealtad». *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil* núm. 35, 2015 lanc.
- GÓMEZ CLAVERÍA: en *Comentarios a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de julio de 2006 (B.O.E. de 25 de agosto de 2006)* de la Revista *La Notaría*. Núms. 31-32, julio 2006.
- GORDILLO CAÑAS, *Nulidad, anulabilidad e inexistencia. El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la Primera y la Segunda Codificación*, Centenario del Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil, tomo I, Madrid, 1990.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ y DÍAZ MORENO: en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, tomo XIV, volumen 1º. A, Civitas, 1999.
- NAVARRO VIÑUALES, J. M.: «Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLI, editorial La Ley.
- MARIMÓN DURÁ, R.: «*La asistencia financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios, Administradores y otras Sociedades de su Grupo* (del art. 10 LSRL al Art. 162 TRLSC) 2.ª edición, editorial Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO: (*El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas*, «*Cuadernos de Derecho y Comercio*».
- OLAIZOLA: *El autocontrato en la constitución de sociedades mercantiles: una reconsideración de la jurisprudencia registral*.
- PASQUA LIAÑO, M.: *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid, 1997.

CARLOS PÉREZ RAMOS

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

PÉREZ RAMOS, C.: Comentario al art. 160 LSC. Tratado de sociedades del capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital / coord. por Leticia Ballester Azpitarte; Pedro Prendes Carril (dir.), Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dir.), Ricardo Cabanas Trejo (dir.), vol. 1, Aranzadi, 2017.

PÉREZ RAMOS, C.: Comentario al art. 234 LSC. Tratado de sociedades del capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital / coord. por Leticia Ballester Azpitarte; Pedro Prendes Carril (dir.), Alfonso Martínez-Echevarría y García de Dueñas (dir.), Ricardo Cabanas Trejo (dir.), vol. 1, Aranzadi, 2017.

RAMOS HERRANZ, I.: *La prohibición que pesa sobre los administradores (y los cargos de la más alta dirección) de utilizar su condición de administrador o el nombre de una sociedad mercantil para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas en el anteproyecto de código mercantil [art. 215-11.1]*. Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

REDONDO TRIGO, F.: (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. — Núm. 759, enero, 2017.

RIVERO HERNÁNDEZ: (*Elementos de Derecho Civil*, vol. III. Por J. L. Lacruz Berdejo, A. Luna Serrano y F. Rivero Hernández, Barcelona, Bosch, 1990.

RODRÍGUEZ PRIETO, F.: (*Poderes con facultades de autocontratación otorgados por administradores de sociedades mercantiles*. «Cuadernos de Derecho y Comercio». Número 53, junio 2010.

ROCA-SASTRE y PUIG BRUTAU: «La representación voluntaria en el negocio jurídico». Estudios de derecho privado. Volumen I. Editorial Aranzadi.

RUIZ-RICO RUIZ: en *Autocontrato Societario*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A. Madrid, 2002.

SEOANE DE LA PARRA, M.: *La autocontratación en materia de sociedades*, <http://www.registradoresdemadrid.org/revista/3/Cuestiones-Derecho-Mercantil/LA-AUTOCONTRATACION-EN-MATERIA-DE-SOCIEDADES.aspx>.

VENTOSO ESCRIBANO: *Constitución de Sociedades Anónimas*, Colex, 1991.

# **LAS ACCIONES DE DAÑOS ANTITRUST INTERPUESTAS POR LOS COMPRADORES INDIRECTOS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS DIFICULTADES PRÁCTICAS DERIVADAS DE LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS**

ELENA CRISTINA TUDOR<sup>1</sup>

*Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid  
Profesora Asociada del Departamento de Derecho Mercantil, Trabajo e Internacional  
Privado de la Uva*

## **RESUMEN**

Una de las cuestiones más debatidas en la aplicación privada del Derecho de la competencia fue la situación del comprador indirecto, debido especialmente a las dificultades que implica la cuantificación de los daños tras pasados aguas-abajo en una de producción/distribución de los bienes y servicios —la *passing-on*—. El artículo tiene como objetivo presentar estas dificultades, con especial referencia a la Directiva Europea 2014/104/CE y la experiencia estadounidense adquirida en la materia, la principal fuente de inspiración del legislador europeo.

**Palabras clave:** cuantificación de los daños antitrust, Derecho de la competencia, la regla del comprador indirecto, Directiva 2014/104/UE, *passing-on*.

---

<sup>1</sup> Datos de contacto: cristinatudor@hotmail.es.



ELENA CRISTINA TUDOR

## **THE INDIRECT PURCHASER RULE IN THE PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW. A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS**

ELENA CRISTINA TUDOR

*Doctor in Law from the University of Valladolid  
Associate Professor in the Department of Business Law, Employment Law, and  
International Private law at the University of Valladolid*

### **ABSTRACT**

One of the most debated question in the field of the private enforcement of Competition Law is the situation of the indirect purchasers. This is due to the difficulties involved in the quantification of the antitrust damages that derive from the passing of cost or price downstream in the supply chain —the passing-on—. This articles presents this difficulties, with special reference to the European Directive 2014/104/UE, and the evolution of the indirect purchaser rule in USA, the main source of inspiration for the european legislator.

**Keywords:** quantification of antitrust damages, antitrust law, indirect purchaser rule, Directive 2014/104/UE, passing-on.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EE. UU. 1. La regla del comprador indirecto. 2. Excepciones. 3. Crítica.—III. EUROPA. 1. El traspaso de sobreprecios en la Directiva 2014/104/CE. 2. La prueba del *passing-on*. 2.1. Generalidades. 2.2. Traspaso de sobreprecios a través de cuotas fijas. 2.3. Traspaso de sobreprecios a través de cuotas variables.—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En muchos casos, los actos restrictivos de la competencia o prácticas antitrust —como los cárteles o los abusos de posición dominante— comportan precios supra competitivos que las empresas infractoras aplican a sus clientes o compradores directos. Estos últimos se ven obligados así a soportar un incremento injustificado de los costes que quedará reflejado en una subida de los precios aplicados a sus productos. Dicha subida acabará repercutiendo en cascada sobre los sucesivos compradores que subadquieran los productos, a lo largo de las distintas fases de distribución o transformación de los bienes o servicios, hasta llegar al consumidor final. Un proceso que se conoce en el lenguaje jurídico como la *passing-on*. De modo que serán víctimas de una práctica anticompetitiva no solamente los compradores directos, sino también los compradores indirectos, que podrán plantear las correspondientes acciones de daños y perjuicios por ilícitos competitivos.

Sin embargo, la tramitación de estos procedimientos reviste serias dificultades, en especial en el caso de los compradores indirectos. Muchos de ellos ni siquiera saben que son víctimas de una práctica antitrust, hasta no dictarse una resolución administrativa sancionadora de estos comportamientos, de modo que la mayoría de estas acciones, bastante escasas en la práctica, serán *follow-on actions*. Ello se debe a los altos costes que implica la tramitación de estos procedimientos, en la mayoría de la veces bastante superiores a los daños sufridos, y a que resulta muy difícil determinar en un supuesto dado que parte del sobreprecio anticompetitivo fue exactamente pagada por cada uno de los perjudicados a lo largo de una cadena de distribución o producción, para poder determinar después con el nivel de precisión exigido jurisprudencialmente el valor de las indemnizaciones. Las teorías microeconómicas aplicadas en estos procedimientos, como veremos a continuación, prueban que resultaría imposible traspasar aguas-abajo todo el valor del sobreprecio anticompetitivo. Por lo tanto, una parte del sobreprecio anticompetitivo será pagada por los compradores directos y otra por los indirectos.

tos, sin poderse determinar con exactitud lo pagado por cada afectado. Además, a cada nivel, muchos otros factores económicos, ajenos a la infracción, incidirán sobre el valor de los precios. Por ello, para determinar de forma aproximada el impacto de una práctica anticompetitiva sobre los precios es necesario llevar a cabo un proceso de desagregación de los precios también en atención a todos estos factores, para valorar de qué forma cada uno de ellos, incluida la práctica antitrust, incidió sobre el comportamiento de los precios en los mercados analizados. Dicho proceso reviste una importancia transcendental no solamente a efectos de probar los daños, sino también para probar la causalidad entre la práctica antitrust alegada y los daños, un requisito imprescindible para cualquier demandante en una acción de daños.

En esta situación, los legisladores adoptaron decisiones muchas veces dispares, al intentar, en la medida de lo posible, evitar que «estos pleitos se conviertan en unos debates económicos sobre el comportamiento de los precios en los mercados» y para no obligar a los jueces a pronunciarse sobre cuestiones demasiado técnicas con las que no están acostumbrados<sup>2</sup>.

En EE. UU., el legislador estadounidense optó por no reconocer a nivel federal la legitimación activa de los compradores indirectos. En este contexto, para preservarse la función principalmente disuasoria de estas acciones e incentivar su interposición, se reconoció a los compradores directos el derecho a solicitar daños punitivos o triples.

Una actitud muy distinta adoptó, sin embargo, el legislador europeo, que sí reconoció la legitimación activa de los compradores indirectos y la llamada *passing-on defence*, al defender que a todas las víctimas se les debe reconocer el derecho a obtener un resarcimiento por los daños sufridos. Ello se debe a que las características del Derecho continental europeo, en especial el reconocimiento de la función principalmente compensatoria de las acciones de daños, impidieron la recepción de las doctrinas y teorías económicas estadounidenses que condujeron en EE. UU. a la creación de un modelo especialmente disuasorio y del sistema basado en *treble damages*.

Este artículo pretende resumir el desenvolvimiento que conoció esta cuestión en EE. UU. y Europa, el impacto que la experiencia estadounidense tuvo en Europa, al ser considerada esta experiencia la principal fuente de inspiración del legislador europeo, y la situación en que se encuentran hoy los compradores indirectos que, al sufrir un perjuicio económico anticompetitivo, deseen plantear una acción de daños en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, después de la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE.

---

<sup>2</sup> Vid. HOVENKAMP, Herbert: *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, vol. II, Wolter Kluwer, New York, 2014, pág. 40; LANDE, Robert: «Five Myths About Antitrust Damages», *University of San Francisco Law Review*, vol. 40, 2006, pág. 664 u «Optimal Sanctions for Antitrust Violations», 50 *University of Chicago Law Review*, 1983, págs. 652 y ss.

## II. EE. UU.

### 1. La regla del comprador indirecto

Con carácter general, aquellos compradores que no contrataron un producto o servicio directamente del demandado no están legitimados para plantear una acción de daños y perjuicios antitrust<sup>3</sup>. El antecedente de esta doctrina se encuentra en una previa sentencia del T. S. estadounidense, dictada en el caso *Hanover Shoe*<sup>4</sup>, donde se rechazó la alegación de la llamada *passing-on defence*. Concretamente, se impidió a los demandados utilizar en su defensa el argumento de que los compradores directos no sufrieron realmente un daño porque traspasaron el sobreprecio anticompetitivo a sus clientes, compradores indirectos, subiendo los precios de sus productos.

Posteriormente, en el caso *Illinois Brick*<sup>5</sup>, se extendió la aplicación de este planteamiento a las situaciones en que una acción de daños se ejercitaba por un comprador indirecto al que dicho sobreprecio le fue traspasado. Se alegó que permitir a los compradores indirectos plantear una acción de daños, en un contexto en que se había rechazado la utilización de la *passing-on defence*, habría generado un claro riesgo de doble *recovery* y la necesidad de obligar a los jueces a pronunciarse sobre aspectos complejos y costosos, a efectos de determinar aquella parte del sobreprecio realmente traspasada a los compradores indirectos<sup>6</sup>. En consecuencia, también fue rechazada la *passing-on* en su vertiente ofensiva (*pass-on offence*)<sup>7</sup>.

El no reconocimiento de la legitimación activa de los compradores indirectos para plantear acciones de daños antitrust obedece al hecho de que en EE. UU. el ejercicio de estas acciones presenta una finalidad principalmente disuasoria, que se intenta alcanzar mediante el otorgamiento de daños punitivos o triples —*treble damages*— a los compradores directos de los infractores que tendrían de esta forma suficientes incentivos para demandar. Se ha defendido que así, no solamente se castiga a los infractores y se les enseña que no deben volver a infringir las normas —prevención especial—, sino que también se advierte a los demás agentes económicos de que les pasaría lo mismo si siguieran su ejemplo —prevención

<sup>3</sup> Pero sí están legitimados para plantear acciones de cesación. Vid. HOLMES, William y MANGIARACINA, Melissa: *Antitrust Law Handbook*, Thomson Reuters, Eagan, 2013, págs. 925-927.

<sup>4</sup> Vid. *Hanover shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481, 88 s. Ct. 2224, 20 L. Ed. 2d 1231 (1968).

<sup>5</sup> Vid. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed. 2d 707, 1977-1 Trade Cas. (CCH) 61460 (1977).

<sup>6</sup> La eliminación de las dificultades prácticas asociadas al cómputo de los daños y a la repercusión de los costes permitía la elaboración de reglas jurídicas mucho más sencillas y efectivas, que no obstaculizaban el alcance del objetivo disuasorio de la aplicación privada del Derecho antitrust. Vid. HOVENKAMP, Herbert: «Quantification of harm in private antitrust actions in the United States», 2011, pág. 5, publicación online disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1758751](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1758751).

<sup>7</sup> Vid. CRANE, Daniel: «Optimizing Private Antitrust Enforcement», *Working Paper* N° 09-021, 2009, pág. 20, disponible online en <http://papers.ssrn.com/>.

general—, sin la necesidad de reconocer la legitimación activa de todos los perjudicados<sup>8</sup>. El pago de daños triples a los compradores directos permitiría que la norma alcanzara sus objetivos disuasorios, evitándose todos aquellos problemas derivados de la necesidad de analizar de qué forma fue posible, desde un punto de vista económico, el traspaso de los sobreprecios a lo largo de una cadena productiva en cada supuesto enjuiciado<sup>9</sup>.

Hoy, la doctrina sigue aplicándose de una forma bastante similar<sup>10</sup>, si bien con algunas excepciones descritas a continuación.

## 2. Excepciones

El Tribunal Supremo introdujo en la sentencia *Illinois Brick* dos excepciones aplicables a la regla del comprador indirecto, porque en ambos casos se consideró que el comprador directo carecía de suficientes incentivos para demandar, de tal forma que resultaba necesario reconocer la legitimación activa de los compradores indirectos y evitar así que existan en un mercado prácticas antitrust no descubiertas y/o no sancionadas<sup>11</sup>.

La primera de ellas hace referencia a aquella situación en que el comprador directo tenga asegurada la venta de una cantidad fija de producto, con independencia de su precio —esto es, cuando la demanda sea inelástica—. La sentencia dictada en el caso *Kansas v. Utilicorp*<sup>12</sup> recoge que la aplicación de la excepción solamente es posible si un potencial demandante consigue acreditar que realmente se celebró un contrato de las características mencionadas entre el infractor y el comprador directo en cuestión<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Vid. LANDE, Robert: «Five Myths About Antitrust Damages», *University of San Francisco Law Review*, vol. 40, 2006, pág. 664 y HOVENKAMP, Herbert: *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 5th. ed., Thomson/West, St. Paul, 2015, pág. 657.

<sup>9</sup> Vid. *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477, 485-486, 97 S.Ct. 690, 695-696 (1977) y *Pfizer Inc. v. Government of India*, 434 U.S. 308, 314, 98 S.Ct. 584, 588 (1978), *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431, U.S. 720, 746, 97 S.Ct. 2061, 2075 (1977) o más reciente, *Hoffman-La Roche, Ltd. V. Empagran*, U.S. 124 S.Ct. 2359, 2369 (2004).

<sup>10</sup> Vid., por ejemplo, el caso *Simon v. KeySpan Corp.*, 133 S.Ct. 1998, 185 L.Ed. 2d 866 (2013), en que no se permitió a consumidores que contrataron la electricidad a través de una empresa intermediaria solicitar el valor del sobreprecio traspasado. O, el caso *Delaware Valley Surgical Supply, Inc. v. Johnson&Johnson*, 523 F.3d 1116, 1122, 2008-1 Trade Cas. (CCH) 76136, (9th. Cir. 2008), donde un hospital que compró los productos suministrados por el demandado a través de un distribuidor independiente, y no directamente del demandado, tenía la calidad de comprador indirecto, sin derecho por lo tanto a plantear una acción de daños para solicitar los daños y perjuicios antitrust causados por tener que adquirir los productos a precios sobrecompetitivos.

<sup>11</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La Passing-on Defence: Un falso dilema?», en AA.VV., *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 593 y ss.

<sup>12</sup> Vid. *Kansas v. Utilicorp United, Inc.*, 497 U.S. 199, 110 S. Ct. 2807, 111 L. Ed. 2d 169, 1990-1 Trade Cas. (CCH) 69064 (1990).

<sup>13</sup> Vid. también la sentencia recientemente dictada en el caso *Simon v. KeySpan Corp.*, 133 S.Ct. 1998, 185 L.Ed. 2d 866 (2013), donde el tribunal rechazó la aplicación de la excepción, porque el

La segunda es la relativa a la situación en que el comprador directo esté controlado por el infractor de las normas antitrust, porque en tal caso la venta se celebraría realmente entre el infractor y el comprador indirecto<sup>14</sup>.

Posteriormente se introdujeron otros cambios, debido a que los Tribunales de Apelación se vieron obligados a plantearse el problema de integrar la regla del comprador indirecto en un modelo de análisis mucho más general, como el promovido por el Tribunal Supremo en AGC y Blue Shields<sup>15</sup>. Se permitió la tramitación de una acción de daños en aquellos supuestos en los que el comprador indirecto no operaba realmente en un mercado situado aguas-abajo, sino en uno distinto, aunque conexo, y la práctica en cuestión generaba distintos tipos de daños antitrust que llegaban a manifestarse de forma diferente en varios mercados relevantes<sup>16</sup>. En esta situación algunos tribunales federales exigen que la demanda se dirija no solamente contra el infractor, sino también contra el comprador directo que operó como intermediario<sup>17</sup>.

demandante no consiguió acreditar la existencia de un contrato en los términos mencionados *ad supra*.

<sup>14</sup> Vid. *In re ATM Fee Antitrust Litigation*, 686 F.3d 741, 747, 2012-1 Trade Cas. (cch) 77969 (9th. Cir. 2012) y 82 U.S.L.W. 2064 (U.S. July 11, 2013). Se trata de una *stand-alone action* planteada por compradores indirectos que alegaron la existencia de un cártel de fijación de precios celebrado entre los bancos, para fijar el valor de las comisiones aplicadas a aquellas operaciones que se realizaban en cajeros de otras entidades distintas a las suyas. El tribunal no reconoció la legitimación activa de los compradores indirectos, porque los mismos no acreditaron que los demandados en cuestión fueron obligados a aplicar dichas comisiones por otras entidades o por la empresa propietaria de los cajeros.

<sup>15</sup> Algunos autores defienden que, a consecuencia de ello, la valoración de la legitimación activa de una víctima antitrust quedó sujeta a la aplicación de un modelo de análisis muy parecido al de la *rule of reason* que, sin embargo, no consiguió alterar la esencia de la antigua doctrina. Vid. RICHMAN, Barack y MURRAY, Christopher: «Rebuilding Illinois Brick: A Functionalist Approach to the Indirect Purchaser Rule», 81 *Southern California Law Review*, 2007, págs. 100-102.

<sup>16</sup> Vid. *Loeb Industries, Inc. v. Sumitomo Corp.*, 306 F.3d 469, 481-482, R.I.C.O. Bus. Disp. Guide (CCH) 10330, 2002-2 Trade Cas. (CCH) 73813, *Comm. Fut. L. Rep. (CCH)* 29168 (7th. Cir. 2002). Comerciantes de chatarra, que adquirieron cobre achatarrado de una variedad de empresas integradas en cadenas productivas distintas, plantearon una acción de daños contra los fabricantes de cobre que abastecían con materia prima a estas últimas. Alegaron la existencia de un cártel de fijación de precios en el mercado internacional de la fabricación del cobre, a pesar de tener la calidad de compradores indirectos. El tribunal de distrito admitió a trámite la acción de daños, alegando que la aplicación de la regla Blue Shields permitía considerar que el daño sufrido por los compradores de chatarra era distinto al sufrido por los demás compradores directos de los demandados. Primero, porque los demandantes afectados desarrollaban su actividad en un mercado separado, relacionado con el mercado en que se celebró el cártel. Una circunstancia que impedía considerar a los demandantes simples compradores indirectos, integrados en alguna cadena de producción y distribución aguas-abajo. Era mucho más razonable entender que el cártel de fijación de precios generó diferentes daños, en varios mercados relevantes, incluido el de la chatarra, donde los demandantes desarrollaban su actividad comercial, a pesar de no haberse relacionado directamente con los demandados, porque los precios de la chatarra se calculaban en función del precio base del cobre.

<sup>17</sup> Vid. SULLIVAN, Thomas y HOVENKAMP, Herbert: *Antitrust law, policy and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 5th. ed., LexisNexis, San Francisco, 2003, pág. 101.

### 3. Crítica

Hoy se afirma que la regla del comprador indirecto se basa en dos premisas, ambas cuestionables. Todo ello, evidentemente, desde un punto de vista «eficientista», más que por razones de justa compensación, porque el marco jurídico aplicable a la acciones de daños antitrust fue creado, como ha venido mencionándose, con un objetivo fundamentalmente disuasorio<sup>18</sup>.

La primera es la relativa a la necesidad de eliminar las dificultades prácticas asociadas al cómputo del valor total de los daños traspasados aguas-abajo. Desde un punto de vista económico, un sobreprecio podría ser traspasado en mayor o menor medida, en función del nivel de elasticidad de la oferta y la demanda a la que se enfrentan los agentes económicos intermediarios en los mercados subsiguientes, sin que resulte posible traspasarlo en su totalidad<sup>19</sup>. Para determinar con aproximación, en un supuesto dado, de qué forma fue posible el traspaso de los precios aguas-abajo debe contratarse a un experto. Este experto, a través de un informe pericial de cuantificación de daños, utilizando métodos y técnicas econométricas muy complicadas y costosas, debe realizar un análisis de desagregación de los precios en atención a los principales factores económicos que influyeron la evolución de los precios en los mercados aguas-abajo.

Las probabilidades de alcanzar resultados fiables irían disminuyendo a medida que nos alejáramos del mercado relevante en el que se llevó a cabo la práctica analizada. Ello se debe a que en cada mercado aguas-abajo se manifiestan también otro tipo de factores económicos, distintos a la infracción, con incidencia directa o indirecta sobre los precios. De modo que resulta imprescindible realizar en cada supuesto un análisis de desagregación de los precios también en atención a todos estos factores. Desde un punto de vista económico, las probabilidades de éxito de la acción disminuirían a medida que nos alejáramos del mercado cartelizado —debido a que cada vez resultaría más difícil acreditar el traspaso de un sobreprecio a los mercados sucesivos<sup>20</sup>.

En segundo lugar, como hemos señalado, se defendió que era necesario incentivar la interposición de acciones de daños, evitando las dificultades analíticas mencionadas. Se optó por concentrar el derecho a plantear la acción a un solo nivel —el de los compradores directos— y permitir a los legitimados a solicitar el triple de los daños antitrust. La doctrina defiende hoy que esta actitud es inapropiada. Ello se debe a que se pueden utilizar métodos y modelos de cuantificación que no requieran para su aplicación el empleo de información relativa al nivel

<sup>18</sup> Vid. HARRIS, Robert y SULLIVAN, Lawrence: «Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis», *University of Pennsylvania Law Review* n.º 1, 1979, págs. 269-271; y LANDES, William y POSNER, Richard: «The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan», 128 *University of Pennsylvania Law Review*, 1980, págs. 1274-1279.

<sup>19</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio y HERRERO SUÁREZ, Carmen: «The Passing-on Defence...», *op. cit.*, págs. 593 y ss.

<sup>20</sup> Vid. HOVENKAMP, Herbert: *Federal Antitrust Policy...*, *op. cit.*, pág. 673.



de elasticidad de la oferta y la demanda existente en un determinado mercado, o la realización de un análisis pormenorizado de desagregación de los precios. Por ejemplo, los métodos «yardstick»<sup>21</sup> y «antes y después»<sup>22</sup> solamente exigen que se conozcan los precios que operaron en dos mercados o períodos de tiempo diferentes. De tal forma que, para cuantificar los daños y perjuicios generados a un comprador indirecto, los economistas no deberían realizar esfuerzos añadidos a los exigidos en cualquier otro procedimiento planteado por un comprador directo<sup>23</sup>.

Además, en apoyo a la necesidad de reconocer la legitimación activa de los compradores indirectos, los críticos defendieron que la aplicación de la doctrina del comprador indirecto no permite que se alcancen hoy los objetivos que originalmente fueron encomendados a este modelo de aplicación privada del Derecho antitrust<sup>24</sup>. Los documentos obrantes en los expedientes tramitados recientemente parecen poner en duda que sea acertado permitir sólo a los compradores directos plantear una acción, simplemente por encontrarse en la mejor posición para litigar. Ellos no siempre estarán dispuestos a demandar, aunque se les permita obtener el triple de los daños realmente sufridos. En este sentido, no debe ignorarse que entre el comprador directo y el infractor existirá siempre una relación empresarial directa. Relación que puede transformar al comprador directo en la persona menos indicada para defender un interés público, cuando le interese económicamente preservar dicha relación<sup>25</sup>. Especialmente, en un contexto en que —con el fin de evitar la interposición de acciones de daños— los participantes en un cártel decidan compartir con sus compradores directos las ganancias ilícitas

<sup>21</sup> El método *yardstick* no exige, para una adecuada cuantificación de los daños y perjuicios antitrust, medir las variaciones de los precios. Se basa simplemente en la idea de que la empresa demandante puede, para cuantificar los daños y perjuicios antitrust, utilizar como escenario *but-for* o hipotéticamente competitivo, la posición económica en la que se encuentre una empresa equivalente o similar, que desarrolle su actividad en un contexto competitivo, no afectado por la práctica enjuiciada. El experto determinaría el valor de un sobreprecio anticompetitivo en función de la diferencia existente entre los precios aplicados por cada una de las empresas comparadas. Vid. PROSPERETTI, Luigi: «Estimating damages to competitors from exclusionary practices in Europe: a review of the main issues in the light of national Courts' experience», en AA.VV., *Competition Law and Intellectual Property: A European Perspective*, Wolters Kluwer, Netherlands, 2012; pág. 250; y WOOLDRIDGE, Jeffrey: *Introduction to Econometrics*, Cengage Learning, Hampshire, 2013, págs. 419-420.

<sup>22</sup> El método permite determinar el valor de un sobreprecio anticompetitivo como diferencia entre los precios que operaron en el mercado afectado inmediatamente antes, durante y después de la infracción, sin la necesidad de valorar la forma en que otros factores económicos, ajenos a la infracción, hayan podido afectar los precios de los productos en los mercados aguas-abajo. Vid. MORAL-BENITO, Enrique: «Model Averaging in Economics: An Overview»; *Journal of Economic Surveys*, vol. 29, 2015, pág. 46; FOER, Albert, STUTZ, Randy: *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook*, Edward Elgar, Massachusetts, 2012, pág. 315.

<sup>23</sup> Vid. HOVENKAMP, Herbert: «Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States», 1 *University of Iowa Legal Studies*, 2011, pág. 9.

<sup>24</sup> Vid. BAKER, Jonathan: «Private Information and the Deterrent Effect of Antitrust Damage Remedies», en 4 *Journal of Law, Economics and Organization*, 1988, págs. 385-400.

<sup>25</sup> Vid. SNYDER, Edward: «Efficient Assignment of Rights to Sue for Antitrust Damages», 28 *Journal of Law & Economics*, 1986, págs. 469-482.

y utilizar así la regla de Illinois Brick como un muro defensivo en contra de los compradores indirectos, los únicos con incentivos para demandar.

El esquema de la infracción debería cumplir, sin embargo, cinco condiciones. En primer lugar, que los compradores directos obtengan por tolerar el cártel ingresos superiores a los que alcanzarían al plantear la acción. En un contexto en que pedirían el triple de los daños realmente sufridos, el cártel debería generar ingentes beneficios<sup>26</sup>. En segundo lugar, que ningún comprador directo tenga la posibilidad de beneficiarse durante un tiempo de las ganancias ilícitas para poder después plantear una acción de daños<sup>27</sup>. En tercer lugar, que las ganancias ilícitas netas obtenidas por los infractores, después de ceder parte de los beneficios a los compradores directos, sigan siendo superiores a las obtenidas en condiciones de competencia, para que la infracción de las normas antitrust les resulte suficientemente lucrativa. En cuarto lugar, que ninguno de los participantes en el cártel, con intención de abandonar la infracción, pueda obtener suficientes beneficios como para animarse finalmente a hacerlo<sup>28</sup>. Y en quinto lugar, que el acuerdo no deje pruebas acreditativas de la implicación de los compradores directos en la infracción, para que no sea aplicable alguna de las excepciones de Illinois Brick. Una condición que casi nunca podría operar como impedimento, porque a los infractores ni siquiera les haría falta exponer directamente a un comprador directo sus intenciones ilícitas<sup>29</sup>.

En la práctica, una infracción cumpliría todas estas condiciones cuando, por ejemplo, los participantes en un cártel decidan vender a los comerciantes aguas-abajo solamente una determinada cantidad de input. Se generaría de esta forma una escasez artificial de materia prima en el mercado aguas-abajo, seguida finalmente de un aumento de los precios. Pues bien, cuando dicho aumento vaya también acompañado, en momentos puntuales, de una disminución de los precios del input, sería posible traspasar a los compradores directos parte de las ganancias ilícitas generadas por el cártel<sup>30</sup>. El acuerdo es tácito, simple y encubierto. No se necesita un traspaso físico de dinero, al mismo tiempo que tampoco hace falta ningún tipo de comunicación entre las partes. Por lo tanto, no existirían suficientes pruebas de la infracción, para que un juez federal pudiera apreciar la necesidad de aplicar a la acción de daños alguna de las excepciones de Illinois Brick<sup>31</sup>, y

<sup>26</sup> Sin lugar a dudas, se cumple tal requisito en el caso de los cárteles más caros de la historia antitrust estadounidense.

<sup>27</sup> Obsérvese en este sentido el papel primordial que llegaría a jugar un plazo de prescripción y las reglas aplicables para su cómputo.

<sup>28</sup> Obsérvese la importancia que pueda llegar a tener, en este contexto, el programa de clemencia o cualquier otra medida tomada con respecto a ello.

<sup>29</sup> Vid. HOVENKAMP, Herbert: *Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*; Wolter Kluwer; New York; 2014; págs. 395 y ss.

<sup>30</sup> Esta disminución del precio del input podría perfectamente disfrazarse a través de la aplicación de descuentos periódicos.

<sup>31</sup> Vid. Maarten SCHINKEL, Jan TUINSTR, Jakob RÜGGERBERG: «Illinois Wall: How Barring Indirect Purchaser Suits Facilitates Collusion», *RAND Journal of Economics*, vol. 39, n.º 3, 2008, pág. 686.

la regla del comprador indirecto llegaría a operar como el principal impedimento para la consecución del objetivo disuasorio de las acciones de daños antitrust<sup>32</sup>.

En este contexto, la utilización de la institución de los daños punitivos no alcanzaría sus objetivos disuasorios, especialmente en el caso de un cártel que persista en el tiempo y permita, a consecuencia de ello, la acumulación de suficientes ganancias ilícitas como para igualar o sobrepasar la cuantía indemnizatoria que un competidor directo obtendría al plantear una acción de daños<sup>33</sup>. Tal situación podría evitarse solamente a través de la abolición de la regla del comprador indirecto y del reconocimiento de la legitimación activa a cualquier víctima antitrust. Desde un punto de vista económico, las ganancias ilícitas de un cártel solamente pueden obtenerse a expensas del bienestar total, de tal forma que no sería posible compensar económicamente a todos los afectados, para que nadie, en una cadena aguas-abajo, esté dispuesto a plantear la acción.

Algunos autores han defendido que Illinois Brick —simplemente por impedir que existan acciones de daños planteadas por compradores indirectos— fomentaría la realización de prácticas colusorias en los mercados más competitivos, donde la fuerte competencia haría que los precios se situaran en un punto cercano al valor de los costes marginales de producción<sup>34</sup>. Ello permitiría a los compradores directos traspasar la mayor parte del sobreprecio anticompetitivo a sus clientes, de tal forma que no resultarían afectados significativamente por el cártel celebrado aguas-arriba<sup>35</sup>. En este sentido, les resultaría rentable «tolerar» dicho cártel, si los infractores compartieran con ellos una pequeña parte de sus ganancias ilícitas. En una situación diferente se encuentran las empresas en mercados menos competitivos. Más altos los precios, menos demanda, menores posibilidades de traspaso de los sobreprecios y, en consecuencia, los cartelistas se verían en la situación de tener que ceder más a los compradores directos<sup>36</sup>.

A medio y largo plazo, el peligro generado por el riesgo de hacer frente a las acciones de daños antitrust se transformaría en el principal sustento horizontal del cártel. El valor de los daños se acumularía con el tiempo, y el miedo a pagar cuantías indemnizatorias mayores haría la idea de abandonar el cártel, cada día menos atractiva. En un contexto en que dicha decisión podría además atraer la atención de las agencias federales antitrust, sería prácticamente imposible que un infractor adoptara tal posición con el paso del tiempo. Lo lógico sería que todos

<sup>32</sup> Vid. BAKER, Jonathan: «Private Information and the Deterrent Effect of Antitrust Damage Remedies», 4 *Journal of Law, Economics and Organization*, 1988, págs. 401-408.

<sup>33</sup> Se eliminaría de esta forma cualquier incentivo para demandar.

<sup>34</sup> Vid. SCHINKEL, Maarten; TUINSTR, Jan; RÜGGERBERG, Jakob: «Illinois Wall...», *op. cit.*, 2008, pág. 10.

<sup>35</sup> En consecuencia, al plantear la acción de daños no obtendrían grandes cantidades económicas en concepto de indemnización.

<sup>36</sup> Vid. SCHINKEL, Maarten; TUINSTR, Jan; RÜGGERBERG, Jakob: «Illinois Wall...», *op. cit.*, páginas 698-670.

los participantes en la infracción aunaran sus esfuerzos para estabilizar horizontalmente el cártel<sup>37</sup>.

Desde un punto de vista dinámico, los ingresos sobrecompetitivos podrían estimular a otro agente económico a ingresar en el mercado cartelizado. Pero ello no debilitaría automáticamente el cártel, si la participación en la infracción generase ingresos adicionales superiores al riesgo de hacer frente a futuras acciones de daños antitrust. En la práctica, estos ingresos operarían además como un estímulo adicional para los infractores, de intentar mantener al potencial competidor fuera del mercado.

Aguas-abajo, el ingreso de un nuevo competidor no despojaría a los infractores de ganancias ilícitas, superiores a las asumidas en el caso de los demás compradores directos. De hecho, ocurriría todo lo contrario, ya que, ante una nueva empresa, deberían responder por unos daños bastante inferiores en cuantía, acordes a su reciente ingreso en el mercado. Es más, al poner en peligro las ganancias adicionales registradas en el mercado, los demás competidores podrían mostrarse interesados en acomodar a un nuevo competidor. Por ello, algunos cárteles han resultado mucho más duraderos de lo que teóricamente se esperaba<sup>38</sup>.

Finalmente, la compleja estructura de las cadenas productivas existentes en los mercados de hoy permite la creación de esquemas de infracción que utilizan la regla Illinois Brick como muro defensivo y que son muy difíciles de descubrir y sancionar<sup>39</sup>.

En el caso Brand Name Prescripción Drugs<sup>40</sup>, por ejemplo, se interpuso una acción de clase contra varios fabricantes de medicamentos por farmacéuticos, compradores indirectos. Alegaban la realización de una práctica antitrust que les causó una desventaja competitiva en relación con los demás centros de atención primaria con los que competían en el mercado. Se acreditó que los fabricantes de medicamentos y sus compradores directos desarrollaron de forma conjunta un sistema computerizado que permitía traspasar aguas-abajo parte del sobreprecio anticompetitivo, a través de la aplicación de descuentos periódicos. El tribunal defendió que en dichas circunstancias no podía permitirse a los compradores directos plantear acciones de daños, de tal forma que se reconoció la legitimación activa de los compradores indirectos. En el asunto se celebró finalmente un

<sup>37</sup> Vid. Margaret LEVENSTEIN, Valerie SUSLOW, «What determines Cartel Success?», 44 *Journal of Economic Literature*, 2006, págs. 57-58.

<sup>38</sup> Vid. KOLASKY, William: «Coordinated Effects in Merger Review: From Dead Frenchmen to Beautiful Minds and Mavericks», 2002, pág. 20, donde se citan cárteles con más de diez años de vigencia, algunos llegando hasta los 18; publicación online disponible en <http://www.justice.gov/>, (consultado por última vez el 24.10.2017).

<sup>39</sup> Vid. SCHINKEL, Maarten, TUINSTRAL, Jan, RÜGGERBERG, Jakob: «Illinois Wall:...», *op. cit.*, página 703.

<sup>40</sup> Vid. *In Re: Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation*, Case No. 94 C 897 MDL 997, Judge Charles P. Kocoras, April 4, 1996.

acuerdo extrajudicial, a través del cual los participantes en el cártel pagaron a los compradores indirectos una cuantía total de 351 millones de dólares.

En el caso *Holiday Wholesale*<sup>41</sup> se presentó una acción de clase por compradores directos e indirectos contra cuatro empresas fabricantes de tabaco, que juntas alcanzaban casi el 100% del poder de mercado. Se alegó que cada año los demandados disminuían progresivamente el número de paquetes de cigarros fabricados y vendidos a los mayoristas en una pequeña cantidad, suficiente para generar en el mercado aguas-abajo una reducción artificial del input. Los demandados se defendieron alegando que su comportamiento aumentaba la eficiencia en el mercado, porque permitía determinar el nivel real de la demanda del consumidor final, al mismo tiempo que impedía a los demandantes acumular existencias con fines especulativos. Aunque el tribunal finalmente manifestó que no se probó que el modelo de producción seguido por las demandadas restringía ilícitamente el output de los cigarros en el mercado aguas-abajo, el caso llegó a superar el *summary judgement*. Los críticos consideran que detrás de esta práctica podría perfectamente esconderse un esquema generador de ganancias anticompetitivas, en su momento, erróneamente entendido e interpretado por el juez<sup>42</sup>.

Un modelo muy ingenioso fue también utilizado en el cártel *De Beers*<sup>43</sup>, investigado por el DOJ en el año 1994. Los proveedores de diamantes celebraron un cártel de fijación de precios y, con el fin de eludir la presentación de acciones de daños por parte de sus clientes, crearon un esquema de transferencia de ganancias en el mercado aguas-abajo a través de la venta de cóctels de diamantes en bruto. Cada año, estos se ofrecían, en un número limitado de ocasiones, a un grupo de clientes previamente seleccionados, a precios no negociables. El grupo «favorecido» procesaba las piedras antes de venderlas a los demás agentes económicos y consumidores aguas-abajo, para obtener así ganancias adicionales. Todos los compradores directos sabían que, con el tiempo, iban a recibir paquetes muy similares, de tal forma que nadie presentó una acción de daños.

La misma actitud pasiva fue también observada en el caso *Microsoft*, donde la mayoría de las acciones, especialmente las primeras, fueron presentadas por compradores indirectos ante los tribunales de los distintos Estados. Ninguna de las empresas fabricantes de equipamiento informático original —todas compradores directos de Microsoft— presentó una acción de daños. Algunos autores defendieron que podían haber sido compensadas por Microsoft a través de métodos ilícitos no descubiertos por la agencia federal<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Vid. *Holiday Wholesale Grocery Co. et al., v. Philip Morris Incorporated, et al.*, No. 1:00-CV-0447-JOF, July 11, 2002.

<sup>42</sup> Vid. SCHINKEL, Maarten, TUINSTR, Jan, RÜGGERBERG, Jakob: «Illinois Wall: ...», *op. cit.*, página 700.

<sup>43</sup> Vid. *United States of America v. General Electric Company, De Beers Centenary AG, et al.*, No. CR-2-94-019-1994.

<sup>44</sup> Vid. LAPOTKA, John; PAGE, William: «Indirect Purchaser Suits and the Consumer Interest», *Antitrust Bulletin*, vol. 48, 2009, *op. cit.*, pág. 563.

### III. EUROPA

#### 1. El traspaso de sobrepuestos en la Directiva 2014/104/CE

Todas estas críticas vertidas sobre la institución jurídica de los daños punitivos en EE. UU. y el hecho de que en Europa se reconoce una finalidad principalmente compensatoria a las acciones de daños, aspecto defendido también por el TJUE en sus sentencias en que reconoció el derecho de todas las víctimas a obtener una indemnización<sup>45</sup>, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante derivado de la infracción, más los correspondientes intereses<sup>46</sup>, hicieron que el legislador europeo adoptara una actitud muy diferente.

De modo que la Directiva 2014/104/UE entró en vigor para reconocer la legitimación activa, tanto a quienes hayan adquirido directamente bienes o servicios del infractor como a los demás compradores situados más allá en la cadena de suministro, para plantear acciones de daños<sup>47</sup>. Por lo tanto, se reconoce también la legitimación activa de los compradores indirectos, a pesar de no relacionarse directamente con las empresas infractoras, rechazándose los argumentos jurídicos sobre los que en EE. UU. se fundamentó la falta de su legitimación activa<sup>48</sup>.

Una de las grandes dudas planteadas en Europa, en esta materia, ha sido si el traspaso de dicho sobrepuesto a los compradores indirectos podía considerarse un argumento suficiente para entender que las víctimas directas, que pasaban el sobrepuesto a sus clientes, no sufrían, en realidad, ningún perjuicio económico, ya que los mercados realmente afectados por la conducta antitrust eran aquéllos en que se encontraban los compradores indirectos.

En el Libro Verde se abrió por primera vez el debate sobre la posibilidad de permitir al infractor utilizar la repercusión de los sobrecostos como recurso defensivo en el marco de una acción por daños y perjuicios promovida contra él —*passing-on defence*—, y si los compradores indirectos que soportaban el sobrecoste debían estar legitimados para exigir una reparación —*offensive passing-on*<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Vid. las sentencias dictadas en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, *Brasserie du pêcheur* por el TJUE el 5 de marzo de 1996, pár. 82.

<sup>46</sup> Vid. sentencias dictadas en los asuntos acumulados C-295/04 hasta C-298/04 *Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico SpA*, y el C-63/01 *Samuel Sidney Evans/Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions and Motors Insurers' Bureau*, pto. 70, donde se menciona además que —the Member States are free, in order to compensate for the loss suffered by victims as a result of the effluxion of time, to choose between awarding interest or paying compensation in the form of aggregate sums which take account of the effluxion of time.

<sup>47</sup> Vid. apartado 44 y art. 1.1 de la Directiva.

<sup>48</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO; HERRERO SUÁREZ, CARMEN: «The Passing-on Defence...», *op. cit.*, pág. 601.

<sup>49</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre Acciones de Daños y Perjuicios de las Normas Comunitarias de Defensa de la Competencia, COM(2005) 672 final, 19.12.2005.

Más tarde, en el Libro Blanco se valoró la posibilidad de utilizar el argumento de la *passing-on* como defensa del demandado frente a acciones por daños y perjuicios ejercitadas por sus clientes, pero siempre que no se tratase de consumidores finales<sup>50</sup>. Un planteamiento congruente con la jurisprudencia comunitaria dictada en la materia<sup>51</sup>.

Finalmente, a través de la Directiva europea 2014/104/UE, aplicable en la materia, se dio un paso más, al introducirse en su art. 14 la presunción *iuris tantum* de la repercusión en cadena de la totalidad del sobreprecio anticompetitivo, aplicable al menos que el infractor demuestre de manera creíble y a satisfacción del órgano jurisdiccional que la pérdida experimentada no se ha transmitido total o parcialmente al comprador indirecto. Con ello se intenta fomentar la interposición de acciones de daños por parte de estos afectados siempre y cuando prueben que el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia, que ello tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador directo y que el comprador indirecto adquirió los productos/servicios objeto de la infracción u otros que los contuvieran.

Si bien tal presunción *iuris tantum* fue creada para aliviar la carga probatoria de los potenciales demandantes, es de esperar en la práctica que los demandados intenten alegar y probar lo contrario, de modo que resultará inevitable, durante la tramitación del procedimiento, no valorar, a la luz de las pruebas aportadas, qué parte del sobrecoste haya sido realmente repercutida al nivel de los compradores indirectos que plantearon la demanda. Desde un punto de vista jurídico se ha señalado que tal valoración era necesaria, porque la no aceptación de la *passing-on defence* conduciría a un enriquecimiento injusto del demandante. Un aspecto que evidentemente pone en duda la eficacia práctica de la aplicación de esta presunción, en cuanto a su capacidad de fomentar por sí sola la interposición de acciones de daños por parte de los compradores indirectos.

Para entender las razones de este argumento es necesario primero exponer brevemente las semejanzas y diferencias existentes entre la doctrina del *passing-on* y la del enriquecimiento injusto o *unjust enrichment*. En este sentido, cabe destacar

<sup>50</sup> Vid. Libro Blanco sobre las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias en materia de defensa de la competencia, COM(2008) 165 final, 2.4.2008.

<sup>51</sup> El TJCE reconoció explícitamente este derecho en su sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto *Courage Ltd. v. Crehan* (Case 453/1999 — <http://curia.europa.eu/juris/>) en base a varios argumentos. En primer lugar, porque solamente así se garantizaba a todos los perjudicados el derecho a ser compensados por los perjuicios ocasionados por una práctica anticompetitiva. Ello permitía la plena compensación de las víctimas, que se perfilaba como principio rector de la aplicación privada del Derecho de la competencia. En segundo lugar, porque estas acciones producen efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y de un mayor cumplimiento de las normas (principio de disuasión). Y, finalmente, en tercer lugar, porque los dos principios mencionados garantizaban la plena eficacia de las normas europeas de defensa de la competencia. Más tarde, el TJCE ratificó su punto de vista en el caso *Manfredi* (C-295/04 *Vincenzo Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619), manifestando la necesidad de permitir tanto a los compradores directos como a los compradores indirectos interponer una acción de daños como consecuencia de la vulneración de las normas europeas de defensa de la competencia.



que ambas figuras son esencialmente similares si se atiende a las racionalidades subyacentes que guiaron su creación. Se construyeron sobre la consideración de que la naturaleza principalmente compensatoria de las acciones indemnizatorias exigía que la cuantía total de los daños se repartiera de forma justa entre todos los afectados. En este sentido, la doctrina de la *passing-on defence* debe enfrentarse a las dificultades derivadas de una adecuada cuantificación de los daños, cuando no se sepa con certeza ni el valor del sobreprecio realmente traspasado por el perjudicado a sus clientes, ni la cuantía total del perjuicio generado por un cártel, mientras que la doctrina del *unjust enrichment* prohíbe con carácter general que un demandante sea indemnizado por un daño que en realidad no ha soportado. Por lo tanto, desde un punto de vista de Derecho material, no existen diferencias sustanciales. Sin embargo, en el ámbito procesal se exige acreditar la *passing-on defence* con un nivel de certeza superior al impuesto a la hora de probar el enriquecimiento injusto<sup>52</sup>, aunque en algunos planteamientos judiciales se ha indicado que no estimar la *passing-on defence* supondría un enriquecimiento injusto de los demandantes<sup>53</sup>. Ello se debe a que existen jueces que tienden a considerar acreditada la existencia del enriquecimiento injusto una vez probada la *passing-on*.

## 2. La prueba de la *passing-on*

### 2.1. Generalidades

Desde un punto de vista económico, para valorar económicamente si tal afirmación es cierta, cabe preguntarnos hasta qué punto podría traspasarse un sobreprecio anticompetitivo a los compradores indirectos y si en alguna ocasión sería o no posible trasladar aguas-abajo todo el valor del sobreprecio anticompetitivo. Finalmente, también deberíamos valorar las posibilidades que existen de que el otorgamiento de una determinada cuantía indemnizatoria genere un enriquecimiento injusto del demandante, en un contexto en que resulte imposible determinar con exactitud el daño causado por un cártel.

En primer lugar, algunos economistas defendieron que estas ideas fueron creadas sobre una base fáctica errónea, ya que, para cuantificarse los daños traspasados aguas-abajo, se han venido aplicando en la práctica las técnicas tradicionales utilizadas para medir un daño antitrust. Todas ellas se centran en determinar el sobreprecio anticompetitivo como diferencia entre el precio existente durante la

<sup>52</sup> Vid. CENGİZ, Firat: «Passing-on Defence and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: What Can the EC learn from the US?», CCP, Norwich, 2008, pág. 32, disponible online en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1038521](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1038521) (consultado por última vez el 25.10.2017) y Centre for European Policy Studies, Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios — Final Report, DG COMP/2006/A3/012, Bruselas, 2007, pág. 461, disponible online en <http://ec.europa.eu/> (consultado por última vez el 26.10.2017).

<sup>53</sup> Vid. sentencia de fecha 3 de octubre de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.ª, en el asunto 737/07 en el cártel del azúcar.

vigencia de la conducta y los existentes antes y/o después o, cuando no sea posible determinarlos, a través de la comparación de los precios que operaron en el mercado afectado y en uno similar a éste. Un modelo de cuantificación que ignora totalmente el análisis de la repercusión de un sobreprecio en los mercados aguas-abajo<sup>54</sup> y cuyo resultado presenta un margen de error de hasta un 50% del valor total del daño realmente causado a una víctima antitrust<sup>55</sup>. Ello se debe a que normalmente, para cuantificar los daños de los compradores indirectos, se parte de la presunción de que los empresas actúan de forma competitiva en los mercados aguas-abajo y necesitan, en consecuencia, recuperar el incremento de los costes trasladando a los mercados sucesivos el valor del sobreprecio anticompetitivo. Cuando no se aplique esta presunción el margen de error podría resultar bastante inferior al mencionado<sup>56</sup>.

En segundo lugar, la teoría de la elección del consumidor prueba que las variaciones registradas en el precio de un bien alteran la restricción presupuestaria del consumidor y, por lo tanto, las cantidades que éste esté dispuesto a comprar. Ello se debe a que la curva de la demanda —o la cantidad demandada de un bien a un precio dado— es un reflejo de las decisiones óptimas que surjan de la restricción presupuestaria y de las correspondientes curvas de indiferencia a las que se enfrenten los empresarios que traten de traspasar aguas-abajo el sobreprecio anticompetitivo<sup>57</sup>.

Desde un punto de vista económico, el traspaso solamente se podrá realizar en la medida en que las elasticidades relativas de la demanda y la oferta lo permitan, sin que sea posible en la práctica que el comprador directo recupere del consumidor la totalidad del sobreprecio anticompetitivo cuando éste llegue a afectar los costes variables de un comprador directo. Si un cártel afectara los costes fijos de una empresa —por ejemplo, el de una máquina utilizada para embotellar una bebida—, el comprador directo soportaría, en principio, por sí solo dicho incremento, sin que ello llegara a afectar el nivel de la oferta; el comprador directo produciría la misma cantidad de output que en un escenario sin infracción. Los costes fijos no afectarían la curva de la oferta. La curva de la demanda mantendría el mismo nivel y el punto de equilibrio, encontrado en la intersección entre las dos rectas, seguiría siendo el mismo que antes de la infracción<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Vid. HOVENKAMP, Herbert: *Federal Antitrust Policy...*, *op. cit.*, pág. 673.

<sup>55</sup> Vid. Center for European Policy Studies: *Making antitrust damages...*, *op. cit.*, pág. 464.

<sup>56</sup> Vid. ABA: *Indirect Purchaser Litigation Handbook*, ABA Publishing, Illinois, 2007, páginas 141-142.

<sup>57</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La Passing-on Defence...», *op. cit.*, pág. 600.

<sup>58</sup> Vid. HARRIS, Robert, SULLIVAN, Lawrence: «Passing On the Monopoly Overcharge...», *op. cit.*, págs. 298-299.

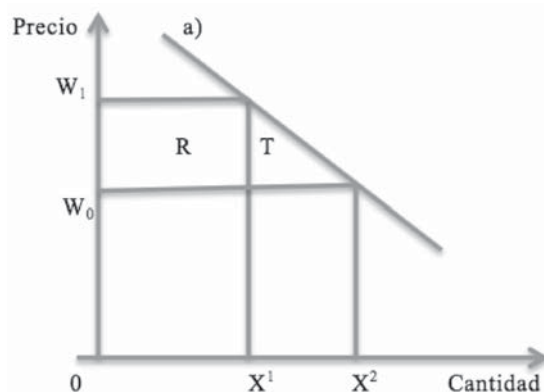


Figura 1. La distribución del sobreprecio entre compradores directos e indirectos.

Fuente: HELLWIG<sup>59</sup>.

Si los compradores directos optaran por traspasar los sobreprecios a sus clientes, ello no significaría que consiguieran recuperar la totalidad de las pérdidas derivadas de la infracción. La *passing-on* perjudicaría tanto a un comprador directo como a un comprador indirecto, aunque la magnitud del daño sufrido por cada uno dependa de las características del mercado relevante afectado<sup>60</sup>. La situación queda reflejada en el gráfico anterior.

El gráfico muestra que en el momento en que suba el precio de un producto —de  $W_0$  a  $W_1$ — la restricción presupuestaria del consumidor se desplaza hacia dentro —de  $X_2$  a  $X_1$ — como consecuencia del efecto-renta y efecto-sustitución. La recta a) o recta isovalor es la recta que refleja la suma resultante de las decisiones tomadas por consumidores ante la variación de los precios y su evolución demuestra que las personas responden a un cambio de los precios, sustituyendo los productos más caros por los más baratos o comprando menos cantidad. Ello hace que el comprador directo no consiga repercutir a los compradores indirectos una determinada parte del sobreprecio anticompetitivo, representada en el gráfico mediante el triángulo T. El tamaño de dicho triángulo dependerá en gran parte de los factores que influyan el nivel de competencia de los mercados situados aguas-arriba y aguas-abajo<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Vid. HELLWIG, Martin: «Private Damage Claims and the Passing-on Defence in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective», en Jurgén BASEDOW, *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2007, pág. 128.

<sup>60</sup> Vid. LANDES, William; POSNER, Richard: «Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule Should of Illinois Brick», 46 *University of Chicago Law Review*, 1979, pág. 602.

<sup>61</sup> El rectángulo R representa la parte que el comprador directo conseguiría recuperar al reper-

Desde un punto de vista práctico, reviste especial importancia el hecho de que la existencia de un cártel de fijación de precios hace que los mercados aguas-abajo sean menos competitivos, de tal forma que cada vez resultaría menos probable trasladar el sobreprecio anticompetitivo a los mercados sucesivos<sup>62</sup>. A lo largo de una cadena pueden existir varios compradores y ninguno de ellos sería capaz de repercutir en cascada la totalidad del sobreprecio. Sin embargo, algunos autores defendieron que es de esperar que cada comprador pueda trasladar a sus clientes, en mercados que no presenten una estructura demasiado concentrada, aproximadamente un tercio del valor que le haya sido repercutido, como consecuencia del *business-loss effect* o del efecto de la pérdida de negocios<sup>63</sup>.

Se llegó a esta cifra partiéndose de la creencia de que el porcentaje del sobreprecio que podría trasladarse a los compradores indirectos varía de dos tercios —en los mercado monopolizados— a 0% —en condiciones de competencia perfecta—, de tal forma que en mercados con estructuras intermedias se espera poder trasladar la media de dichos valores.

En este contexto cabe analizar de forma intuitiva cuáles serían las probabilidades que tendría un comprador directo de enriquecerse injustamente si planteara una acción para solicitar como daños y perjuicios también la cuantía del sobreprecio que supuestamente repercutió a sus clientes, compradores indirectos. En un mercado monopolizado puede repercutirse un máximo de hasta 67% del total del sobreprecio, lo que implica que un comprador directo podría teóricamente doblar este porcentaje y obtener como máximo un 134%. A este porcentaje se le tendría que añadir el valor del sobreprecio no traspasado aguas-abajo de 34%. Se llegaría a un resultado final de 168%. Pero, tomando en consideración el margen

---

cutir a sus propios clientes el sobreprecio que tuvo que pagar al proveedor que infringió las normas antitrust, mientras que el triángulo T representa la parte que el comprador directo nunca va a poder recuperar porque los compradores indirectos dejan de comprar la misma cantidad de productos como consecuencia de una subida de los precios. Normalmente, esta cantidad irrecuperable no se cuantifica y no se tiene en consideración a la hora de calcular la indemnización, por dos razones. Primero, porque se exige para su valoración mucha más información que la existente y, segundo, porque normalmente tiene un valor económico inferior a R. Sin embargo, no sucede lo mismo en situaciones extremas —mercado monopolizado o mercado perfectamente competitivo—, aspecto que permitió identificarse el porcentaje máximo y mínimo que los compradores directos podrían repercutir a sus clientes, compradores indirectos. Vid. Basso, Leonardo; Ross, Thomas: «Measuring the True Harm from Price-fixing to Both Direct and Indirect Purchasers», 2008, publicación online disponible en <http://strategy.sauder.ubc.ca/>, (consultado por última vez el 21.10.2017).

<sup>62</sup> Vid. VERBOVEN, Frank, VAN DICK, Theon: «Quantification of damages», en ABA Publications in Antitrust, 2006, disponible online en <https://feb.kuleuven.be/>, (consultado por última vez el 14.10.2017).

<sup>63</sup> En economía se ha defendido que un cártel afecta los mercados aguas-abajo de dos formas. En primer lugar, genera un incremento de los costes soportados por el comprador directo, denominado efecto directo sobre los costes o *direct cost effect*. En segundo lugar y, debido a dicho incremento de los costes, ocasiona una pérdida de ganancias derivada de una disminución de las ventas en respuesta a un incremento injustificado de los precios. Este efecto se conoce como *output effect* o *business loss effect*. En su conjunto, conforman lo que en economía se conoce como *pass-on effect*. Vid. HELLWIG, Martin: *Private Damage Claims...*, op. cit., págs. 121-159.

de error del análisis, que podría alcanzar un 50% del valor total de los daños, la diferencia no resultaría tan disparatada. Es más, en los mercados de hoy, que presentan una estructura más desconcentrada, las oportunidades de enriquecerse injustamente serían mínimas y aun así la cuantía total resultaría muy próxima a la que realmente se debería al comprador directo. Basta con que se repercutiera un porcentaje no superior al 50% del sobreprecio anticompetitivo<sup>64</sup>.

La estimación del sobreprecio traspasado al comprador indirecto es considerada un proceso complejo que requiere mucha más información que la necesaria para valorar el daño sufrido por el comprador directo. Su grado de complejidad dependerá especialmente de la forma en que se haya traspasado el sobreprecio en los mercados aguas-abajo<sup>65</sup>. Se requiere la información necesaria para poder analizar los mercados aguas-abajo desde un punto vista dinámico, aspecto que permite al economista determinar de qué forma el traspaso del sobreprecio afectó a cada uno de los niveles de producción o distribución de los bienes<sup>66</sup>.

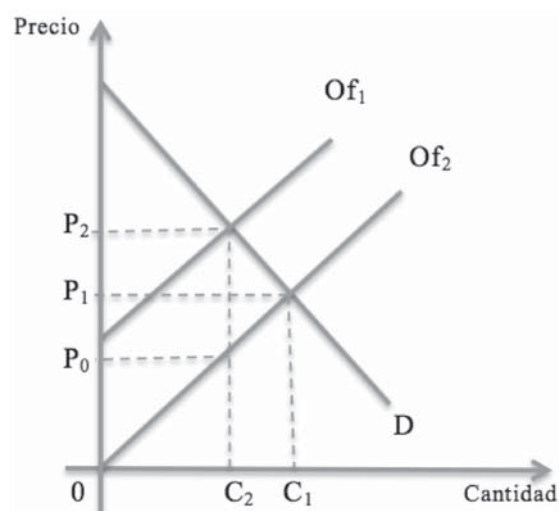
Como veremos a continuación, el sobreprecio anticompetitivo puede ser traspasado aguas-abajo mediante una cuantía económica fija que se sumaría al precio competitivo aplicado a todos los productos afectados por el incremento de los costes soportados por el comprador directo o, mediante una cifra variable que dependería en cada caso de la cantidad de bien cartelizado, utilizada para la producción de cada unidad de output.

<sup>64</sup> Vid. TUDOR, Elena Cristina: «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la sentencia de la A.P. de Madrid, Sección núm. 8, asunto 737/07», en *RCD*, núm. 11, 2012, págs. 277-291.

<sup>65</sup> Vid. ABA: *Proving Antitrust Damages. Legal and Economic Issues*, vol. I, 2nd. ed., ABA Publishing, Illinois, 2010, pág. 225.

<sup>66</sup> Vid. COTTERILL, Ronald, EGAN, Leonard, BUCKHOLD, William: «Beyond Illinois Brick: The Law and Economics of Cost-Pass-Through in the ADM Price-Fixing Case», 18 *Review of Industrial Organization*, 2001, pág. 45.

## 2.2. Traspaso de sobreprecios a través de cuotas fijas



Fuente: VELASCO SAN PEDRO/HERRERO SUÁREZ<sup>67</sup>.

Quando se opte por un valor fijo aplicable a todos los productos y los demás factores que influyan los niveles de la curva de la oferta y la demanda se mantengan constantes, a excepción de la celebración del cártel, el proceso de cuantificación no resultaría excesivamente difícil. Tal situación queda reflejada en el gráfico de arriba.

La recta D representa el nivel de la demanda de los empresarios minoristas y Of1 el de la oferta de un determinado producto que, en condiciones competitivas, se vendería a un precio P1, que corresponde a la cantidad producida C1. Después de la celebración del cártel, los costes de los compradores directos suben. Ello produce una variación del nivel de la oferta de Of1 a Of2, de la cantidad producida de C1 a C2 y del precio de P1 a P2. Este desplazamiento vertical de la curva de la oferta marca el valor del sobreprecio anticompetitivo. El sobreprecio se representa como diferencia entre P2 y P0. Los consumidores soportan un incremento de los precios de P1 a P2 y los compradores directos asumen el valor del sobreprecio que no conseguirían trasladar a sus clientes, calculado como P1-P0. Sólo conseguiría trasladarse aguas-abajo la cantidad P2-P1.

En estas condiciones, en que hemos asumido que los demás factores ajenos a la infracción se mantendrían constantes durante su vigencia, la estimación de los daños generados por un sobreprecio no revestiría grandes dificultades, ya que

<sup>67</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio; HERRERO SUÁREZ, Carmen: «La *Passing-on Defence*...», *op. cit.*, pág. 601.

el precio hipotéticamente competitivo o *but-for* igualaría el precio que operó en el mercado antes de la infracción. Simplemente sería necesario conocer dicho precio<sup>68</sup>.

Sin embargo, supongamos que los demás factores ajenos a la infracción evolucionaran durante la vigencia de la infracción. La estimación de los precios *but-for* resultaría mucho más difícil. Sería necesario determinar los efectos de cada uno de ellos sobre los precios que operaron durante la vigencia de la infracción en cada mercado afectado aguas-abajo. Teóricamente, el comprador indirecto debería proceder, para la adecuada evaluación de los daños, al cálculo del sobreprecio aplicado por los infractores a sus proveedores, por estos últimos a sus clientes, y así sucesivamente, hasta llegar al mercado en que desarrolle su actividad empresarial, con el fin de determinar correctamente aquella parte del sobreprecio que realmente le fue traspasada. Un ejercicio complejo que podría obstaculizar la tramitación de la acción de daños<sup>69</sup>.

En este contexto reviste especial importancia la presunción *iuris tantum* de que le fue traspasado todo el valor del sobreprecio, que introduce la Directiva europea y que conlleva una inversión de la carga de la prueba, de tal forma que el análisis del traspaso de un sobreprecio anticompetitivo aguas-abajo correspondería al que tuviera acceso a más medios probatorios: al infractor, interesado en acreditar que al demandante no le fue trasladado total o parcialmente el sobreprecio anticompetitivo alegado y que el valor P2-P1 se debe en su totalidad o en gran parte a otros factores ajenos a la infracción. Por ejemplo, a una subida de los precios o a una variación del nivel de la demanda que, de todas formas, hubiera generado en condiciones competitivas la misma subida de los precios, experimentada durante la vigencia de la infracción. Llegar a probar este aspecto le permitiría al demandado desvirtuar tal presunción, lo que podría conducir a la exoneración de su responsabilidad o al pago de una indemnización inferior a la solicitada por el comprador indirecto<sup>70</sup>.

### 2.3. Traspaso de los sobreprecios a través de cuotas variables

También es posible traspasar a los mercados aguas-abajo un sobreprecio anticompetitivo a través de cuotas variables, cuando el producto cartelizado sea

<sup>68</sup> Vid. HARRIS, Robert; SULLIVAN, Lawrence: «Passing On the Monopoly Overcharge...», *op. cit.*, págs. 317 y ss.

<sup>69</sup> Vid. LANDES, William; POSNER, Richard: «The Economics of Passing On...», *op. cit.*, páginas 1274 y ss.

<sup>70</sup> Vid. CANTOS, Francisco; CARRERA, Enrique, GONZALO, Pablo: «La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho comparado: propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 36, La Ley, 2013, pág. 14, y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», *Indret* 3/2009, pág. 5.



necesario en proporciones distintas para la fabricación del output. Una vez que los productores del input hayan conspirado para subir los precios, sus clientes valorarán la posibilidad de sustituir el producto cartelizado por otro de características similares, comercializado a un precio más bajo. Este comportamiento podría paliar los efectos negativos del cártel y, en consecuencia, disminuir los daños en mayor o menor medida, atendiendo a la cantidad disponible de productos sustitutivos. Por ello, es imprescindible determinar, con carácter previo a la cuantificación de los daños, el nivel de elasticidad de la oferta y la demanda de estos productos. Por ello, el análisis económico del traspaso de los sobreprecios podría transformarse en uno demasiado complejo y costoso<sup>71</sup>.

La complejidad del análisis aumenta a medida que nos alejamos del mercado cartelizado. Algunos autores afirmaron que los potenciales demandantes que se encuentren en tal situación podrían verse obligados a aportar al expediente una verdadera prueba diabólica y a soportar un incremento de los costes que, en la mayoría de los casos, les disuadiría de exigir sus derechos, aun cuando tengan la posibilidad de aunar sus pretensiones a través de una acción de clase<sup>72</sup>.

Tal situación se da a menudo cuando el producto cartelizado es utilizado para la fabricación de otro bien, cambiando de forma. Un ejemplo práctico elocuente es el de los fabricantes de lisina —un aditivo utilizado para la fabricación de comida para animales— que optaron por fijar los precios de este producto comprado por los fabricantes de pienso<sup>73</sup>. Éstos últimos soportaron un aumento de costes que intentaron traspasar en la mayor medida posible a sus clientes ganaderos. La parte del sobreprecio pagada por los criaderos de animales quedaría reflejada en el precio del ganado, vendido a los carniceros y posteriormente en el de la carne adquirida por los restaurantes. Los mayores perjudicados resultan ser los consumidores que compran la carne, ya que, a cada nivel, los potenciales demandantes interesados en plantear una demanda están obligados a estimar el valor de los precios *but-for*. Evidentemente, le resultaría mucho más difícil probar el valor del sobreprecio a un consumidor que a un carnicero, puesto que el análisis económico de la parte del sobreprecio trasladado al carnicero se pararía a la mitad de la cadena. En el caso del consumidor resultaría prácticamente imposible probar dicho traspaso, por falta de suficientes pruebas que acrediten que los efectos del cártel de la lisina llegaron a manifestarse en un mercado tan lejano como el del consumo de carne en un restaurante<sup>74</sup>. El cártel español del azúcar podría ser otro ejemplo.

Finalmente, es importante destacar que, a medida que nos alejemos del mercado cartelizado, el número de las víctimas tiende a crecer, de tal forma que podría resultar imprescindible incentivar la tramitación de acciones de daños en estos

<sup>71</sup> Vid. HOVENKAMP, Herbert: *Antitrust Law...*, *op. cit.*, pág. 462.

<sup>72</sup> Vid. LANDES, William, POSNER, Richard: «Should Indirect Purchasers...», *op. cit.*, pág. 602.

<sup>73</sup> Vid. *Amino Acid Lysine Antitrust Litig.*, 196 WL355368 (N.D. Ill. 1996).

<sup>74</sup> Vid. COTTERILL, Ronald; EGAN, Leonard; BUCKHOLD, William: «Beyond Illinois Brick...», *op. cit.*, págs. 45-52.

casos mediante la creación de instrumentos jurídicos adecuados para las víctimas que sufran un daño de escasa cantidad. Una alternativa sería permitirles aunar sus demandas mediante la interposición de una acción de clase. Sin embargo, la Directiva europea de daños no trata este aspecto y la experiencia adquirida en estos casos por los jueces estadounidenses prueba que no en cualquier situación sería posible iniciar una acción de clase, debido a las dificultades procesales enfrentadas por los potenciales demandantes, especialmente a la hora de acreditar la legitimación activa de la clase<sup>75</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente resulta que los planteamientos y debates jurídicos y económicos que surgieron en torno a la situación jurídica de los compradores indirectos y de la así llamada teoría de la *passing-on*, con sus dos vertientes ofensiva y defensiva, condujeron a la conclusión de que no resulta posible traspasar aguas-abajo todo el valor de un sobreprecio anticompetitivo, de modo que el daño derivado de una infracción será compartido con carácter general entre los compradores directos e indirectos, en mayor o menor medida, en función de las particularidades de cada caso. Un aspecto que, unido al hecho de que la tramitación de estos procedimientos podría resultar muy costosa en comparación con el valor real del daño, que tampoco puede probarse con exactitud, hizo que el número de estas acciones de daños sea muy inferior al teóricamente esperado, si se atendiera al número de compradores indirectos afectados por prácticas antitrust en Europa. En este contexto, y por influencia anglosajona, se redactó la Directiva 2014/104/CE, que vino a introducir en su art. 14 la presunción *iuris tantum* de que al comprador indirecto se le traspasa en principio todo el sobreprecio anticompetitivo para aliviarse en la medida de lo posible la carga probatoria de los afectados y fomentar la interposición de estas acciones. Sin embargo, como se ha destacado, a pesar de la introducción de esta presunción, los demandantes deberán presentar un informe pericial de cuantificación de daños, porque es de esperar que lo haga la contraparte, sin que pueda eludirse en el procedimiento el debate sobre la forma en que resultó posible el traspaso de los daños aguas-abajo, atendiendo a las características de los mercados y, en especial, de las curvas de la demanda y oferta. De modo que, en cualquier caso, los compradores indirectos no podrán evitar los altos costes que implica la tramitación de estos procedimientos.

En este contexto hubiera resultado mucho más adecuado que la Directiva tratase también la posibilidad de los compradores indirectos de aunar sus pretensiones a través de la interposición de una acción de clase. Al obviarse esta posibilidad, en un contexto en que la mayoría de estas acciones son acciones *follow-on*, y ante la disparidad existente entre las legislaciones de los distintos Estados miembros,

---

<sup>75</sup> Vid., por ejemplo, PAGE, William: «The Limits of State Purchasers Suits: Class Certification in the Shadow of Illinois Brick», 67 *Antitrust Law Journal*, núm. 1, 1999, págs. 1-35.

#### LAS ACCIONES DE DAÑOS ANTITRUST INTERPUESTAS POR LOS COMPRADORES...

especialmente porque no todas reconocen la posibilidad de plantearse acciones de clase, se tendrá que esperar para valorar adecuadamente si con la aplicación del texto legal se llegaría a fomentar la interposición de acciones de daños por parte de los compradores indirectos.



## **PRÁCTICA JURÍDICA**



## **CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL, ¿ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA O ARRENDAMIENTO DE LOCAL?**

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

*Notaria*

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

*Notaria*

### **RESUMEN**

En este artículo se trata la problemática existente en torno a la calificación del contrato de arrendamiento que tiene por objeto un establecimiento mercantil. En concreto, si ha de considerarse como arrendamiento de industria o como arrendamiento de local. Decantarnos por una u otra opción conlleva la sujeción a distinto régimen jurídico: o bien a los arts. 1542 y ss. del Código Civil o bien al Título III de la Ley de Arrendamientos Urbanos, respectivamente. A lo largo de su exposición analizamos cuál parece ser la voluntad del legislador a este respecto (a la vista también del reciente anteproyecto de Código Mercantil), así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

**Palabras clave:** arrendamiento, establecimiento mercantil, arrendamiento de industria, local de negocio, régimen jurídico.



BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA Y LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

## CLASSIFICATION OF LEASES FOR A TRADING ESTABLISHMENT – INDUSTRIAL LEASE OR LEASE OF PREMISES?

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

*Notary Public*

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

*Notary Public*

### ABSTRACT

This article deals with the existing issues regarding the lease contract of an industrial establishment. In particular, if the mentioned contract is to be considered as a business lease or as a premises lease. Choosing one or another alternative implies that the contract will be subject to a different legal regulation: either to arts. 1542 et seq. of the Civil Code or to Title III of the Law of Urban Leases, respectively. Throughout this article we analyze what seems to be the will of the legislator in this regard (also in the light of the recent preliminary draft of the Commercial Law Code) as well as the case-law of the Supreme Court on the matter.

**Keywords:** lease contract, industrial establishment, lease of industrial establishment, business premises, legal regulation.

**SUMARIO:** I. PUNTO DE PARTIDA: CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.— II. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL.—III. CONSECUENCIAS DE LA SUJECCIÓN A UNO U OTRO RÉGIMEN.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL. 1. Postura y tendencia del legislador. 2. Postura del Tribunal Supremo. 3. Relación con el anteproyecto del Código Mercantil.—V. DISTINCIÓN ENTRE ALQUILER DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL Y LOCAL DE NEGOCIO.— VI. CONCLUSIÓN.

## **I. PUNTO DE PARTIDA: CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL**

El Código Civil, el Código de Comercio y la legislación societaria utilizan el concepto de establecimiento mercantil, pero no lo definen. A modo de ejemplo: el Código Civil menciona el establecimiento mercantil en los arts. 10, 166, 271, 323, 324, 1360 y 1389; el Código de Comercio lo menciona en el art. 3 al tratar del establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil; el art. 33 sobre el reconocimiento de libros del empresario, o el art. 283 sobre el gerente de una empresa o establecimiento fabril o comercial; y en el ámbito societario, el art. 9 TRLS: «1. *Las sociedades de capital fijarán su domicilio dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación*».

- a) En realidad podemos dar dos conceptos de establecimiento mercantil:
- b) El concepto amplio, según el cual hablamos de un conjunto organizado de bienes y derechos con los cuales el empresario lleva a cabo su actividad. Vemos que se incluyen bienes y derechos de cualquier tipo, materiales e inmateriales, muebles e inmuebles, de los que se es propietario o no.

El concepto restrictivo, acogido, como veremos, por el anteproyecto de Código Mercantil, según el cual son los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad (*vid.* art. 131-3).

Esta aproximación básicamente «inmobiliaria» tiene indudables ventajas, ya que normalmente este establecimiento, como base física, será el elemento más permanente de la empresa (lo que es relevante a efectos de localización del empresario y la práctica de notificaciones). Además, el inmueble cuenta con un valor intrínseco e independiente de la actividad del comerciante. Por ello, la hipoteca del establecimiento mercantil ha de comprender, necesariamente, el derecho (de

propiedad o como arrendatario) que el hipotecante tenga sobre el inmueble. Por contra, el inconveniente de la aproximación del establecimiento como inmueble es que, en principio, excluye las mercaderías, materias primas, fondo de comercio y clientela, de gran valor en el tráfico.

Por otro lado, cabe pensar en establecimientos mercantiles que no sean inmuebles, como un barco o las atracciones de una feria. En ambos casos parece difícil que estemos ante verdaderos establecimientos mercantiles, por ejemplo, ante la falta de idoneidad para recibir notificaciones formales. No obstante, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (art. 2) y el Texto Refundido de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios (art. 59 bis) consideran establecimiento comercial o mercantil: *«Toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual»*.

## II. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

En relación con el contrato de arrendamiento de establecimiento mercantil se plantea la problemática acerca de **cuál es el régimen jurídico aplicable** al mismo: ¿ha de quedar sujeto al régimen establecido en el Código Civil, que regula el arrendamiento de industria o por el contrario a la Ley de Arrendamientos Urbanos, que regula el arrendamiento de local para uso distinto de vivienda?

Para abordar de una manera adecuada la materia y como analizaremos a lo largo de este artículo, no podemos olvidar que esta cuestión relativa al régimen jurídico aplicable se entronca con **la calificación que hagamos del contrato**, a saber, la **dicotomía entre los conceptos de arrendamiento de industria y de local de negocio**. Más adelante profundizaremos en el concepto de arrendamiento de industria delimitándolo con el arrendamiento de local de negocio, con el que presenta rasgos semejantes.

## III. CONSECUENCIAS DE LA SUJECCIÓN A UNO U OTRO RÉGIMEN

En este punto hemos de tener en cuenta que no es una cuestión baladí, pues el diferente régimen aplicable tiene importantes consecuencias. Sin carácter exhaustivo y centrándonos en las principales diferencias, podemos destacar que la calificación que se haga del contrato afectará:

- + En materia de **duración**; ya que mientras que la sujeción al régimen establecido en el Código Civil (en concreto el artículo 1581 del Código Civil) fija plazos mínimos en función de si el arriendo se ha fijado anual, mensual o diario; por su parte, la Ley de Arrendamientos Urbanos establece de una

manera expresa que rige como regla fundamental en la duración de los arrendamientos para uso distinto de vivienda la voluntad de las partes (artículo 4.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

- + En cuanto a la **formalización** del arrendamiento; si bien al arrendamiento sujeto al Código Civil le son aplicables las reglas generales de forma de los artículos 1278 y siguientes del Código Civil, al arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos le es aplicable la regla especial del artículo 37 de la citada ley. Dicho artículo contempla que las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento, y en tal caso deberán constar expresamente las circunstancias relativas a la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado.
- + También hemos de resaltar que mientras que al arrendamiento sujeto al régimen del Código Civil no presenta especialidad alguna en materia de **tanteos y retractos**, salvo pacto en contrario de las partes; en el caso de estar sujeto el arrendamiento al régimen de la Ley especial de Arrendamientos Urbanos presentará las peculiaridades que recoge el artículo 25, por remisión del artículo 31. Esta diferencia se manifiesta entre otras cuestiones en que la Ley de Arrendamientos Urbanos impone obligaciones desde el punto de vista de notificación que ha de verificarse en determinados plazos y con escasos supuestos que admiten excepciones.
- + En materia de **cesión y subarriendo**, mientras que el art. 32 de la LAU permite ambos sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador, sin perjuicio del derecho a elevación de la renta y de que éste sí que deba de ser notificado fehacientemente con la pertinente antelación; el art. 1550 CC prevé que en el contrato pueda prohibirse éste expresamente.

#### IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

Centrándonos ahora ya en cuál ha de ser la respuesta a la pregunta antes planteada, procedemos a analizar la postura sobre la materia, tanto del legislador como del Tribunal Supremo.

##### 1. Postura y tendencia del legislador

Como prolegómeno, acudimos a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que excluía expresamente del ámbito de aplicación de la ley al citado arrendamiento de establecimiento mercantil. En concreto, el artículo 3.1 de la citada ley señalaba: «El arrendamiento de industria o negocio, de la clase que fuere, **queda**

*excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral».*

Por otro lado, en lo que se refiere a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, no contiene un precepto en que expresamente se excluya de su ámbito de aplicación dicho contrato de arrendamiento de establecimiento mercantil. Si bien, esto resulta de forma tangencial del artículo 3.1 de la Ley, que enfatiza la necesidad de que el arrendamiento para uso distinto del de vivienda recaiga sobre una edificación y, como profundizaremos más adelante, el arrendamiento de industria o negocio comprende un objeto más amplio.

## 2. Postura del Tribunal Supremo

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha reiterado en múltiples ocasiones, como iremos viendo a lo largo de la exposición, señalando que el régimen jurídico aplicable al arrendamiento de establecimiento mercantil no puede sino ser el contenido en el Código Civil. Esta postura de la Sala Primera del Tribunal Supremo focaliza sus argumentos en la falta de una regulación especial que se pronuncie sobre la materia y marca la importancia de la distinción con el local de negocio, cuestión en la que nos centraremos en el siguiente epígrafe. En este sentido, el Tribunal Supremo sigue, por tanto, la postura indirectamente sostenida por la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

## 3. Relación con el anteproyecto del Código Mercantil

Ahora bien, una vez expuestas la postura del legislador y del Tribunal Supremo, hemos de, al menos, apuntar la novedad que sobre la materia podría contener el anteproyecto del Código Mercantil. Teniendo siempre en cuenta que no está aún en vigor y que puede que no llegue a estarlo nunca, resulta interesante acudir al ya referido **artículo 131-3 del Anteproyecto**, que al definir el establecimiento mercantil señala que: *«Son establecimientos mercantiles los bienes inmuebles y las instalaciones en los que el empresario desarrolla su actividad».*

Este precepto parece incidir en el aspecto inmobiliario del establecimiento mercantil refiriéndose expresamente a los bienes inmuebles e instalaciones; y desde esta perspectiva restrictiva, centrada en esencia en el elemento más permanente de la empresa, podría llevar a una solución distinta a la actual en cuanto al régimen jurídico aplicable al arrendamiento de establecimiento mercantil, considerándose como arrendamiento meramente de local y no de industria.

## V. DISTINCIÓN ENTRE ALQUILER DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL Y LOCAL DE NEGOCIO

De acuerdo con lo expuesto previamente, la problemática consiste en cuál ha de ser la calificación del contrato, habiendo de diferenciar el arrendamiento de industria del arrendamiento de local para negocio o uso distinto de vivienda. Sobre la materia se ha pronunciado en diversas ocasiones la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia número 137/2000, de 21 de febrero de 2000 y número 729/2006, de 7 de julio.

En dichas sentencias la postura del Tribunal Supremo es diáfana, marcando la distinción entre ambos contratos al señalar que:

- Mientras que en el contrato de alquiler de local de negocio el objeto de la cesión se limita al elemento inmobiliario, es decir, un espacio susceptible de que en él se explote un negocio o industria. A título de ejemplo podría ser una nave industrial vacía, una oficina, un espacio en un centro comercial o un local comercial.
- Por otro lado, en el arrendamiento de establecimiento mercantil el objeto contractual tiene una doble composición. En este sentido, el primer elemento sería el local como soporte material y el segundo, el negocio que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial.

Además, en este segundo contrato nos encontramos, no solo con un mayor objeto, sino también una mayor amplitud en materia de obligaciones y derechos por parte de arrendador y arrendatario. A modo de ejemplo:

- La obligación del arrendador de entregar el establecimiento al arrendatario, incluyendo todo lo necesario para su normal explotación.
- La obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico del establecimiento (por ejemplo, absteniéndose de realizar actos de competencia).
- Obligación del arrendatario de explotar la empresa, pues la inactividad en la explotación deprecia la empresa, la cual ha de ser restituida en las condiciones en las que se comenzó a arrendar. En aquellos casos en los que la empresa se devuelve con más valor del que tenía al inicio del arrendamiento, es de aplicación el art. 1573 CC, en virtud del cual el arrendatario puede percibir una indemnización. Por el contrario, si se devuelve una empresa depreciada, puede haber indemnización a favor del arrendador.
- La existencia de facultades dispositivas sobre las mercaderías por el arrendatario, que realmente no es su dueño (aspecto común con el usufructo de

establecimiento mercantil). Al vencimiento del contrato, el arrendatario deberá haber repuesto unas existencias equivalentes a las que recibió.

No obstante, sobre la materia profundiza el Tribunal Supremo y señala que no es preciso que el arrendador aporte todos los enseres y útiles necesarios para el desarrollo de la actividad, pues pueden ser ampliados o mejorados con los que aporte el arrendatario, incluso ser sustituidos, sin que ello afecte a la calificación y naturaleza del contrato. A título de ejemplo, algunas de las maquinarias precisas para el desarrollo de la actividad pueden ser aportadas por el arrendatario sin que ello altere su calificación como arrendamiento de establecimiento mercantil. Esto se debe a que la calificación del contrato se debe focalizar en la esencia del contrato y su finalidad, sin detenerse en cuestiones circunstanciales.

En relación con el análisis del concepto de contrato de establecimiento mercantil, hemos de traer asimismo a colación el artículo 3.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, donde tras excluir el citado contrato del cuerpo legal procedía a ofrecer una definición del mismo. En este sentido señalaba que: «*Sólo se reputará existente dicho arrendamiento (de establecimiento mercantil) cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una **unidad patrimonial con vida propia** y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de meras formalidades administrativas*». Por lo que también la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 acentuaba la esencia del citado contrato en la vida propia del mismo.

Una vez hechas estas consideraciones hemos de plantearnos **a quién corresponde la calificación del contrato**, determinando si se trata de un alquiler de establecimiento mercantil o de un local de negocio; correspondiendo a las partes a la hora de la formalización del contrato. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que dicha calificación reviste una gran importancia habida consideración de que si hubiera alguna cuestión litigiosa que acabara ante los tribunales, la naturaleza jurídica del contrato no se vería afectada por el *nomen iuris* dado por las partes en su día. Es decir, **la denominación que las partes asignen no muta su naturaleza jurídica**, sino que se habrá de estar siempre al concreto objeto transmitido en uso y disfrute, prevaleciendo pues siempre una calificación objetiva.

## VI. CONCLUSIÓN

A la vista de la actual regulación y jurisprudencia sobre la materia, el arrendamiento de establecimiento mercantil tiene un mejor encaje en la figura del **arrendamiento de negocio o industria**, como tal sujeto al **régimen del Código Civil** (arts. 1542 y ss.), tanto por su amplio objeto como por su específico contenido contractual. No obstante, se han de realizar dos consideraciones finales:



- Esto puede variar si llega a entrar en vigor el Código Mercantil, pues si continúa la línea sentada por el Anteproyecto de 2014, este nuevo texto legal pone el énfasis en el elemento inmobiliario (es decir, en el local como base del establecimiento mercantil), restringiendo así su objeto y por consiguiente tal contenido contractual.
- En el tráfico jurídico, por razones de seguridad jurídica, suelen superponerse ambos contratos: junto con el contrato de arrendamiento de establecimiento, se celebra también el del local, sujeto a las especialidades y garantías de la LAU y con posibilidad de ser inscrito en el Registro de la Propiedad con el fin de ser oponible a tercero y gozar así de una mayor protección.

Por último, se ha de tener en cuenta que, en caso de constituirse hipoteca mobiliaria sobre establecimiento mercantil:

- Si la constituye el propietario, a la vista del art. 20 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento, ésta habrá de incluir necesariamente el arrendamiento del local, que constituye el fundamento sobre el que se asienta la garantía base de la seguridad de los acreedores y de la claridad del tráfico jurídico. Así esto, en caso de estar previamente arrendado tal establecimiento mercantil, ¿solamente prevalecería el derecho personal del arrendatario frente al derecho real de hipoteca constituido con posterioridad en el caso de estar inscrito en el Registro de la Propiedad? Se ha de entender que no, puesto que el art. 20 habla de tal extensión al arrendamiento «si lo tuviere el hipotecante», entendiéndose que no lo tiene cuando se haya arrendado con anterioridad el establecimiento mercantil, que incluye el local.
- También puede constituirla el arrendatario (art. 19 LHMPSD). La ley exige que el hipotecante tenga facultad de ceder el contrato («traspasar» según los términos legales), lo cual hay que hacer constar en la escritura.



## **ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES**



## **DERECHO CONTRACTUAL**

### **LA CESIÓN GLOBAL DEL NEGOCIO BANCARIO. CONSECUENCIAS JURÍDICAS**

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

#### **RESUMEN**

El presente estudio se va a centrar en el análisis de la cesión global del negocio bancario de Bankpime a Caixabank en el que se enmarca la cesión de contratos suscritos por Bankpime con sus clientes y todas las cuestiones relacionadas con tales operaciones, tales como el cumplimiento de las obligaciones de información que impone la normativa del mercado de valores a entidades de inversión y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, o la legitimación pasiva para soportar la acción de anulación por error vicio del consentimiento en la comercialización de productos de inversión que corresponden al cesionario, tal y como han sido planteadas y resueltas en la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017 y las sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 1 de febrero de 2018 (dos); de 13 de febrero de 2018 y de 26 de abril de 2018.

**Palabras clave:** cesión global, negocio bancario, cesión de contratos, deberes de información, mercado de valores, error en el consentimiento, anulación, caducidad y productos de inversión.

### **GLOBAL ASSIGNMENT OF THE BANKING BUSINESS. LEGAL CONSEQUENCES**

**ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT**  
*Contracted Doctoral Lecturer in Civil Law. UCM.*

#### **ABSTRACT**

The present paper will focus on an analysis of the global assignment of Bankpime's banking business in favour of Caixabank, an operation framed in the assignment of con-

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

tracts signed by Bankpime with its customers and including all the issues related to these transactions, such as the performance of the information obligations imposed by the securities market regulations on investment institutions and the consequences arising from any failure to comply, or the legal standing to be sued in order to face legal action for cancellation due to error or flaw in the consent obtained during the sale of the investment products corresponding to the assignee, as have been raised and resolved in the judgment of the Supreme Court, at the Plenary of the Civil Division, on November 29th, 2017, and the judgments of this same Court and Division dated February 1st, 2018 (two); February 13th, 2018; and April 26th, 2018.

**Key words:** global assignment, banking business, assignment of contracts, duties of information, securities market, error in consent, cancellation, lapsing, and investment products.

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INEFICACIA FRENTE A LOS CLIENTES DE LA EXENCIÓN DE LOS «PASIVOS CONTINGENTES» DE LA TRANSMISIÓN DEL NEGOCIO BANCARIO.—III. LA CESIÓN GLOBAL DEL NEGOCIO BANCARIO Y DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL DE BANKPIME.—IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL ERROR VICIO. 1. Normativa del Mercado de Valores. 2. El deber de información contenido en la normativa del mercado de valores. 3. Error vicio del consentimiento. Incumplimiento del deber de información. 4. Incumplimiento de los test de conveniencia e idoneidad.—V. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS.—VI. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS. EFECTOS Y CONFIRMACIÓN O CONVALIDACIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 29 de noviembre de 2017<sup>1</sup> y otras posteriores de este mismo Alto Tribunal que operan en el mismo sentido —sentencias de 1 de febrero de 2018 (dos)<sup>2</sup>, de 13 de febrero de 2018<sup>3</sup> y 26 de abril de 2018<sup>4</sup>— se analiza la cesión global del activo y pasivo del negocio bancario de Bankpime a Caixabank en la que se enmarca la cesión de contratos suscritos por Bankpime con sus clientes; la eficacia o no de la cláusula contractual establecida en el contrato de cesión relativo a la exención de los «pasivos contingentes», tales como las reclamaciones que pudieran derivarse de las actividades pasadas del cedente Bankpime y, en consecuencia, si se defraudan o no los legítimos derechos de los clientes bancarios de Bankpime en la protección de su posición contractual en caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Asimismo, se plantea la legitimación pasiva de Caixabank, que adquirió el negocio bancario de la entidad Bankpime, que contrató con los demandantes, en concreto, comercializó y ofertó los bonos de General Motors Company a éstos. También, como producto de inversión completo que representa la adquisición de tales bonos, la entidad financiera Bankpime —ahora Caixabank— debe cumplir con los deberes de información que impone la normativa reguladora del mercado de valores. Tal falta de información puede determinar la anulabilidad del contrato por error como vicio del consentimiento. En fin, se cuestiona en la citada sentencia si se estima la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad que propone Caixabank y, asimismo, si se puede entender que determinadas actuaciones de los clientes convalidan o confirman el contrato. Todas estas materias expuestas son objeto del oportuno tratamiento en el presente estudio.

---

<sup>1</sup> LA LEY 167408/2017.

<sup>2</sup> RJ 2018/214 y RJ 2018/297.

<sup>3</sup> RJ 2018/465.

<sup>4</sup> RJ 2018/1792.



Si bien, antes de proceder a tal análisis, nos parece oportuno señalar los hechos sobre los que se sustenta la citada sentencia de 29 de noviembre de 2017. El 28 de agosto de 2007 los demandantes suscribieron con el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S. A. (en lo sucesivo, Bankpime), sendas órdenes de compra de bonos de General Motors Company con vencimiento en julio de 2013 y un valor nominal de 24.000 euros, por los que pagaron 22.624,80 euros.

Bankpime no informó a sus clientes sobre la naturaleza y riesgos del producto de inversión que comercializó.

Tampoco los demandantes no recibieron el cupón de dichos bonos que les correspondía percibir en julio de 2009. El banco les informó que la empresa emisora de los bonos había sido intervenida por el gobierno norteamericano, que los bonos habían dejado de producir intereses y que su valor se había reducido drásticamente.

El 1 de diciembre de 2011 se elevó a escritura pública el «contrato de compraventa de negocio bancario», suscrito el 29 de septiembre de ese mismo año, por el que Bankpime transmitió a Caixabank «su negocio bancario como unidad económica» (cláusula primera). En dicho contrato habían intervenido también los tres accionistas de referencia de Bankpime «únicamente a los efectos de comprometerse a votar a favor de los acuerdos de la Junta general de Bankpime».

En el contrato, las partes acordaron que el comprador adquiriría únicamente los elementos patrimoniales que conformaban el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, «sin sucesión universal».

Bajo la rúbrica «cesión del negocio transmitido», en la cláusula segunda se relacionaron los activos y pasivos transmitidos. Se estipuló que «el vendedor cederá al comprador los contratos y las operaciones relacionadas con el Negocio Transmitido, que los asumirá en los términos establecidos en este contrato». Y bajo la rúbrica «cesión del negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el negocio transmitido», se acordó lo siguiente: «El vendedor cederá al comprador, que asumirá en virtud de tal cesión la posición contractual del primero, el negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas otras actividades relacionadas o derivadas del negocio transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia Bankpime».

En la cláusula cuarta del contrato se estableció: «El comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente asumidos en la cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente contrato y constituyen pasivos retenidos por el vendedor y no transmitidos al comprador los pasivos contingentes, tales como reclamaciones

contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor pasada o futura. (...) El vendedor mantendrá indemne al comprador por los daños y perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de los pasivos no cedidos».

En el contrato se hizo constar que la declaración de Bankpime en el sentido de que con el precio recibido y los activos no bancarios que no se transmitían, la entidad cedente, Bankpime, quedaba con recursos suficientes para hacer frente a los pasivos remanentes (Expositivo IV).

Tras la firma y elevación a escritura pública del contrato, previa aprobación en la Junta general de la sociedad vendedora, Bankpime pasó a denominarse Ipme 2012, S. A., renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y fue dado de baja en el Registro de Bancos y Banqueros a finales de 2012, tras lo cual entró en concurso, en el que se abrió la fase de liquidación al no aprobarse el convenio.

Con posterioridad a la celebración del «contrato de compraventa del negocio bancario», los demandantes recibieron de Caixabank una comunicación estandarizada informándoles de «las principales mejoras que se incorporarán a sus productos y servicios financieros, una vez esté completada la integración operativa del negocio bancario del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S. A. (Bankpime) en Caixabank, S. A.». También recibieron de Caixabank las comunicaciones periódicas relativas a las relaciones contractuales que había suscrito con Bankpime.

Las sucursales de Bankpime y los empleados que en ellas trabajaban pasaron a serlo de Caixabank.

Los demandantes interpusieron una demanda contra Caixabank el 18 de junio de 2013, en la que solicitaron que se declarara la nulidad de las órdenes de adquisición de los bonos de General Motors por vicios del consentimiento o, alternativamente, la resolución de los contratos bancarios y de las órdenes de adquisición por incumplimiento por parte de la demandada de sus obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información, y en caso de estimación de cualquiera de ambas acciones, se condenara a Caixabank a devolver la cantidad invertida con sus intereses, con subrogación de Caixabank en la titularidad de los productos de inversión objeto del contrato.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 15, de Madrid, de 30 de marzo de 2016, estimó la demanda, declaró la nulidad de los contratos y las órdenes de compra de los valores que se especifican en la demanda. Asimismo, condenó a Caixabank a restituir a los demandantes el nominal de los bonos adquiridos, 24.000 euros, más el interés legal desde la contratación del producto, así como el pago de las costas. Desestimó la excepción de caducidad de la acción por entender que el cómputo del plazo debía hacerse desde la consumación del

contrato y no desde su perfección. Y afirmó que los demandantes habían incurrido en error invalidante del consentimiento porque Bankpime no había cumplido los deberes de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores.

Caixabank apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2015, desestimó el recurso, salvo en lo relativo a la cantidad a reintegrar a los demandantes, que fijó en el importe de lo efectivamente abonado por la compra de los bonos y no en el importe nominal de éstos.

La Audiencia afirmó que Caixabank tenía legitimación pasiva, lo que justificó mediante la transcripción parcial de varias sentencias de otras Audiencias que así lo habían afirmado. Conforme a los argumentos contenidos en las sentencias transcritas, Caixabank, con arreglo al contrato que celebró con Bankpime, pasó a ocupar la posición contractual que éste tenía respecto de sus clientes en los contratos celebrados por éstos con Bankpime, objeto del negocio bancario transmitido, en virtud del «Contrato de compraventa de negocio» de 29 de septiembre de 2011, mediante el que se transmitió el negocio bancario de Bankpime a Caixabank como unidad económica.

El contrato celebrado entre Bankpime y Caixabank no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en conexión con una relación recíproca que les daba sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Esa cesión no solo comprendió derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos.

El cliente consintió la cesión contractual, porque continuó trabajando con Caixabank sin protesta alguna. Pero su consentimiento no puede extenderse a que la cesionaria se desentienda de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con Bankpime, porque nunca tuvo noticia ni medio de conocer que las reclamaciones que por responsabilidad extracontractual o contractual pudieran hacerse, derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con Bankpime, estuvieran excluidas de la transmisión efectuada entre tales entidades.

Según la Audiencia Provincial, estamos en presencia de una verdadera cesión de contratos, entre ellos los suscritos con Bankpime por los demandantes, de manera que Caixabank debe responder ante los demandantes de igual forma y con idéntico alcance que lo haría Bankpime, al haber asumido expresamente la posición contractual de éste; si bien, de acuerdo con las condiciones pactadas entre ambas sociedades en la transmisión del negocio bancario, el cedente no quedó liberado de responsabilidad frente al cesionario ante una hipotética acción de repetición que éste pudiera dirigirle.

A continuación, la Audiencia Provincial desestimó la excepción de caducidad porque el momento inicial del plazo de caducidad no era el de la emisión de la orden de compra, sino el del momento en que los recurrentes fueron conscientes del error en el consentimiento contractual, conforme a la doctrina sentada en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, que transcribió en parte. Aplicando esta doctrina, la Audiencia Provincial concluyó que la acción de nulidad se ejercitó antes de que transcurriera el plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil.

Finalmente, la Audiencia Provincial confirmó la existencia de error en el consentimiento porque la entidad financiera que comercializó los bonos no cumplió con los deberes de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores, pues los demandantes no tuvieron a su disposición información sobre los riesgos del producto.

Por todo lo cual, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, salvo en lo relativo a la cantidad a reintegrar a los demandantes, que fijó en 22.624,80 euros, importe de lo efectivamente pagado por los demandantes por la adquisición de los bonos de General Motors.

En base a todo lo anterior, Caixabank interpone recurso de casación articulado en tres motivos, que han sido admitidos:

1. Se basa en la infracción de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta. Errónea inclusión del contrato de compraventa de valores en los activos y pasivos adquiridos por Caixabank de Bankpime, y admisión de acción de nulidad frente a quien no ha sido parte en el contrato. Los argumentos que se exponen para sustentar este motivo son:

El primero de ellos es que los demandantes no habrían podido siquiera dirigir la acción de nulidad, con solicitud de restitución, contra Bankpime porque éste fue intermediario en la compra del producto de inversión, los bonos de General Motors, pero no fue el vendedor.

El segundo consiste en que aunque Bankpime hubiera sido vendedor de los bonos, el contrato estaba consumado en el momento de la venta del negocio bancario a Caixabank, por ser un contrato de tracto único, por lo que no pudo ser objeto de cesión por Bankpime a Caixabank.

Y el tercero se basa en que, aunque se entendiera que dicho contrato hubiera podido ser objeto de cesión en la venta del negocio bancario, Caixabank y Bankpime incluyeron en el contrato una cláusula que excluía de la cesión los «pasivos contingentes» las reclamaciones presentes o futuras.

El Tribunal Supremo resuelve en primer lugar sobre el tercer argumento planteado, pues considera que es el que presenta un mayor interés casacional.

2. Sobre la infracción del artículo 1.301 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, se indica la errónea identificación del «dies a quo» en la computación del plazo de caducidad de cuatro años para el ejercicio de la acción de nulidad por error en el consentimiento objeto del presente procedimiento. En el desarrollo del motivo, además de algunas cuestiones de naturaleza heterogénea que nada tienen que ver con la infracción legal denunciada, se alega que la acción estaría caducada porque el contrato cuya nulidad se solicita es de tracto único y su consumación se identifica con la perfección del contrato, que se celebró en 2007, mientras que la demanda se interpuso en junio de 2013.

De no aceptarse lo anterior, el recurrente alega que las primeras noticias sobre las dificultades de General Motors se produjeron a finales de 2008 y principios de 2009, y los demandantes reconocen que solo se les pagaron los rendimientos del producto adquirido en 2008 y que en 2009 el banco les comunicó que su producto no generaba intereses porque el gobierno de Estados Unidos había intervenido General Motors, por lo que también habría caducado la acción.

3. Lo que se formula como tercer motivo del recurso para el Tribunal Supremo no lo es en realidad, puesto que en él no se denuncia una infracción legal, sino que se justifica la existencia de interés casacional, por contradicción en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con relación a la infracción legal denunciada en el primer motivo (falta de legitimación pasiva de Caixabank en las reclamaciones cursadas por responsabilidad contractual derivada de la actividad de Bankpime). Por tal razón, no procede su examen autónomo, puesto que solo sirve para justificar el interés casacional determinante de la admisión del primer motivo del recurso.

En este contexto hay que señalar que, pocos días antes del señalado para la primera deliberación, votación y fallo del recurso, Caixabank presentó un escrito en el que comunicaba, como hecho nuevo, que el Juzgado Mercantil ante el que se tramita el concurso de acreedores de Ipme 2012, S. A., había autorizado a la administración concursal para que negociara con los acreedores titulares de créditos litigiosos a fin de alcanzar posibles acuerdos transaccionales. De dicho escrito se dio vista a la parte recurrida, que presentó un escrito con sus alegaciones. El Tribunal Supremo opera sobre la irrelevancia del hecho nuevo, pues no resulta razonable que un supuesto «hecho nuevo» que derivaría de una resolución judicial dictada el 16 de mayo de 2017 sea comunicado a este tribunal varios meses después de su acaecimiento y pocos días antes del señalado en un primer momento para la deliberación, votación y fallo del recurso.

El trámite a dar a dicha alegación, conforme a lo previsto en el artículo 286.2 de la LEC, que exige dar audiencia a la otra parte, habría determinado casi con toda seguridad la suspensión del señalamiento realizado meses antes, lo que sólo se evitó, porque se abocó el conocimiento del asunto al pleno del tribunal, por lo que la suspensión del señalamiento no vino determinado por la conducta de la recurrente sino por las necesidades del propio tribunal.

Por otra parte, se indica que, siendo la revisión que se realiza en el recurso de casación de carácter jurídico sustantivo, y no fáctico, por regla general no puede aceptarse que estando pendiente el recurso de casación puedan alegarse hechos nuevos o de nueva noticia que puedan modificar la solución que debe darse al recurso.

Además que, en el concurso de una tercera entidad, Ipme 2012, S. A. —antes Bankpime—, se autorice a la administración concursal para que negocie acuerdos con acreedores titulares de créditos litigiosos (cuya identidad, por otra parte, ni siquiera se concreta), constituye un hecho absolutamente irrelevante para decidir si Caixabank está legitimada pasivamente en el presente litigio<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> En las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297) se formula por Caixabank recurso extraordinario por infracción por la falta de estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva. Se alega que es problemático que la cuestión deba plantearse mediante el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, pero que este tribunal ha admitido que se formule por una u otra vía indistintamente. Los argumentos que se exponen para justificar la existencia de la infracción procesal denunciada consisten en los siguientes: el primero de ellos es que Bankpime fue intermediario en la compra del producto de inversión, las participaciones preferentes, pero no fue el emisor. El contrato existente entre el cliente y Bankpime fue de intermediación, no de compraventa. Un segundo argumento consiste en que el contrato consumado y agotado en el momento de la venta del negocio bancario a Caixabank, por ser un contrato de tracto único, por lo que no pudo ser objeto de cesión por Bankpime a Caixabank. Por último se argumentó que aunque se entendiera que dicho contrato hubiera podido ser objeto de cesión en la venta del negocio bancario, Caixabank y Bankpime incluyeron en el contrato una cláusula que excluía de la cesión los «pasivos contingentes», las reclamaciones presentes y futuras. Sobre tal recurso extraordinario señala el Tribunal Supremo que «es ciertamente dudoso que las cuestiones planteadas por Caixabank en su escrito puedan fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que tienen una naturaleza fundamentalmente sustantiva, se refieren a la naturaleza de la relación jurídica que en su día existió entre Bankpime y la demandante con relación a la adquisición por ésta de las participaciones preferentes de Kaupthing Bank y a la posición que en dicha relación tenía Bankpime, la posibilidad de cesión del contrato existente entre Bankpime y Caixabank por la que aquella transmitió a ésta su negocio bancario». De hecho, añade el Alto Tribunal que estas mismas cuestiones fueron planteadas por Caixabank en un anterior recurso, que fue resuelto por la sentencia del Pleno de este tribunal 652/2017, de 29 de noviembre, pero no por el cauce de recurso extraordinario por infracción procesal, sino en un recurso de casación. Y en el recurso de casación que se formula conjuntamente con el recurso extraordinario por infracción procesal en el presente caso, se reiteran, como cuestiones de naturaleza sustantiva, buena parte de las cuestiones planteadas en el recurso extraordinario por infracción procesal. No obstante, dado que este recurso extraordinario por infracción procesal fue admitido a trámite y siendo cierto que se trata de una cuestión problemática y que la frontera entre lo sustantivo y lo procesal, en materia de legitimación pasiva, es muchas veces difusa, no procede inadmitir en este trámite el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que debemos entrar a analizar las razones expresadas en el mismo para impugnar la sentencia recurrida. Aclara al respecto que, en primer lugar, se va a resolver la tercera de las cuestiones planteadas, pues considera que es la que presenta mayor interés. Para resolver tanto ésta como el resto de las cuestiones planteadas, se siguen los argumentos que ya se expusieron en la sentencia de 29 de noviembre de 2017, en el que se abordó un supuesto prácticamente idéntico al que es objeto de este recurso y en el que se planteaban las mismas cuestiones que en el presente recurso, sin que la recurrente haya expuesto argumentos que lleven a modificar el criterio que ya se fijó en la sentencia del pleno. También se plantea por Caixabank recurso por infracción procesal y el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792) empleando los mismos argumentos expuestos en líneas precedentes. En este caso, se trataba de la adquisición de participaciones de Aisa.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2018

## II. INEFICACIA FRENTE A LOS CLIENTES DE LA EXENCIÓN DE LOS «PASIVOS CONTINGENTES» DE LA TRANSMISIÓN DEL NEGOCIO BANCARIO

Caixabank impugna la decisión de la Audiencia Provincial de reconocerle la legitimación pasiva en la acción de nulidad del contrato por el que los demandantes adquirieron los bonos de General Motors. Alega que la Audiencia vulnera los artículos 1255 y 1257 del Código Civil porque no toma en consideración que el contrato de transmisión del negocio bancario celebrado con Bankpime contenía una cláusula que excluía de la cesión de contratos «los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor pasada o futura».

Este argumento impugnatorio no puede estimarse, por las razones que se exponen a continuación.

La cláusula en la que Caixabank funda su argumentación no supone, como pretende, la exclusión de algunos pasivos en la transmisión del negocio bancario, o la exclusión de algunos contratos en la cesión de contratos efectuada por Bankpime a Caixabank, exclusión de contratos que, por otra parte, era incompatible con la transmisión del negocio bancario como unidad económica.

Lo que en realidad se pretendía con esa cláusula era transmitir a Caixabank el negocio bancario de Bankpime, ceder a Caixabank los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes en el marco de dicho negocio, pero sin que Caixabank asumiera responsabilidad alguna frente a los clientes cedidos. Y se pretendía hacerlo sin ponerlo en conocimiento de los clientes «cedidos» ni contar con su aquiescencia.

Precisamente, una interpretación de esta cláusula como la que sostiene Caixabank ha de considerarse fraudulenta, al intentar oponerla frente a terceros ajenos al contrato que celebró con Bankpime, pues defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como éste, en que el cedente —Bankpime— se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y entró en concurso que terminó en liquidación, al no aprobarse el convenio.

Por tal razón, esa cláusula carece de eficacia frente a terceros no intervinientes en el contrato, como es el caso de los clientes de Bankpime, que por la transmisión del negocio bancario pasaron a serlo de Caixabank. Es Caixabank, y no la

---

(RJ 2018/465), se formula único motivo por infracción procesal planteado por los Sres. Celso y Concepción alegando la legitimación pasiva de Caixabank respecto a la nulidad por error como vicio del consentimiento respecto a la orden de compra de bonos junior de Lehman Brothers por importe de 20.000 euros que suscribieron el 28 de abril de 2005 con Bankpime.



Audiencia Provincial, quien sostiene un argumento que vulnera el artículo 1257 del Código Civil, al pretender que una cláusula del contrato que celebró con Bankpime afecte a terceros ajenos al contrato y que no han prestado su consentimiento y les prive de los derechos que tienen frente a la entidad bancaria de la que son clientes, que en su día fue Bankpime, pero que posteriormente pasó a serlo CaixaBank en virtud de la transmisión del negocio bancario de una a otra entidad y de la cesión de la posición contractual que tal transmisión suponía —cesión de contrato.

Al haberse producido, en virtud del negocio jurídico celebrado entre CaixaBank y Bankpime, la cesión global de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes como elemento integrante de la transmisión del negocio bancario, como unidad económica, que tiene lugar de una a otra entidad, supone la transmisión total de la posición jurídica que el cedente tenía en los contratos celebrados con los clientes en el desenvolvimiento del negocio bancario transmitido<sup>6</sup>.

No es admisible que la subrogación del cesionario en lugar del cedente se realice en un modo que permita al cesionario disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen, pero le libere de las responsabilidades contraídas por el cedente en la celebración de tales contratos, que es lo que supone en la práctica la pretensión de CaixaBank al amparo de dicha cláusula, porque tal pretensión implica la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios, al privarles de las acciones que pueden ejercitar con base en los contratos celebrados con el banco del que han pasado a ser clientes en virtud de la transmisión del negocio bancario realizado y que ha asumido la posición contractual del banco cedente. Además, recordemos, Ipime 2012, S. A. —antes Bankpime—, entró en concurso de acreedores<sup>7</sup>.

De aceptarse la tesis de CaixaBank se llegaría al absurdo de que, aun cuando la transmisión del negocio bancario fuese global, algunas relaciones jurídicas con algunos clientes que pasaron a ser de CaixaBank se mantienen con Bankpime por el solo hecho de resultar conflictivas o inconvenientes para CaixaBank, y ello en virtud de una cláusula oculta para esos mismos clientes y pese a haber dejado de operar Bankpime en el negocio bancario<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465).

<sup>7</sup> En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465), cuando manifiesta en su *Fundamento de Derecho segundo* núm. 1 «que la interpretación de la cláusula que postula CaixaBank, que permite considerar que se le transmitió el negocio bancario y los contratos celebrados en el desarrollo de dicho negocio, pero no la responsabilidad frente a los clientes contratantes, es fraudulenta, puesto que defrauda los legítimos derechos del cliente bancario a la protección de su posición contractual en un caso de transmisión del negocio bancario como unidad económica. Máxime en un caso como éste, en que el cedente se desprendió por completo de su negocio bancario y casi sin solución de continuidad renunció a la autorización de operar como entidad de crédito y entró en concurso, que terminó en liquidación, al no aprobarse el convenio».

<sup>8</sup> En este sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465).

Por ello, frente a estos clientes, carece de eficacia la previsión de que no resultan transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales (...) futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor (...)»<sup>9</sup>.

Además, este mismo tribunal ha considerado en otros supuestos en los que se ha traspasado el negocio rentable a otra entidad y se ha pretendido dejar a una sociedad insolvente las obligaciones derivadas del negocio que se traspasaba, que se trata de un caso de fraude de ley en cuanto que supone una operación que, al amparo del texto de una norma, perseguía un resultado contrario al ordenamiento jurídico, como es la desprotección del crédito.

Así ocurrió, con las sentencias de 12 de enero de 2006<sup>10</sup> y de 9 de octubre de 2008<sup>11</sup> ambos caso Ercros-Ertoil. En esta última sentencia —tomando como referencia la anterior citada— se consideró que constituía un fraude de ley la operación, en este caso societaria, por la que se transmitió un patrimonio afecto a la rama de actividad (negocio del petróleo) como unidad capaz de funcionar por sí misma sin que resultaran garantizados los créditos de los acreedores de la sociedad transmitente, puesto que los acreedores vieron reducidas sus garantías patrimoniales con la salida de activos y la sociedad deudora quedó sin patrimonio con que responder, en fraude de sus acreedores, como luego resultó acreditado por la suspensión de pagos de Ercros.

Por lo que el Alto Tribunal concluyó que ambas sociedades produjeron con tales actuaciones un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, claramente preocupado por evitar los efectos perjudiciales de las insolvencias, efectos provocados por los mismos deudores (artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil), así como el daño que a la protección del crédito puede provocar este tipo de operaciones de transmisión patrimonial en bloque.

Además debe añadirse que, en este caso objeto de análisis, resulta necesario proteger la confianza legítima generada en sus clientes por la actuación de Bankpime y Caixabank<sup>12</sup>.

Como hemos manifestado, la operación celebrada entre ambos se presentó a los clientes como una transmisión del negocio bancario (como efectivamente había sido), con cesión incluso de oficinas y personal, pues así se les comunicó y así se desprendía de los signos externos apreciables por los clientes (mismas oficinas, mismos empleados). Con base en esta apariencia, los clientes tenían de-

<sup>9</sup> En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y las sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465); y de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

<sup>10</sup> RJ 2006/538.

<sup>11</sup> RJ 2008/6300.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

recho a confiar en que no se limitaría su derecho a ejercitar frente al nuevo titular del negocio bancario las acciones basadas en el desenvolvimiento del negocio bancario anterior al momento en que se produjo tal transmisión.

Esta transmisión del negocio bancario de una a otra entidad fue comunicada a los clientes sin informarles sobre las pretendidas limitaciones que Caixabank invoca. Las cláusulas del contrato celebrado entre Bankpime y Caixabank en las que éste pretende fundar las limitaciones que impedirían a los clientes ejercitar contra él las acciones derivadas de los contratos enmarcados en el negocio bancario transmitido, eran desconocidas para los clientes de Bankpime, que pasaron a serlo de Caixabank con base en la transmisión operada, como es el caso de los demandantes.

Por último, puesto que la existencia o no de un conflicto que dé lugar a una «reclamación contractual» (en un sentido amplio, que incluya las acciones de nulidad del contrato) depende de la voluntad de Caixabank de atender a las solicitudes de sus nuevos clientes, la pretensión de hacer valer una cláusula de esta naturaleza frente a los clientes que lo eran de Bankpime y pasaron a serlo de Caixabank implica dejar sin efecto la cesión de una determinada posición contractual en el marco de una cesión global del negocio bancario, efectivamente producida, cuando en el futuro se genere un conflicto al que el banco cesionario decida no dar una respuesta satisfactoria para el cliente y éste efectúe la correspondiente reclamación.

De operar en tal sentido, se estaría dejando la decisión sobre la validez y el cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato, que no tendría que responder frente al cliente de la acción que éste entablara para obtener la anulación del contrato o la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del mismo<sup>13</sup>.

Por todo ello, el contrato de cesión celebrado entre Bankpime y Caixabank debe ser interpretado en el sentido que ésta asume las obligaciones adquiridas por Bankpime con sus clientes —en virtud reiteramos de la cesión global del negocio bancario— y, a su vez, Bankpime queda obligado a dejar indemne a Caixabank por las reclamaciones que le formularan los clientes que en su día lo fueron de Bankpime, precisamente, por ser reclamaciones que se basan en hechos acaecidos antes de la transmisión del negocio bancario. De forma que Caixabank pueda reclamarle a Bankpime la indemnización por el quebranto patrimonial que le supongan estas reclamaciones —derecho de repetición.

Ciertamente esta interpretación que hace el Tribunal Supremo resulta respetuosa con la protección del crédito y los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico y con la previsión que los contratos solo

<sup>13</sup> En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

producen efectos entre las partes y sus causahabientes y, asimismo, es la única que se muestra respetuosa con las exigencias de los artículos 1255 y 1257 del Código Civil<sup>14</sup>.

### **1. La legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados por las empresas de inversión**

Enlazando con lo anteriormente expuesto, el primer motivo del recurso de casación insiste en sostener la falta de legitimación pasiva de Caixabank, alegando la falta de motivación de dicha decisión, porque se fundamenta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 6 de noviembre de 2014, que, según la recurrente, se aparta del criterio mantenido por la Audiencia de Valencia.

Ciertamente existe una jurisprudencia contradictoria en el seno de las Audiencias Provinciales sobre esta cuestión.

A) Por un lado, se encuentran aquellas que niegan legitimación pasiva a Caixabank afirmando que el contrato de transmisión del negocio bancario celebrado entre Bankpime y Caixabank no entraña ni sucesión de empresa, ni absorción, ni desaparición de Bankpime, ni pérdida de su personalidad jurídica<sup>15</sup>.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 10 de diciembre de 2014<sup>16</sup>, señala al respecto que «no estamos ante un negocio jurídico de cesión de contrato, sino ante una compraventa del negocio bancario como unidad económica, que conlleva la cesión de activos y pasivos relacionados con el negocio transmitido, de la que se excluyen determinados pasivos contingentes y reclamaciones contractuales presentes o futuras, y la entidad Bankpime sigue con plena personalidad jurídica. La entidad adquirente del negocio responde del contenido del negocio adquirido, no de aquello que está fuera del mismo y no se da la sustitución contractual, en ese contrato de intermediación, en la concreta orden de compra de un producto financiero, son constar, en el presente caso, la existencia de un negocio contractual entre los actores y Bankpime de un contrato de gestión de carteras o incluso de tal depósito, sino únicamente un contrato de cuenta corriente y aquel producto financiero o de inversión no está en el negocio transmitido al no ser emitido ni por Bankpime ni por Caixabank, luego no cons-

<sup>14</sup> En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y, las sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465); y de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

<sup>15</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 6 de marzo de 2013 (JUR 2013/113244); las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 12 de abril de 2016 (JUR 2016/155250); y de 20 de febrero de 2017 (JUR 2017/148186); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 13 de julio de 2017 (JUR 2017/230831).

<sup>16</sup> JUR 2015/95352.

tituye un activo ni pasivo transmitido por tal negocio para legitimar la responsabilidad de dicha entidad».

En el mismo sentido se pronuncia, negando la legitimación pasiva de Caixa-bank, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2014<sup>17</sup>, por entender que las dos entidades ni se han fusionado, ni una ha quedado absorbida por la otra, manteniendo ambas su personalidad jurídica y operando en el tráfico mercantil.

Sostiene también la falta de legitimación pasiva de Caixabank la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2014<sup>18</sup>, que argumenta que: «... del documento esencial significativo de la operación de transmisión del negocio bancario entre Bankpime y Caixabank no se deduce que haya operado una sucesión universal o incluso una operación de fusión por absorción que determine que Caixabank es la sucesora de Bankpime, en cuanto ésta haya dejado de existir y por ende haya perdido toda personalidad jurídica al ser sucedida en todo por Caixabank. No nos encontramos en ese tipo de negocio u operación, sino ante una cesión negocial y patrimonial que no constituye la extinción de personalidad de la cedente ni, por ende, una sucesión universal».

También la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.<sup>a</sup>, de 22 de junio de 2016<sup>19</sup>, donde se indica que «no obstante, ser consciente de las distintas posturas mantenidas al efecto por otras Audiencias y por esta misma Audiencia Provincial, debe convenirse con la sentencia combatida en mantener la falta de legitimación pasiva de la demandada y ello porque los ahora apelantes, a quienes les incumbía la carga de acreditar los hechos que sustentan su acción (artículo 217.2 de la LEC), no han probado suficientemente en esta litis, ni que se haya producido una fusión por absorción de tal entidad comercializadora, ni que fundamentalmente —e independientemente de la calificación que merezca el negocio jurídico suscrito— entre los productos o negocio objeto del contrato de compraventa suscrito entre Caixabank y Bankpime, se encuentren los bonos ahora discutidos. No sólo Bankpime sigue ostentando personalidad jurídica (con la nueva denominación) y ha soportado pasivamente reclamaciones como la que aquí se resuelve, sino que además y no obstante lo que se manifiesta por los recurrentes, ni obra en las actuaciones resolución del BOE, que comunique la fusión por absorción, ni existe evidencia en lo aportado que, más allá de la simple manifestación de los demandantes, permite alcanzar una conclusión que sea la de reiterar los fundamentos que se contienen en la sentencia recurrida».

<sup>17</sup> JUR 2014/184909.

<sup>18</sup> JUR 2014/165384.

<sup>19</sup> JUR 2016/186792. Asimismo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.<sup>a</sup>, de 12 de marzo de 2014 (JUR 2014/165384); y, de la sección 6.<sup>a</sup>, de 26 de mayo de 2015 (JUR 2015/273385); y de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de julio de 2015 (JUR 2015/208866).

B) Por otro lado, están aquellas Audiencias Provinciales que optan por afirmar la legitimación pasiva de Caixabank.

Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.<sup>a</sup>, de 10 de abril de 2014<sup>20</sup>, declara la legitimación pasiva de Caixabank, diciendo: «Se basa nuestra decisión en que, como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por parte de Caixabank, se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquella en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria, conforme lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales.

Dicha cesión particular de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma y ausencia de realización de la operación como una sucesión a título universal (pese a las alegaciones de adverso, así resulta del diseño de la operación a la vista del documento privado de adquisición y diversas relaciones negociales conexas surgidas del mismo, sin que nada cambie por la autorización de la operación conferida conforme al artículo 45 c) de la Ley de Ordenación Bancaria, en tanto en cuanto parte de su inexistencia y dicho precepto no distingue al respecto) aparece prevista en la cláusula 2.1 del contrato de adquisición, con contemplación expresa de los negocios de custodia, intermediación de valores y gestión discrecional de carteras, y guarda plena concordancia con la comunicación remitida por Bankpime (doc. 2 de la demanda) haciendo constar el traspaso de la relación comercial en idénticas condiciones a Caixabank de no verificarse manifestación expresa en contrario, equivalente desde luego al consentimiento que de forma expresa o tácita debe concurrir del contratante cedido para la eficacia de la cesión.

Consecuencia de ello es que, al dilucidarse en este pleito una responsabilidad surgida en el ámbito de una intermediación de valores, complementaria además como no puede ser de otra forma a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada y aquí apelante al ocupar la posición originaria de Bankpime a todos los efectos».

También opta por la legitimación pasiva de Caixabank la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2014<sup>21</sup>, según la cual: «... Caixabank tiene efectivamente legitimación pasiva de fondo en este litigio, conforme señala el primer párrafo del artículo 10 de la LEC, desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con

<sup>20</sup> JUR 2014/159906.

<sup>21</sup> JUR 2014/278299. Asimismo, *vid.* las sentencias de esta misma Audiencia Provincial, sección 3.<sup>a</sup>, de 6 de noviembre de 2014 (JUR 2015/53414); y sección 5.<sup>a</sup>, de 28 de diciembre de 2015 (JUR 2016/28092).

Bankpime pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de los Sres..., respecto de los contratos celebrados por éstos con la citada Bankpime y en virtud del «contrato de compraventa de negocio» de 29 de septiembre de 2.011 a la que ella misma se refiere. Así se concluye a la vista de la cláusula primera de dicho contrato, que revela el objeto del mismo, a cuyo tenor se transmite el negocio bancario de Bankpime a Caixabank, como unidad económica. ... Es destacable que la mencionada transmisión de negocio operado entre ambas sociedades conlleva una serie de relaciones jurídicas heterogéneas que son objeto de dicha transmisión, comprendiéndose en el activo, entre otros, la «Cesión del negocio de depositaria, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el Negocio Transmitido». Pues bien, es importante resaltar que en esta concreta transmisión de activos, Caixabank asume y así se lee en el contrato la posición contractual de Bankpime.

Por consiguiente, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de Bankpime, a la que es aplicable la normativa propia de la cesión de créditos establecida en los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil, nos encontramos también con otras cesiones contractuales, entre las que se encuentran los contratos celebrados por el apelante con Bankpime.

Asimismo, se encuentra en esta línea la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2015<sup>22</sup>, que resuelve el recurso de apelación en el caso analizado, señala al respecto que, como ya se ha expuesto y expresamente se establece en el contrato de 29 de septiembre de 2011 celebrado entre Bankpime y Caixabank, esta última asume la posición contractual de la primera en relación con el negocio bancario de la cedente y ello comporta la transmisión íntegra de las relaciones contractuales en que dicho negocio consiste, así como de tal posición subjetiva negocial que protagonizaba Bankpime, sin modificación de la relación jurídica establecida con el actor, que es la que aquí interesa, por los pactos y condiciones sobrevenidas a la misma.

Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.<sup>a</sup>, de 30 de mayo de 2017<sup>23</sup>, después de poner de manifiesto que su opinión coincide con la del juez de primer grado, basa su decisión en que, «como consecuencia de la adquisición del negocio bancario de Bankpime por Caixabank, se produjo la cesión a ésta de los contratos a través de los que se desarrollaba aquél, con la consiguiente subrogación de ésta en la posición jurídica ocupada por aquélla en los mismos, asumiendo por tanto los derechos y obligaciones de ellos derivados con exclusión de la cedente, sin perjuicio de su responsabilidad frente a la cesionaria, conforme lo expresamente pactado al respecto y en las cuestiones atinentes a la existencia, validez y eficacia de las correspondientes relaciones negociales.

<sup>22</sup> JUR 2016/133338.

<sup>23</sup> JUR 2017/174010. *Vid.*, igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.<sup>a</sup>, de 8 de septiembre de 2017 (JUR 2017/247562).



Dicha cesión particular de los diversos contratos, conectada lógicamente con el objeto de adquisición, su configuración como unidad económica autónoma y ausencia de realización de la operación como una sucesión a título universal aparece prevista en la cláusula 2.1 del contrato de adquisición con Bankpime, haciendo constar el traspaso de la relación comercial en idénticas condiciones a Caixabank de no verificarse manifestación expresa en el contrato, equivalente desde luego al consentimiento que de forma expresa o tácita debe concurrir del contratante cedido para la eficacia de la cesión. Consecuencia de ello es que, al dilucidarse en este pleito una responsabilidad surgida en el ámbito de la intermediación de valores, complementaria además como no puede ser de otra forma a un negocio de depósito o custodia y administración de los mismos, la subrogación inherente a la cesión permite residenciar las obligaciones derivadas del mismo en la parte demandada y aquí apelante al ocupar la posición originaria de Bankpime a todos los efectos».

Pues bien, desde un punto de vista dogmático tanto objetivo como subjetivo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10, de 26 de enero de 2011<sup>24</sup>, entiende que resulta válida una transmisión global de determinada posición jurídica, en definitiva, del conjunto de efectos contractuales que dimanen de la misma, sin necesidad de descomponerla en tantos negocios transmisivos como créditos y obligaciones generados por ella. Existe entonces en este caso un negocio plurilateral que en como tal «precisa del concurso de voluntades de todos los sujetos implicados, cedente, cesionario y parte contractual cedida».

Por consiguiente, se puede afirmar que la relación negocial seguida entre Bankpime y Caixabank no supuso, simplemente, la transmisión de la primera a la segunda de derechos y obligaciones aislados, sino entendidos en íntima conexión con una relación recíproca que les confiere sentido, creando un vínculo de interdependencia entre ellos. Igualmente, esa cesión no sólo comprende derechos y obligaciones, sino también otros efectos jurídicos, como son las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad, así como las facultades de modificación o extinción contractual, es decir, los denominados derechos potestativos. En nuestro caso, consta que los clientes de Bankpime (ahora Caixabank) consintieron la cesión contractual, porque continuaron trabajando con Caixabank sin protesta alguna —consentimiento tácito—, pero en modo alguno puede extenderse su consentimiento al desentendimiento por parte de la cesionaria de las reclamaciones que pudiera efectuar el cliente en virtud de la relación contractual mantenida con Bankpime porque nunca tuvieron noticia ni dispusieron de cualquier otro medio para conocer la exclusión de la transmisión efectuada entre las entidades, precisamente, de las reclamaciones que, por responsabilidad extracontractual o contractual pudieran plantearse derivadas de la relación jurídica originaria celebrada con Bankpime y que tras la transmisión se dirigieran contra Caixabank. Se consintió tácitamente la transmisión global del negocio bancario, no la exclusión de responsabilidad que se desconoció para los clientes.

<sup>24</sup> JUR 2011/127288.

Así las cosas, continúa afirmando la citada sentencia que ninguna relevancia tiene que actualmente siga operando la entidad cedente en el tráfico jurídico, aun con otra denominación y distinto objeto social, porque ello no quita legitimación pasiva en esta *litis* a la entidad que adquirió la totalidad del negocio bancario de aquella, subrogándose en los contratos celebrados y asumiendo su posición en los mismos. Todo ello sin perjuicio de la acción de repetición que pueda competir a Caixabank frente a su cedente —Bankpime— y con base en los pactos contractuales celebrados entre ellas.

Por todo ello, comparte el criterio interpretativo de aquellas audiencias provinciales que reconocen legitimación pasiva a Caixabank y, además, precisa que esta posición se acomoda mejor a la realidad de lo acontecido y a las exigencias que la justicia impone; asimismo, que de esta forma no resultan burlados los derechos de los consumidores, que por la información que les dio Caixabank y la realidad de la desaparición física de Bankpime de las oficinas que antes ocupaba quedaron sus clientes convencidos de su desaparición y de su sucesión por Caixabank.

En este caso, como en el resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.<sup>a</sup>, de 6 de noviembre de 2014<sup>25</sup>, es importante tener en cuenta que la compraventa del negocio bancario de Bankpime a Caixabank se realizó en el proceso de reestructuración bancaria motivado por el Real Decreto-Ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero y la imposibilidad de determinadas entidades financieras, entre ellas Bankpime, de cumplir con los requisitos mínimos de capital exigidos por la norma —así consta en el exponente I del contrato suscrito entre ambas entidades el 29 de septiembre

<sup>25</sup> JUR 2015/53414. Asimismo, señala en el *Fundamento de Derecho tercero* que en relación con la falta de legitimación pasiva de Caixabank «(...). Dicha cuestión fue objeto de reunión de los magistrados del orden jurisdiccional civil de esta Audiencia Provincial de fecha de 7 de octubre de 2014, en la que se acordó por unanimidad de los asistentes que «no existe ausencia de legitimación pasiva de la entidad financiera que ha adquirido de otra entidad bancaria el negocio bancario de esta última, conformado por los activos y parte de los pasivos, sin que dicha adquisición comporte sucesión universal ni fusión por absorción de las dos sociedades, cuando quedan fuera de dicha transmisión y en virtud del mismo contrato las reclamaciones presentes o futuras que los clientes de la entidad transmisora puedan realizar, porque nos hallamos ante una cesión de contratos en la que la entidad adquirente ocupa la oposición contractual de la transmitente a todos los efectos respecto de los clientes de esta última, sin perjuicio de las acciones de repetición que quepa ejercitar por la entidad adquirente frente a la mercantil vendedora». Además se añade que «la Sala no comparte el criterio de la juzgadora, porque Caixabank, S. A., tiene efectivamente legitimación pasiva de fondo en este litigio, conforme señala el primer párrafo del artículo 10 de la LEC, desde el momento que la mencionada entidad y con arreglo al contrato que celebró con Bankpime, S. A., pasó a ocupar la posición contractual que ésta tenía respecto de los Sres. Fausto y Rosalía, respecto de los contratos celebrados por éstos con la citada Bankpime, S. A., y en virtud del «Contrato de compraventa de negocio» de 29 de septiembre de 2011 a la que ella misma se refiere. Así se concluye a la vista de la cláusula primera de dicho contrato, que revela el objeto del mismo, a cuyo tenor se transmite el negocio bancario de Bankpime, S. A., a Caixabank, S. A., como unidad económica». Finalmente, señala que «por consiguiente, junto con una transmisión de la cartera de inversión crediticia de Bankpime, S. A., a la que es aplicable la normativa propia de la cesión de créditos establecida en los artículos 1.526 y siguientes del Código Civil, nos encontramos también con otras cesiones contractuales, entre las que se encuentran los contratos celebrados por el apelante con Bankpime, S. A.».

de 2011 (folio 102)—, lo que motivó que transmitiera al comprador Caixabank los activos y pasivos que conforman el negocio bancario, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, «sin sucesión universal», según se dice en el exponente V de dicho contrato (folio 102 vuelto), elevado a público por escritura de 1 de diciembre de 2011 (folios 95 a 135), en cuya fecha, según el informe de la CNMV, «con número de registro 154118, Caixabank, S. A., adquirió el negocio bancario y de gestión de fondos de Bankpime» (folio 62) que causó baja en la CNMV el 29 de junio de 2012 (folio 238) y cambió su denominación por la de Ipme 2012 SA, que ha sido declarada en concurso necesario de acreedores (folios 235 y 236).

En este contexto, resuelta la cuestión relativa a la no eficacia de la cláusula exoneratoria invocada por Caixabank y expuesta la controversia existente en torno a la legitimación pasiva de Caixabank en el seno de las Audiencias Provinciales, inclinándose, como hemos señalado, la sentencia apelada por la de aquellas que consideran que tiene legitimación pasiva en las acciones de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos comercializados Bankpime y que anticipamos, ésta es la posición que adopta nuestro Tribunal Supremo.

Al respecto, se alega por parte de Caixabank que, además, en lo relativo a la transmisión del negocio bancario realizada por Bankpime a Caixabank, tampoco se legitima pasivamente a ésta para soportar la acción de nulidad del contrato de adquisición de los bonos porque tampoco Bankpime lo habría estado al ser su intervención en el contrato la de un simple intermediario.

Ciertamente, los demandantes en su momento adquirieron los bonos de General Motors porque Bankpime los comercializaba y se los ofertó. No consta si los bonos adquiridos por los demandantes habían sido emitidos directamente por General Motors para esa operación o si fueron transmitidos por un anterior titular<sup>26</sup>.

Respecto a esta misma situación, este mismo Alto Tribunal en anteriores sentencias ha reconocido precisamente legitimación pasiva a la entidad bancaria que comercializa a sus clientes un producto de inversión cuando éstos ejercitan contra aquélla una acción de nulidad y piden la restitución de lo que invirtieron. Así, en sentencias de 12 enero de 2014<sup>27</sup>, de 24 de octubre de 2016<sup>28</sup>; de 1 de diciembre

<sup>26</sup> Por su parte, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297) los recurrentes adquirieron las participaciones preferentes de Kaupthing Bank porque Bankpime los comercializaba y se los ofertó. No consta si las participaciones preferentes adquiridas por los demandantes habían sido directamente emitidas por Kaupthing Bank para esa operación o si fueron transmitidas por un anterior titular; y, en la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792), los demandantes adquirieron las participaciones de Aisa porque Bankpime las comercializaba y se las ofertó. No consta si las participaciones adquiridas por la demandante habían sido emitidas directamente por Aisa para esa operación o si fueron transmitidas por un anterior titular.

<sup>27</sup> RJ 2015/608.

<sup>28</sup> RJ 2016/4964.

de 2016<sup>29</sup>, y de 20 de julio de 2017<sup>30</sup>, entre otras. En esta última sentencia se ha afirmado que, cuando el demandante solo mantiene la relación contractual con la empresa de inversión de la que es cliente, en este caso un banco, y adquiere un producto de inversión que tal empresa comercializa, el negocio no funciona realmente como una intermediación por parte de la empresa de inversión entre el cliente comprador y el emisor del producto de inversión o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente, que tiene por objeto un producto (en este caso, unos bonos) que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular y, al transmitirla a su cliente, obtiene un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente.

Es más, por lo general, el cliente no conoce el modo en que la empresa de inversión ha obtenido el producto que tal empresa comercializa, pues ignora si la empresa de inversión lo ha adquirido directamente del emisor, que en ocasiones está radicado en otro país —en este caso, EEUU—, o lo ha adquirido en un mercado secundario de un anterior inversor que es desconocido para el cliente.

El inversor paga el precio del producto a la empresa de inversión de la que es cliente. La empresa de inversión le facilita el producto financiero que comercializa (que usualmente queda custodiado y administrado por la propia empresa de inversión, de modo que la titularidad del cliente se plasma simplemente en un apunte en su cuenta de valores administrada por tal empresa de inversión) y ésta obtiene un beneficio por el margen que carga sobre el precio que abonó por la adquisición del producto.

En estas circunstancias ha de reconocerse legitimación pasiva a la empresa de inversión que comercializa el producto de inversión, en este caso un banco, para soportar la acción de nulidad del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en caso de condena, debe restituir al cliente la prestación consistente en el precio que éste pagó por la adquisición del producto<sup>31</sup>.

Además, esta solución es la más adecuada a la naturaleza de la acción ejercitada y a la intervención que los distintos sujetos tienen en el negocio, habida cuenta de que el elemento determinante de la existencia de error vicio es, en estos casos, el déficit de información del cliente provocado porque la empresa de inversión que actúa como comercializadora ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que le impone la normativa sobre el mercado de valores<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> RJ 2016/5848.

<sup>30</sup> RJ 2017/3653.

<sup>31</sup> En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y las sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465); de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792); y de 4 de julio de 2018 (JUR 2018/191342).

<sup>32</sup> En el mismo sentido, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de

En todo caso, si se aceptara la tesis de Caixabank, como bien señala el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de análisis, se estaría privando en la práctica al cliente minorista de la posibilidad de ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, puesto que le es muy difícil, por lo gravoso, cuando no imposible, ejercitarla contra una entidad emisora ubicada en un Estado extranjero o contra un anterior titular del que desconoce la identidad, que puede estar domiciliado también en un Estado extranjero, y que ninguna intervención ha tenido en la causación del error vicio al comprador, pues la obligación de información no recaía sobre él, sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto, de la que el demandante es cliente<sup>33</sup>.

De forma que, con esta sentencia del Pleno, el Tribunal Supremo zanja la controversia en el seno de las Audiencias Provinciales en torno a la legitimación pasiva, en este caso de Caixabank, cuando hay una cesión total del negocio bancario de una entidad a otra, pues se hace cargo la empresa cesionaria tanto del activo como del pasivo. Asimismo, se reitera la legitimación pasiva de la empresa de inversión, por lo general una entidad bancaria, cuando oferta a sus clientes un producto de inversión y recibe de éstos la orden de compra, cuando, precisamente, ejercitan una acción de anulabilidad por vicio del consentimiento —error— y piden la restitución de lo que invirtieron —en este caso a Caixabank, se subroga en la posición de Bankpime, consecuencia de la cesión global del negocio bancario—. No hay que olvidar que, cuando el cliente adquiere un producto de inversión que le es ofrecido por la empresa, tal negocio no funciona como una intermediación de la empresa de inversión entre el cliente comprador y la entidad emisora o el anterior titular que transmite, sino como una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente de una producto de inversión que el banco se encarga de obtener directamente del emisor o de un anterior titular, obteniendo un beneficio que se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del comisionista.

### III. LA CESIÓN GLOBAL DEL NEGOCIO BANCARIO Y DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL DE BANKPIME

Caixabank argumenta en su recurso que, incluso en el caso que se hubiera considerado que Bankpime tuvo en su día legitimación pasiva para soportar la acción de nulidad por su intervención en el contrato por el que los demandantes adquirieron los bonos de General Motors, Caixabank no tiene legitimación porque cuando se suscribieron los contratos el contrato de transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank, el contrato de compraventa de los bonos

1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y las sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465); y de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

<sup>33</sup> También en este sentido se expresaron las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 20 de julio de 2017 (RJ 2017/3653); de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297) (dos); de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465); y de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

estaba consumado, al ser un contrato de tracto único, cuyas pretensiones estaban ya realizadas en el momento de la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank<sup>34</sup>.

Un hecho que resulta constatado es que Bankpime y Caixabank articularon formalmente la transmisión por el primero al segundo de «su negocio bancario como unidad económica», como una transmisión de activos y pasivos propios de tal negocio bancario, en la que se enmarcaba la cesión de los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes.

La cesión global del activo y del pasivo se configura en el artículo 1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LME) como una modalidad de modificación estructural y se regula en el Título IV, que se compone de dos capítulos: el Capítulo I, relativo a las Disposiciones Generales —artículos 81 a 84—; y el Capítulo II, referente al régimen legal de la cesión global —artículos 85 a 89—. FERNÁNDEZ TORRES la define como «aquella operación consistente en la transmisión del patrimonio social en bloque, como un todo (o en distintos bloques) a título universal a uno o varios cesionarios (siempre que cada parte del patrimonio que se ceda constituye una unidad económica) a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario»<sup>35</sup>. Por su parte, CALVO VÉRGEZ señala que «las cesiones globales de activos y pasivos consisten en la transmisión en bloque de la totalidad del patrimonio de una sociedad (la sociedad cedente) a uno o varios socios o a terceros (cesionarios), a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones o participaciones de la propia sociedad cesionaria, al margen de que pueda concretarse en dinero o en especie»<sup>36</sup>.

Esta operación de cesión global del activo y pasivo requiere la intervención de dos sujetos: el cedente, que es la sociedad que transmite su patrimonio por sucesión universal y el o los cesionarios, que son los que van a recibir el patrimonio objeto de cesión. La contraprestación la pueden recibir el cedente o sus socios, en cuyo caso la sociedad cedente quedará extinguida<sup>37</sup>. El artículo 81.1

<sup>34</sup> El mismo argumento por Caixabank se sustenta en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y las sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465); y de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I.: «La cesión global del activo y del pasivo como operación de modificación estructural», *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, directores BENEYTO PÉREZ, José María y LAGO GIL, Rita (directores), HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (coordinador), Bosch, Barcelona 2010, p. 454.

<sup>36</sup> CALVO VÉRGEZ, J.: «Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital», *La Ley*, número 7516, año XXXI, de 24 de noviembre de 2010, p. 3.

<sup>37</sup> Por lo que, como precisa ANSÓN PEIRONCELY, R.: «Cesión global del activo y pasivo», *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 264, los socios «aunque no sea el cedente, se convierten en sujetos intervinientes en la formalización de la cesión global, si reciben toda o parte de la contraprestación abonada por el cesionario o los cesionarios».

de la LME exige que la sociedad cedente se encuentre inscrita en el Registro Mercantil y respecto al cesionario puede serlo cualquier persona física o entidad con capacidad suficiente para adquirir un patrimonio empresarial. En la cesión global pueden intervenir varios cesionarios, lo que se conoce como cesión global plural. En este caso *«cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica»* (artículo 82 LME). El procedimiento para la cesión tiene varias fases. La fase previa o preliminar en la que se elaboran estudios, informes, constitución de grupos de trabajo; en esencia, tiene lugar la primera toma de contacto y se inician las primeras conversaciones destinadas a negociar las condiciones esenciales de la operación<sup>38</sup>. Además, en esta fase como señala el artículo 85 de la LME, los administradores de la sociedad cedente deben redactar y suscribir —firmar— un proyecto de cesión global. El contenido mínimo que debe tener tal proyecto se establece en el apartado primero del citado artículo 85. Así: *«1.ª La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad y los datos de identificación del cesionario o cesionarios. 2.ª La fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad. 3.ª La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario. 4.ª La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. Cuando la contraprestación se atribuya a los socios, se especificará el criterio en que se funde el reparto. 5.ª Las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo»*.

Asimismo, los administradores deberán presentar para su depósito en el Registro Mercantil un ejemplar del proyecto de cesión global (artículo 85.2 LME) y elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de cesión global (artículo 86 LME).

En todo caso, como precisa el artículo 87.1 de la LME, el acuerdo de cesión global deberá adoptarse con los requisitos establecidos para el acuerdo de fusión.

La segunda fase será la decisoria, pues el acuerdo de cesión global necesariamente se tiene que adoptar por la Junta general de la sociedad cedente. El régimen de quóruns y mayorías se encuentra regulado en la Ley 1/2010, de 2 de julio, de Sociedad de Capital (en adelante, LSC). Así si se trata de sociedad anónima resulta necesaria en primera convocatoria la concurrencia de accionistas, presentes o representados, que posean al menos el 50% del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25% de dicho capital. En caso de adoptar el acuerdo en segunda convocatoria será necesario el voto favorable de dos tercios del capital presente o representado en la Junta, si

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I.: «La cesión global del activo y del pasivo como operación de modificación estructural», *op. cit.*, p. 462; ANSÓN PEIRONCELY, R.: «Cesión global del activo y pasivo», *op. cit.*, p. 277.



el capital concurrente no alcanza el 50% (artículo 201 LSC). Los estatutos pueden elevar tales quórums (artículo 194 LSC)<sup>39</sup>.

Respecto a la sociedad de responsabilidad limitada, el acuerdo de cesión global requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (artículo 199 LSC). Los estatutos podrán establecer un porcentaje superior, sin llegar a la unanimidad. Además se podrá exigir el voto favorable de un determinado número de socios (artículo 200 LSC).

El acuerdo de cesión global se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

No será necesaria la publicación del acuerdo de cesión global cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. Asimismo, deberá ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores el proyecto de cesión global y el informe de los administradores (artículo 87.2 LME).

Por otra parte, la cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión (artículo 88 LME).

Y, por último, la fase de ejecución, una vez cumplida la fase decisoria, la cesión global se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. En esta escritura se recogerá el acuerdo de cesión global adoptado por la sociedad cedente.

Por otra parte, la eficacia de la cesión global se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Si la sociedad se extinguiera como consecuencia de la cesión, se cancelarán sus asientos registrales (artículo 89 LME).

En cuanto a la impugnación de la cesión global, será de aplicación a la cesión global lo dispuesto para las fusiones en el artículo 47 de esta LME.

<sup>39</sup> ANSÓN PEIRONCELY, R.: «Cesión global del activo y pasivo», *op. cit.*, pp. 284-285.

Finalmente, respecto a la responsabilidad por las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas, responderán solidariamente los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y, según los casos, los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, o la propia sociedad que no se hubiera extinguido, por la totalidad de la obligación. La responsabilidad solidaria de los cesionarios y los socios prescribirá a los cinco años (artículo 91 LME).

En todo caso, como precisa CALVO VÉRGEZ, la operación de cesión global de activos y pasivos se asimila a las operaciones de fusión o escisión total<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> CALVO VÉRGEZ, J.: «Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital», *op. cit.*, p. 3.

Por su parte, GILI SALDAÑA, M., y SARAZÁ JIMENA, R.: «Transmisión de negocio bancario y protección de los acreedores», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 106, enero-abril 2018, p. 4 (versión digital) señalan que conviene apuntar la distinción entre una operación de fusión que «conlleva siempre la transmisión de la integridad del patrimonio de las sociedades que participan en el procedimiento y la extinción de alguna de las participantes a partir de la inscripción de la fusión» y una aportación de una rama de actividad o escisión parcial «en la cual una sociedad transmite una parte de su patrimonio a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes sin extinción de la sociedad escindida que continúa desarrollando su actividad con el patrimonio que conserva». Y precisan que el Tribunal Supremo se inclina por la escisión de una rama de actividad de Bankpime (p. 14).

Para DÍAZ RUIZ, E.: «La fusión de sociedades; en particular, las fusiones transfronterizas», *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, BENEYTO PÉREZ, José María y LAGO GIL, Rita (directores), Bosch, Barcelona 2010, p. 355, la fusión supone «la sucesión universal, de tal manera que se elimina cualquier posibilidad de objeción o negociación bilateral con cualquiera de las contrapartes en los distintos negocios jurídicos vigentes con la sociedad absorbida, incluidas las relaciones laborales, pudiendo solo los acreedores oponerse a la fusión a efectos de que se les garantice suficientemente o, en su caso, se adelante el pago, y con alguna consecuencia negativa adicional».

Respecto a la escisión, MUÑOZ PÉREZ, A. F.: «La escisión», *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, BENEYTO PÉREZ, José María y LAGO GIL, Rita (directores), Bosch, Barcelona 2010, p. 388, define la escisión como «la operación que consiste en el nacimiento de una o varias sociedades por vía de la división de una ya existente». Con mayor concreción y desarrollo en sentido amplio como «aquella operación mediante la cual se divide, total o parcialmente, el patrimonio de una sociedad, sin proceder a su liquidación, para transmitir la parte o las partes en que se divide o que se segregan a otra u otras sociedades ya existentes o que se creen con este objetivo». Añade que la escisión se caracteriza «como institución «neutra» en el sentido que la utilización del procedimiento puede obedecer a causas diversas, por lo que se caracteriza por ser un instituto con polivalencia funcional. Entre las finalidades cubiertas por la operación se encuentran funciones típicas, como ser técnica para concentrar empresas y otras atípicas, como solucionar conflictos intrasocietarios, evitar la aplicación de normas de competencia o servir al propósito de sanear la empresa».

El artículo 69 de la LME define la escisión total como «la operación que consiste en la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde». Y el artículo 70 de la LME en su apartado primero conceptúa lo que es escisión parcial como «el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión pro-

A su vez, como ya hemos señalado, en la cesión global se enmarca la cesión de los contratos suscritos por Bankpime con sus clientes —lo que constituye una cesión de contrato.

La cesión de contrato no está regulada en el Código Civil (sí la admiten ordenamientos extranjeros, y en nuestro Derecho la Ley 513 de la Compilación de Navarra), pero ha sido reconocida, en sintonía con la doctrina científica, por una amplia jurisprudencia. Se fundamenta en la libertad de pactos del artículo 1255 en relación con el artículo 1091, ambos del Código Civil<sup>41</sup>. GARCÍA AMIGO la define como «*un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas por dicho tercero en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva*»<sup>42</sup>. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1998<sup>43</sup> la conceptúa como «*aquel acuerdo de todas las voluntades contractua-*

*porcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria*». Y el segundo apartado añade que «*si la parte del patrimonio que se transmite en bloque está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspasa*».

<sup>41</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1949 (RJ 1949/947); 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933); de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972) de 4 de febrero de 1993 (RJ 1993/825); de 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653); de 19 de mayo (RJ 1998/4034) y 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6548); y de 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9329).

<sup>42</sup> GARCÍA AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1964, p. 80.

<sup>43</sup> RJ 1998/6548. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8967) después de señalar que, la cesión de contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 12 julio 1927, 1 julio 1949 (RJ 1949/947), 26 febrero y 26 noviembre 1982 (RJ 1982/6933), 23 octubre 1984 (RJ 1984/4972), 4 febrero 1993 (RJ 1993/825) y 5 marzo 1994 (RJ 1994/1653), según la cual la figura señala que «supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial, existente entre cedido y cedente, al haber aceptado aquél el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada, con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que le ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual».

Asimismo, la sentencia de 29 junio 2006 (RJ 2006/5394) precisa: «La cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, admitida en el ordenamiento a través de la doctrina jurisprudencial [sentencia de 7 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8421)], que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes [sentencia de 4 de abril de 1990 (RJ 1990/2697)] y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos [sentencia de 4 de febrero de 1993 (RJ 1993/825)]. Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual [vid. también las sentencias de 19 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6548) y 27 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8781)]. Por lo cual, es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales [que destaca la sentencia de 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653)]».

les, que produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación». En palabras más simples, hay que tener en cuenta lo que afirma la sentencia de este Alto Tribunal, de 4 febrero 1993<sup>44</sup> cuando dice que «la voluntad negocial en la cesión de contrato queda claramente proyectada en cuanto produce atribución de los efectos de un contrato a persona distinta de la que lo concluyó, pasando la relación bilateral a trilateral y produciendo como efecto característico que el cedente quede desligado del contrato y el cesionario subrogado en su lugar». Supone, como señala de nuevo la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 23 de octubre de 1984<sup>45</sup>, «la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral, en el que necesariamente han de intervenir —aunque en sus efectos tengan distinta proyección—, el cedente, el cesionario y el cedido, cuya presencia es inexcusable, a fin de prestar su aquiescencia o consentimiento a la cesión, de tal manera que si no es así, o sea, si la reciprocidad de obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor, o una cesión de deuda si cede el que no ha cumplido, sin que en tales supuestos sea exigible el consentimiento del deudor». Se trata por consiguiente de un contrato trilateral, en cuanto en que han de intervenir tres voluntades para formar el consentimiento<sup>46</sup>, y mediante el que se sustituye una de las partes de un contrato con prestaciones recíprocas, que todavía no han sido cumplidas y existen al tiempo de realizarse la cesión<sup>47</sup>. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual, y así lo ha declarado el Tribunal Su-

---

Y, finalmente, la de 6 noviembre 2006 (RJ 2006/9425) reitera: «La cesión de contrato consiste «en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido», de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial.

<sup>44</sup> RJ 1993/825.

<sup>45</sup> RJ 1984/4972.

<sup>46</sup> Vid., GARCÍA AMIGO, M.: *La cesión de contratos en derecho español*, op. cit., p. 321, quien, asimismo, precisa que el cedente «tiene como interés inmediato la liberación, el exonerarse de la relación contractual, perdiendo su titularidad y por tanto, los derechos y obligaciones que integran el contenido de la misma»; el cesionario «cuyo interés radica precisamente en lo opuesto del cedente: si éste estaba interesado en la salida de la relación contractual, a aquél le conviene precisamente ingresar en ella, en consecuencia, su interés es, a efectos de cesión para el cesionario toda una adquisición de derechos. El término cesionario con que se le designa expresa muy precisamente su función receptiva en el negocio de cesión»; y el cedido, en cambio, «tiene como interés el de la permanencia de la relación contractual» (pp. 332-333). Asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre 1997 (RJ 1997/8967); de 6 de abril de 2006 (RJ 2006/7964); y de 22 de mayo de 2014 (RJ 2014/2949).

<sup>47</sup> Vid. las sentencias de 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933); de 9 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8967); y de 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9435).

premo<sup>48</sup>. La estructura consiste en la transmisión de una posición contractual<sup>49</sup>, la subrogación por el cesionario en la posición contractual íntegra del cedente con todos sus derechos y obligaciones (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 junio 1985 y de 5 diciembre 2000), la transmisión del conjunto de una determinada relación contractual, operando con carácter unitario, es decir, con todo lo comprendido en el contrato que se cede<sup>50</sup>. No supone la sustitución de un contrato por otro posterior (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 septiembre 1998<sup>51</sup> y de 9 diciembre 1999), sino la subrogación de una persona —cesionario— en el haz de derechos, obligaciones y demás efectos jurídicos de un contrato que persiste, de tal manera que aquélla sustituye a quien actúa como cedente (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 1998<sup>52</sup>). Como consecuencia del contrato de cesión, los efectos jurídicos se proyectan en una triple dirección: cedido —cuyo consentimiento es indispensable a diferencia de lo que ocurre con la cesión de derechos (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 diciembre 1997, de 27 noviembre 1998 y de 21 diciembre 2000, entre otras)—, cedente y cesionario. Desde el punto de vista de éste y en cuanto al cumplimiento de las obligaciones pendientes, que es el tema que interesa en el presente estudio, el efecto característico de la cesión del contrato, como consecuencia de la convergencia de voluntades, es la asunción por el cesionario, en virtud de la subrogación en la posición contractual, de las obligaciones pendientes que incumbían al cedente (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, entre otras, de 26 de noviembre de 1982, de 5 de marzo de 1994<sup>53</sup> y de 9 de diciembre de 1997).

La cesión de contrato requiere inexcusablemente para su eficacia, como dice la sentencia de 21 de diciembre de 2000<sup>54</sup>, «además del consentimiento del cedente y del cesionario, la del contratante cedido», según reiterada jurisprudencia, consentimiento que puede ser expreso o tácito (sentencias de 4 de febrero de 1993<sup>55</sup>; 5 de marzo de 1994<sup>56</sup> y de 7 de octubre de 2002<sup>57</sup>)<sup>58</sup>, que pasa a relacionarse con el contratante cedido, que conserva siempre su posición originaria (sentencias de

<sup>48</sup> Vid. las sentencias de 12 de julio de 1926; 1 de julio de 1949 (RJ 1949/947); de 26 de noviembre de 1982 (RJ 1982/6933); de 23 de octubre de 1984 (RJ 1984/4972) y de 5 de marzo de 1994 (RJ 1994/1653); de 19 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8561); y de 6 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9425).

<sup>49</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10132).

<sup>50</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8535).

<sup>51</sup> RJ 1998/6548.

<sup>52</sup> RJ 1998/8781.

<sup>53</sup> RJ 1994/1653.

<sup>54</sup> RJ 2000/10132.

<sup>55</sup> RJ 1993/825.

<sup>56</sup> RJ 1994/1653.

<sup>57</sup> RJ 2002/9801.

<sup>58</sup> GARCÍA AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español, op., cit.*, pp. 333-335, precisa que, generalmente, el acuerdo y el contenido de la cesión se produce a iniciativa del cedente o cesionario adhiriéndose a ella el cedido, cosa que puede hacer expresa o tácitamente; y la intervención en el negocio del cedido es la mayoría de las veces meramente pasiva —aunque no

6 de febrero de 1993<sup>59</sup>; de 5 de abril de 1994<sup>60</sup>; de 9 de diciembre 1997<sup>61</sup>; de 19 de septiembre de 1998<sup>62</sup>; de 9 de diciembre de 1999<sup>63</sup>; de 30 de agosto de 2001 y de 7 de octubre de 2002<sup>64</sup>), viniendo a operar la cesión con carácter unitario, es decir, que la integra toda la comprendida en el contrato y constituye un objeto y propio contenido negocial (sentencia de 24 de noviembre de 2003<sup>65</sup>), salvo pacto expreso<sup>66</sup>.

Por otra parte, la sentencia de 9 de diciembre de 1999<sup>67</sup> pone de manifiesto que, «la cesión del contrato practicada excluye la novación y representa la transmisión del conjunto de una determinada relación contractual a tercero, operando la cesión con carácter unitario que se mantiene, es decir, con todo lo comprendido en el contrato que continúa, no operando, por tanto, como propia sustitución de un contrato por otro, que sería novación, que ha de ser entendida como subrogación de derechos y obligaciones, al sustituirse el primitivo deudor y supone, por lo general, la existencia de otro contrato que reemplaza al precedente, exigiéndose en todo caso para que resulte eficaz no sólo el conocimiento del acreedor, sino que, como decreta de forma terminante e imperativa, su consentimiento debe resultar suficientemente expresado, es decir, debe constar de modo cierto y positivo y prestarse con el decidido propósito de liberar de sus obligaciones al primitivo deudor (sentencias de 27 de mayo de 1931<sup>68</sup>; de 29 de diciembre de 1956; de 29 de septiembre de 1983<sup>69</sup>; de 4 de febrero de 1993 y de 19 de septiembre de 1998)».

Como ha señalado la jurisprudencia, el rasgo que más claramente distingue la cesión del contrato de la cesión de créditos o la asunción de deuda es el de versar sobre un contrato de prestaciones recíprocas, razón por la cual se exige la conjunción de tres voluntades contractuales (las de cedente, cesionario y cedido) como determinante de su eficacia<sup>70</sup>, habiéndose inclinado la jurisprudencia por esta figura más que por la cesión de crédito y la asunción de deuda simultáneas<sup>71</sup>. En

---

siempre— limitándose a aceptar —u oponerse, cuando la cesión no le interesa— lo que las otras partes hagan o convengan.

<sup>59</sup> RJ 1993/1298.

<sup>60</sup> RJ 1994/1653.

<sup>61</sup> RJ 1997/8967.

<sup>62</sup> RJ 1998/6548.

<sup>63</sup> RJ 1999/8535.

<sup>64</sup> RJ 2002/9801.

<sup>65</sup> RJ 2003/8348.

<sup>66</sup> *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2006 (RJ 2006/7964).

<sup>67</sup> RJ 1999/8535.

<sup>68</sup> RJ 1998/6548.

<sup>69</sup> RJ 1983/4687.

<sup>70</sup> *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 1994 (RJ 1994/1653); de 27 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8781); y de 28 de abril de 2003 (RJ 2003/3547).

<sup>71</sup> *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9329); y 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8535).



suma, como señala la sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2006<sup>72</sup>, la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de sus sujetos y la permanencia objetiva de la relación contractual, implicando la transmisión de la relación contractual en su integridad y, por tanto, que al nuevo sujeto pasen no sólo las obligaciones, sino también los derechos del primitivo.

Lo anterior debe ponerse en relación con las precisas declaraciones de voluntad, que forman el consentimiento. Estas pueden ser expresas o tácitas. Estas se deducen de un comportamiento o de una declaración no expresamente destinada a la emisión de voluntad concreta; son las *facta concludentia* a que se refiere la sentencia de 28 de septiembre de 1987<sup>73</sup>, o los actos inequívocos, las de 19 de diciembre de 1990<sup>74</sup>; de 28 de junio de 1993<sup>75</sup> y, de 20 de noviembre de 2007<sup>76</sup>. No conviene olvidar que la existencia o inexistencia del consentimiento tácito es cuestión de hecho reservada a la apreciación de los órganos de instancia, como reitera las sentencias de 11 de diciembre de 2006 y de 28 de octubre de 2011<sup>77</sup>).

Ahora bien, se trata de un contrato causalmente atípico, porque puede adoptar cualquier tipo de causa de las previstas en el Código Civil y su objeto es «la relación contractual de contenido complejo y polarizado con referencia a una de las partes, formando lo que se ha llamado «status» o «posición contractual» —constituida por la referencia objetiva a todos los efectos jurídicos que derivan del acuerdo de voluntades para cada una de las partes»<sup>78</sup>.

No obstante, la señalada atipicidad de la figura de la cesión de contrato requiere de una necesaria concreción y diferenciación de otras figuras próximas en el tratamiento de su peculiar eficacia y estructura negocial, caso del ya citado contrato en favor de tercero y de la cesión de crédito, propiamente dicha. En este sentido debe puntualizarse que la configuración básica de la cesión de contrato atiende a tres criterios, principalmente:

- En primer lugar, en atención a su función económica y social y a la causa eficiente o concreta del objetivo pretendido, la base del negocio de la cesión de contrato (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2012), se proyecta sobre el propósito común de las partes de transmitir al cesionario el contenido contractual de la relación negocial del cedente a los efectos de subrogarle en su misma posición contractual, de forma unitaria e íntegra, en el entramado de derechos y obligaciones dimanantes del contrato cedido.

<sup>72</sup> RJ 2006, 5394. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2007 (RJ 2007/3465).

<sup>73</sup> RJ 1987/6280.

<sup>74</sup> RJ 1990/10287.

<sup>75</sup> RJ 1993/4791.

<sup>76</sup> RJ 2008/249.

<sup>77</sup> RJ 2011/3388.

<sup>78</sup> GARCÍA AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, op. cit., pp. 321, 346 y 350.



- En segundo lugar, y a diferencia del contrato en favor de tercero y de la cesión de crédito, el objeto de la cesión de contrato se limita o se circunscribe al estricto marco de la reglamentación o contenido contractual dispuesto en el contrato cedido, sin alcanzar su propia ejecución o cumplimiento, de manera que no se atribuye al cesionario, de forma directa, un derecho subjetivo de exigir las prestaciones contractuales, ni tampoco se articula la transmisión de un derecho de crédito previamente adquirido.
- En tercer lugar, y a diferencia de la cesión de crédito, por aplicación de la regla de la eficacia relativa de los contratos, la cesión de contrato requiere del consentimiento del promitente cedido, cuestión que puede venir causada en el mismo contrato cedido, o realizarse posteriormente mediante el correspondiente negocio de aceptación de la cesión de contrato proyectada<sup>79</sup>.

Como hemos manifestado en líneas precedentes, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha afirmado que, para que se produzca la cesión de un contrato, es preciso que éste sea un contrato con prestaciones sinalagmáticas que no hayan sido cumplidas todavía. Pero como precisa el Tribunal Supremo en esta sentencia objeto de análisis, el negocio celebrado entre Bankpime y Caixabank ha de ser analizado en su totalidad, sin descomponerlo artificialmente, para decidir si Caixabank está legitimado pasivamente para soportar las acciones relativas al contrato que en su día celebraron los demandantes con Bankpime. Precisamente, la Audiencia Provincial, al reproducir y asumir lo declarado sobre esta cuestión por otras Audiencias, consideró que se trató de una transmisión glo-

<sup>79</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2013 (RJ 2013/7413). Por su parte, GARCÍA AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, op. cit., pp. 81-82, señala que frente a la cesión de créditos, la de contrato posee las siguientes notas diferenciadoras: «1. Por los elementos constitutivos de cada uno de los negocios: así, mientras el consentimiento es bilateral en la cesión de créditos es trilateral en la de contratos, mientras el objeto de la cesión de créditos es la titularidad activa de la relación obligatoria simple, en la de contratos lo es la titularidad de la relación contractual completa, y, por tanto, la causa —según el artículo 1274 del CC— es también diversa. 2. También la función económico-social perseguida por ambas instituciones es diferente. La cesión de créditos, generalmente, persigue una realización del activo patrimonial, mientras que la de contratos puede representar enajenación de activo o pasivo; 3. Finalmente, el ámbito de aplicación es también distinto, puesto que la cesión de créditos puede aplicarse a todo tipo de relación contractual, aunque nazca de un delito o de acciones u omisiones en que intervenga culpa o negligencia; la de contrato, en cambio, sólo tiene sentido al ser referida a las relaciones contractuales». Frente a la asunción de deudas, la cesión de contratos se caracteriza porque: «1. Los elementos constitutivos son diversos —a excepción del consentimiento, que es trilateral en ambas—; pero el objeto es esencialmente distinto, ya que la titularidad cedida en la asunción de deudas es la pasiva de la relación obligatoria simple, mientras en la de créditos lo es la de parte contractual, compleja de deudas, pero también de créditos y otros efectos jurídicos. La causa es, por consiguiente, también diversa. 2. La finalidad de la asunción de deudas es la circulación jurídica de la relación obligatoria por su lado pasivo, siendo tantas veces la concesión de un préstamo por el cesionario; mientras que, en la de contratos la finalidad es el intercambio de los bienes objeto de la misma. 3. El campo de aplicación de la asunción de deudas es, como en la cesión de créditos, todo el campo del derechos de obligaciones, con independencia de la causa constitutiva de éstas; en tanto que la cesión de contratos viene enmarcado por el campo puramente contractual».

bal, por Bankpime a Caixabank, de determinada posición jurídica y del conjunto de efectos contractuales que dimanaban de esa posición jurídica, sin posibilidad de descomponerla en diferentes negocios transmisivos. Por lo que para este Alto Tribunal la posición de la Audiencia Provincial se considera correcta, pues el negocio jurídico celebrado por las dos entidades bancarias no tenía por finalidad la cesión de determinados contratos celebrados por Bankpime, sino la transmisión de su negocio bancario (que era la actividad propia de su objeto social) como una unidad económica. En el marco de esa transmisión del negocio bancario como unidad económica, Bankpime se desprendió de los elementos patrimoniales necesarios para el desenvolvimiento del negocio bancario, que transmitió a Caixabank, incluida la cesión de los contratos celebrados con sus clientes, y poco después renunció a la autorización para operar como entidad de crédito.

Por todo ello, se considera que la causa de la cesión de los contratos bancarios por Bankpime a Caixabank es justamente la transmisión del negocio bancario como una unidad económica, en cuya operación se enmarcaba y adquiriría sentido. La particularidad de esa causa de la cesión de los contratos trae como consecuencia que tal cesión de contratos prevista en el contrato de transmisión del negocio bancario incluyera tanto los créditos, derechos y, en general, posiciones activas de la entidad bancaria transmitente respecto de sus clientes, como las obligaciones, responsabilidades y, en general, posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Entre ellas está la de soportar pasivamente las acciones de nulidad de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes y restituir las prestaciones percibidas en caso de que tales acciones fueran estimadas. Esta conclusión, además, se ve reforzada en este caso por la íntima relación existente entre el contrato de adquisición de los bonos y el contrato de custodia y administración de los mismos, de ejecución continuada, celebrados entre los demandantes y Bankpime.

Por el contrario, de ser una simple cesión individual de contratos (que, por otra parte, era incompatible con que la causa de tales cesiones fuera la transmisión del negocio bancario como unidad económica), tal cesión debería haber sido consentida por cada uno de los clientes, a los que se debería haber informado de los términos en que se había producido la cesión y haber recabado la prestación de su consentimiento.

Sin embargo, solo se informó a los clientes de la transmisión del negocio bancario y la sustitución de Bankpime por Caixabank como hecho consumado, sin comunicarles las pretendidas limitaciones de los derechos de los clientes frente al cesionario de los contratos ni solicitarles que consintieran la cesión, en esos términos, del contrato o contratos que les vinculaba a Bankpime. Como señalamos, los clientes consintieron tácitamente la transmisión del negocio bancario en cuanto aceptaron su participación ahora como clientes de Caixabank, pero lo hicieron con desconocimiento de la exclusión de la responsabilidad prevista entre Bankpime con Caixabank.

Por tanto, se fija como doctrina jurisprudencial que la transmisión por Bankpime a CaixaBank de su negocio bancario como unidad económica y, como elemento integrante de dicha transmisión, la sustitución de Bankpime por CaixaBank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes del negocio bancario, justifica que éstos pudieran ejercitar contra CaixaBank las acciones de nulidad contractual, por error vicio, respecto de los contratos celebrados por Bankpime con su clientela antes de la transmisión del negocio bancario, sin perjuicio de las acciones que CaixaBank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, conforme a lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos —acción de repetición<sup>80</sup>.

#### IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN Y EL ERROR VICIO

##### 1. Normativa del mercado de valores

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales a este caso objeto de análisis, dedica el Título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión. El artículo 79 LMV establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados» [artículo 79.1 d)]; o la obligación de comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes [artículo 79.1.a)]. Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha Directiva. Los artículos 10 a 12 de la misma fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su artículo 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados (...); a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes», establece en su artículo 12: «La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. (...)».

<sup>80</sup> En el mismo sentido, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/214; y RJ 2018/297); y las sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465); y de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792).

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo —actualmente derogado—, aplicable, igualmente, por razones temporales, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Así, incluía como anexo un «Código General de Conducta» en el que se preveía que las entidades de inversión debían solicitar de sus clientes *«la información necesaria para su correcta identificación, así como información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión cuando esta última sea relevante para los servicios que se vayan a proveer»* (artículo 4.1) y se establecían entre las obligaciones de la entidad para con sus clientes (artículo 5 «Información a los Clientes») las siguientes: *«1. La entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión dedicando a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos. 2. Dispondrán de los sistemas de información necesarios con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes. 3. La información que se facilita a la clientela debe ser «clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata».*

Por otra parte, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su artículo 9: *«Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos».*

En este sentido, la sentencia 10/2017, de 13 de enero<sup>81</sup> manifiesta que la normativa pre-MiFID «ya recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Puesto que, al ser el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía».

Con posterioridad, la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tuvo como finalidad la incorporación al ordenamiento jurídico español de tres directivas europeas:

<sup>81</sup> RJ 2017/21.

la Directiva 2004/39/CE, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, conocidas como normativa MiFID (Markets in Financial Instruments Directive). El artículo 79.1 LMV estableció la obligación de las entidades que prestasen servicios de inversión de *«comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo»*; y añadía en el apartado 2: *«en concreto, no se considera que las empresas de servicios de inversión actúen con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes si en relación con la posición de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún beneficio no monetario que no se ajusta a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley.»*

Por su parte, el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión refunden dos Reales Decretos (el Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios) en un único texto normativo, de modo que se contempla en una única norma global el régimen jurídico aplicable a las entidades que presten servicios de inversión —que está actualmente en vigor— establece en su artículo 60 las condiciones que ha de cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa (ha de ser exacta y no ha de destacar los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin que indique también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible; ha de ser suficiente y se ha de presentar de forma que sea comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios, y no ha de ocultar, encubrir o minimizar ningún aspecto, declaración o advertencia importantes). El artículo 62 del mismo texto exige que la información que prevé la norma se facilite a los clientes minoristas con antelación suficiente al contrato y en un soporte duradero o en una página web que cumpla determinados requisitos.

Y el artículo 64.1 del Real Decreto 217/2008 regula con mayor detalle este deber de información sobre los instrumentos financieros y especifica que la entidad financiera debe *«proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional»*. Y aclara que esta descripción debe *«incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas»*.

En su apartado 2 concreta que *«en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información: a) Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una expli-*

*cación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión. b) La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse. c) La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero. d) Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumento».*

Por otra parte, se obliga a las entidades financieras a clasificar a sus clientes como minoristas o profesionales (artículo 78 bis LMV). Y si se encuadran en la primera categoría, a asegurarse de la idoneidad y conveniencia de los productos ofrecidos y a suministrarles información completa y suficiente, y con la antelación necesaria, sobre los riesgos que conllevan (artículo 79 bis LMV).

Así, cuando se presta el servicio de asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o servicio concreto que se trate; sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquél, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan —test de idoneidad— (artículo 79 bis.6 de la LMV y artículo 19.4 de la Directiva 2004/39/CE). Para ello, especifica el artículo 72 del Real Decreto 217/2008: las entidades financieras «deberán obtener de sus clientes (...) la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse (...) cumple las siguientes condiciones: a) Responde a los objetivos de inversión del cliente. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión, sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos y las finalidades de la inversión. b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión (...). c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción (...).»

Como afirma la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013<sup>82</sup>, caso Genil 48, S. L. (C-604/2011), «la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la naturaleza del instrumento financiero en que consiste, sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente» (apartado 53).

<sup>82</sup> TJCE 2013/142.



Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE.

El artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como *«la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros»*. Y el artículo 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que *«se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor (...)»*, que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público.

De este modo, el Tribunal de Justicia entiende que tendrá la consideración de asesoramiento en materia de inversión la recomendación de suscribir un *swap*, realizada por la entidad financiera al cliente inversor, *«que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales, y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público»* (apartado 55).

Por el contrario, cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento, entendiendo por tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, deberá realizar al cliente un test de conveniencia, conforme a lo previsto en el artículo 79 bis. 7 de la LMV (artículo 19.5 de la Directiva 2004/39/CE). Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa. Como aclara el artículo 73 del Real Decreto 217/2008, se trata de cerciorarse de que el cliente *«tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado»*.

Esta *«información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previsto, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que está familiarizado el cliente. b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado. c) El nivel de estudios, la profesión*



*actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes»* (art. 74 del Real Decreto 217/2008).

Por tanto, los artículos 72 y 74 del Real Decreto 217/2008 establecen que las entidades que presten servicios de inversión deben: (i) Evaluar la idoneidad y conveniencia para el cliente del producto ofrecido, en función de sus conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al mismo; (ii) La información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos sobre: a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente; b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el período durante el que se hayan realizado; c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes; (iii) En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información legalmente exigible.

En este contexto constituye jurisprudencia constante de la Sala de lo Civil que, tanto bajo la normativa MiFID (en concreto, el artículo 79 bis.3 de la LMV), como en la pre MiFID (el artículo 79 de la LMV y el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo), en la comercialización de productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa que impone a dichas entidades financieras el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación. Aunque por sí mismo el incumplimiento de los reseñados deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio en la contratación del producto financiero, la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, incide en la apreciación del error (por todas, sentencias de 20 de enero de 2014<sup>83</sup>; de 27 de octubre de 2015<sup>84</sup> y de 18 de marzo de 2018<sup>85</sup>).

De esta doctrina importa destacar ahora los siguientes aspectos:

1.º) En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por la Sala de lo

<sup>83</sup> RJ 2014/781.

<sup>84</sup> RJ 2015/4945.

<sup>85</sup> RJ 2018/1751.

Civil en las sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014<sup>86</sup> y 769/2014, de 12 de enero<sup>87</sup>, entre otras.

2.º) La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva «MiFID» da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

La consecuencia de todo ello es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve una oferta del servicio o producto para que el consentimiento pueda formarse adecuadamente.

3.º) Para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la celebración de un contrato remunerado *ad hoc* para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por los clientes y la entidad financiera. Basta con que la empresa de inversión ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición<sup>88</sup>. Los deberes de información que incumben a la entidad no desaparecen, porque sea el cliente el que se dirige a la entidad con intención de invertir.

En la actualidad, la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014 (MiFID II), establece en su artículo 24 las disposiciones generales relativas a garantizar la protección del inversor. Así los Estados miembros exigirán que, cuando presten servicios de inversión, o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, las empresas de servicios de inversión habrán de actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad en el mejor interés de sus clientes y observará lo establecido en este artículo y en el artículo 25. Así se proporcionará a los clientes o posibles clientes con suficiente antelación información conveniente con respecto a la empresa de servicios de inversión, los instrumentos financieros y las estrategias de inversión propuestas, los centros de ejecución de órdenes y todos los costes y gastos aso-

<sup>86</sup> RJ 2014/781.

<sup>87</sup> RJ 2015/608.

<sup>88</sup> *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de febrero de 2016 (RJ 2016/1514) y de 17 de junio de 2016 (RJ 2016/4057).

ciados. Dicha información incluirá lo siguiente: a) Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversión, la empresa de servicios de inversión deberá informar al cliente con suficiente antelación respecto de la prestación de dichos servicios: a. Si el asesoramiento se presta de forma independiente o no; b. Si el asesoramiento se basa en un análisis general o más restringido de los diferentes instrumentos financieros y, en particular, si la gama se limita a instrumentos financieros emitidos o facilitados por entidades que tengan vínculos estrechos con la empresa de servicios de inversión, o bien cualquier otro tipo de relación jurídica o económica, como por ejemplo contractual, que pudiera mermar la independencia del asesoramiento facilitado; c. Si la empresa de servicios de inversión proporcionará al cliente una evaluación periódica de la idoneidad de los instrumentos financieros recomendados para ese cliente; b) La inversión sobre los instrumentos financieros y estrategias de inversión propuestas deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares y si el instrumento financiero está pensado para clientes minoristas o profesionales, teniendo en cuenta el mercado destinatario identificado; c) La información sobre los costes y gastos y asociados deberá incluir información relacionada tanto con los servicios de inversión como los auxiliares, incluidos el coste de asesoramiento cuando proceda, el coste del instrumento financiero, recomendado o comercializado al cliente y la forma en que éste deberá pagarlo, así como cualesquiera pagos relacionados con terceros.

La información se facilitará de manera comprensible, de modo que los clientes o clientes potenciales sean capaces de comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece y, por consiguiente, de tomar decisiones sobre la inversión con conocimiento de causa.

El artículo 25 de la citada Directiva se refiere a la evaluación de la idoneidad y conveniencia e información a los clientes. Así se establece en su apartado 2 que *«cuando se presente servicios de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencias del cliente o posible cliente en el ámbito de la inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicios, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas y sus objetivos de inversión, incluida su tolerancia al riesgo, con el fin que la empresa pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas»* (test de idoneidad). Por su parte, en el apartado 3, referido al test de conveniencia, señala que *«los Estados miembros se asegurarán que las empresas de servicios de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 2, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de servicios de inver-*

*sión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es conveniente para el cliente. Cuando lo que se prevea sea un paquete de servicios y productos combinados, de conformidad con el artículo 24, apartado 11, la evaluación deberá examinar si el paquete considerado de forma global es conveniente».* Ahora bien, cuando la empresa de servicios de inversión, basándose en la información recibida, considere que el producto o servicio no es conveniente para el cliente o posible cliente, deberá advertirle de su opinión. Esta advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado.

Asimismo, se define en esta Directiva el asesoramiento en materia de inversión, como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, ya sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros» (artículo 1.4).

Por su parte, la Ley de Mercado de Valores, reformada por el Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre, regula en los artículos 208 a 210 lo relativo a las obligaciones de diligencia y transparencia, el deber de información sobre los servicios de inversión y la evaluación de la idoneidad y conveniencia del producto de inversión para el cliente.

En cuanto a la obligación de diligencia y transparencia, el artículo 208 dispone que las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios y, en particular, observando las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo. En concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes si en relación con la provisión de un servicio de inversión o un servicio auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta ley.

Respecto al deber general de información de las entidades que presten servicios de inversión se indica que toda información dirigida a los clientes, incluida la de carácter publicitario, deberá ser imparcial, clara y no engañosa y las comunicaciones publicitarias deberán ser identificables con claridad como tales. Se les proporcionará, de manera comprensible a los clientes, incluidos los clientes potenciales, información adecuada sobre: a) La entidad y los servicios que presta; b) Los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, y c) Los centros de ejecución de órdenes y los gastos y costes asociados. La información que se les proporciona permitirá a los clientes, incluidos los clientes potenciales, comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa. Esta información a la que se refiere podrá facilitarse en un formato normalizado (artículo 209)<sup>89</sup>. En todo caso,

<sup>89</sup> Se considerará cliente potencial a aquella persona que haya tenido un contacto directo con

la información referente a los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión deberá incluir orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. En el caso de valores distintos de acciones emitidos por una entidad de crédito, la información que se entregue a los inversores deberá incluir información adicional para destacar al inversor las diferencias de estos productos y los depósitos bancarios ordinarios en términos de rentabilidad, riesgo y liquidez. El ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán precisar los términos de la citada información adicional. Asimismo, el cliente deberá recibir de la entidad informes adecuados sobre el servicio prestado.

En cuanto a la evaluación de la idoneidad, ésta tendrá lugar cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, y la entidad deberá obtener la información necesaria sobre sus clientes y, en su caso, los clientes potenciales, en relación con los siguientes aspectos, con el objeto que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan: a) Sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; b) Su situación financiera; y c) Sus objetivos de inversión. En el caso de clientes profesionales, la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. Cuando la entidad no obtenga la información referida, no le recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o cliente potencial. Asimismo, la entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor (artículo 213).

Cuando se presten servicios distintos del servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluido en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente (evaluación de la conveniencia). La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada conforme a este artículo. Cuando, con base en la información prestada, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no resulte adecuado para el cliente, se advertirá de ello. Cuando el cliente no proporcione la información solicitada o ésta sea insuficiente, la entidad, igualmente, le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él. En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo, según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita,

---

la entidad para la prestación de un servicio de inversión, a iniciativa de cualquiera de las partes (artículo 209.6).

en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido que el producto no le resulta conveniente o que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo (artículo 214).

El objetivo de la realización de tales test de conveniencia y de idoneidad es evaluar la conveniencia de los productos que se ofrecen al cliente en función de sus conocimientos y experiencia (en los servicios de venta no asesorada), o su idoneidad de acuerdo con su perfil inversor (en los servicios de asesoramiento y gestión discrecional de carteras). Además, con la nueva normativa del mercado de valores y la MiFID II los clientes minoristas —particulares que actúan como personas físicas, PYMES o entidades locales entre otros— disfrutan de un mayor nivel de protección y se les facilita una mayor información de carácter general sobre los instrumentos financieros —incluyendo su naturaleza, riesgo y funcionamiento— y sobre las estrategias de inversión propuestas, así como los costes y gastos asociados.

## **2. El deber de información contenido en la normativa del mercado de valores**

El artículo 1254 del Código Civil dispone que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio; y el artículo 1255 del citado cuerpo legal, que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Estos preceptos encuadran al contrato como fuente de las obligaciones y en la esfera de lo que se ha venido en denominar Derecho contractual dispositivo, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, dogma individualista de la autonomía de la voluntad al que ha sucedido y sucede, cada vez más, el imperio del principio intervencionista.

En la concepción tradicional, la fuente privada en la formación del contrato es clara, es el consentimiento de las partes el que integra de modo fundamental el contenido obligatorio del mismo, y el contrato, conforme al artículo 1091 del Código Civil, tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, aunque bien con las limitaciones del artículo 1258, que establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Sin embargo, en el modelo contractual por adhesión o en masa, se produce una evolución en el contenido del contrato, donde, por un lado, ya no prima exclusivamente el consentimiento, sino que va a estar determinado en ciertos aspectos y de modo necesario por la ley, y por otro, es esencial el cumplimiento por las empresas del estándar de información que legalmente deben facilitar a sus

clientes para que éstos puedan conformar adecuadamente su voluntad contractual, singularmente sobre las características de los productos que les ofrecen, y en particular en lo relativo a los riesgos que pudieran derivar para ellos, de modo que el incumplimiento de ese deber de información puede determinar que el error de consentimiento del adquirente sea excusable.

Esto es particularmente cierto en la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión bancaria, que impone a las empresas que operan en este mercado, como dice la sentencia del pleno, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, número 840/2013, de 20 de enero de 2014<sup>90</sup>, un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes, no solo a los efectivos, sino también a los potenciales.

En el supuesto objeto de análisis se comercializan participaciones preferentes que ofreció Bankpime —ahora Caixabank— a los demandantes y que estos adquirieron. La entidad financiera estaba obligada a suministrar una información clara y comprensible a sus clientes, que les permitiera conocer las características de este producto financiero y sus concretos riesgos. Como se dispone en la sentencia de 8 de septiembre de 2014<sup>91</sup>, «las participaciones preferentes (...) vienen a ser un «híbrido financiero», pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda»: «son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios». En la sentencia de 25 de febrero de 2016<sup>92</sup> se operó con mayor detalle en la caracterización de este producto, para abordar el mismo problema que se plantea ahora sobre la validez del negocio de comercialización de las participaciones preferentes: «La CNMV describe las participaciones preferentes como valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho de voto, con vocación de perpetuidad y cuya rentabilidad no está garantizada. Se trata de un producto de inversión complejo y de riesgo elevado, que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. En la misma línea, el Banco de España las define como un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor».

A su vez, la Directiva 2009/111/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 no califica la participación preferente como instru-

<sup>90</sup> RJ 2014/781.

<sup>91</sup> RJ 2014/4946. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 9 de mayo de 2018 (JUR 2018/150607).

<sup>92</sup> RJ 2016/1514.



mento de deuda, sino como instrumento de capital híbrido al que se ha de aplicar el mismo tratamiento contable y financiero que reciben los recursos propios de la entidad de crédito emisora. De ahí que una primera aproximación a esta figura permite definirla como un producto financiero que presenta altos niveles de riesgo y complejidad en su estructura y condiciones, como así se reconoce en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

Otra característica fundamental de las participaciones preferentes es que «no se atribuye al titular de las mismas un derecho a la restitución de su valor nominal, por lo que son valores perpetuos y sin vencimiento. Las participaciones preferentes cotizan en los mercados secundarios organizados y, en los supuestos de liquidación o disolución de la entidad de crédito emisora o de la dominante, darán derecho a obtener exclusivamente el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no satisfecha, que no hubiera sido objeto de cancelación, situándose, a efectos del orden de prelación de créditos y frente a lo que su nombre pueda erróneamente hacer interpretar, inmediatamente detrás de todos los acreedores, subordinados o no, de la entidad de crédito emisora o de la dominante del grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuota-partícipes»<sup>93</sup>.

Asimismo, con relación al estándar de información exigible a la empresa que opera en el mercado de valores y, en consecuencia, a su posible responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de información, en sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de julio de 2017<sup>94</sup>, citando la sentencia de 18 de abril de 2013, manifiesta que: «(...) Los valores negociables son activos financieros que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, son susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera (artículo 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre). Son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Respecto a los *swaps*, se indica que son un producto complejo, financiero o de inversión, que más allá de las normas de buena práctica bancaria y las obliga-

<sup>93</sup> *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2016 (RJ 2016/4964).

<sup>94</sup> RJ 2017/4143.

ciones que impone la normativa exige verificar si se ha cumplido con el deber de información al cliente, según impone a la entidad bancaria dicha norma<sup>95</sup>.

Ante todo se ha de tener en cuenta que este tipo de contratos son calificados de complejos y arriesgados por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013<sup>96</sup>, caso Genil 485, S. L. (C-604/2011), en los que puede producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 2015<sup>97</sup>, afirma que posiblemente una de las cuestiones por las que el contrato de permuta financiera ha adquirido un gran protagonismo litigioso es porque se ha desnaturalizado su concepción original, ya que el *swap* era una figura que se utilizaba como instrumento de reestructuración financiera de grandes empresas o como cobertura de las relaciones económicas entre estas y organismos internacionales, mientras que de unos años a esta parte ha pasado a ser comercializada de forma masiva entre personas físicas y pequeñas y medianas empresas.

Por tanto, el producto es complejo y de riesgo, y de tal calificación se ha de partir para ofrecer respuesta a las cuestiones planteadas. Aunque lo cierto es que casi la totalidad de la doctrina jurisprudencial se centra en los *swaps*, la misma puede ser aplicable a cualquier otro producto de inversión.

En este contexto, con relación a los *swaps*, se viene afirmando en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de marzo de 2016<sup>98</sup>, con cita de las anteriores sentencias de 16 de diciembre de 2015<sup>99</sup> y de 4 de febrero de 2016<sup>100</sup>, que «no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de *swap*, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas, y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada (sentencias de 16 de diciembre de 2015<sup>101</sup> y de 4 de febrero de 2016<sup>102</sup>). (...) no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o

<sup>95</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244).

<sup>96</sup> TJCE 2013/142.

<sup>97</sup> RJ 2015/4946.

<sup>98</sup> RJ 2016/1211. Asimismo, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21), no se cumple el deber de información con la simple lectura e intervención notarial; y de 23 de abril de 2018 (JUR 2018/123825).

<sup>99</sup> RJ 2015/5570.

<sup>100</sup> RJ 2016/223.

<sup>101</sup> RJ 2015/5570.

<sup>102</sup> RJ 2016/223.

negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés».

Se insiste en las anteriores afirmaciones en las sentencias de 13 de enero de 2017<sup>103</sup>, y de 27 de febrero de 2017<sup>104</sup>. Como se indica en la sentencia de 10 de diciembre de 2015<sup>105</sup>, «el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo no es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del nocional». Tal información no se suministra con una simple advertencia en el condicionado general del contrato presentado a la firma (sentencias de 10 de diciembre de 2015<sup>106</sup> y de 29 de marzo de 2016<sup>107</sup>).

Efectivamente, la entidad financiera debe informar al cliente que, tratándose de un contrato con un elevado componente de aleatoriedad, los beneficios de una parte en el contrato de *swap* constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte. A la vista de la complejidad del producto, debe informar en términos claros de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto que constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> RJ 2017/21.

<sup>104</sup> RJ 2017/824.

<sup>105</sup> RJ 2015/5777.

<sup>106</sup> RJ 2015/5777.

<sup>107</sup> RJ 2016/1211.

<sup>108</sup> Vid. la sentencia de pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3993), reiterada posteriormente por otras muchas que dispone al respecto que: «(...) La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el *swap* de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo, en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del *swap*, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018/158179) señala que no basta con indicar vagamente en qué consistía el producto, que podían producirse resultados positivos o negativos para la cliente según la fluctuación de ese tipo referencial o, en fin, que podía cancelarse anticipadamente a precios de mercado, sino que era precisa una información más concreta, en la que se advirtiera claramente de los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés, con escenarios que no fueran meramente lo que la sentencia de primera instancia definió como «esquema de escenarios crípticos» y también una información sobre el concreto coste de cancelación a fin de asegurarse de que la cliente había podido comprender la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos (por ejemplo, sentencia 282/2017, de 10 de mayo, luego

Ahora bien, son múltiples las sentencias de la Sala de lo Civil que conforman una jurisprudencia reiterada y constante y a cuyo contenido atendemos, que consideraran que un incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los contratos de *swap*, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía, como a un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo<sup>109</sup>.

Por tanto, ese déficit de información, en estrecha relación con la calificación de minorista de la actora, puede hacer presumir el error en quien contrató (sentencia del Pleno de 20 de enero de 2014<sup>110</sup>).

No es que el incumplimiento de los deberes de información determine por sí la existencia de error vicio, sino que permite presumirlo<sup>111</sup>.

Sobre la posible incidencia en el error que tiene el incumplimiento de los referidos deberes de información se destaca como doctrina jurisprudencial por el Tribunal Supremo<sup>112</sup>:

a) Que el déficit informativo puede hacer presumir el error. En el caso de los *swaps*, el incumplimiento de dicha normativa, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a los mismos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a

mencionada por las sentencias 425/2017, de 6 de julio, y 30/2018, de 22 de enero). En particular, la mera referencia documental a que la cancelación anticipada sería posible con un coste que se calcularía por la situación del mercado en el momento de la cancelación se ha venido considerando por esta sala como insuficiente (entre las más recientes, sentencias 179/2017, de 13 de marzo; 204/2017, de 30 de marzo; 211/2017, de 31 de marzo; 223/2017, de 5 de abril; y 244/2017, de 20 de abril).

Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21); de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244); y de 24 de abril de 2018 (JUR 2018/1250806).

<sup>109</sup> *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de enero de 2014 (RJ 2014/781) y de 15 de septiembre de 2015 (RJ 2015/3993); así como las sentencias de 7 de julio de 2014 (dos) (RJ 2014/3541 y RJ 2014/4313); de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4315); de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014/4946); de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5304); de 26 de febrero de 2015 (RJ 2015/953); de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015/4894); de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015/4919); de 27 de octubre de 2015 (RJ 2015/4580); de 30 de octubre de 2015 (RJ 2015/4946); de 10 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5159); de 24 de noviembre de 2015 (RJ 2016/113); de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5498); de 26 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5486); de 30 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5466); de 9 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5395); de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5946); de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5777); de 17 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6021); de 18 de diciembre de 2015 (RJ 2015/6017); de 29 de diciembre de 2015 (RJ 2015/5880); de 4 de febrero de 2016 (RJ 2016/222); de 12 de febrero de 2016 (RJ 2016/548); de 29 de marzo de 2016 (RJ 2016/1211); de 8 de abril de 2016 (RJ 2016/1496); de 11 de mayo de 2016 (RJ 2016/1959); de 20 de julio de 2016 (RJ 2016/3428); de 30 de julio de 2016 (RJ 2016/4582) y de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016/4913).

<sup>110</sup> RJ 2014/781.

<sup>111</sup> *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de octubre (RJ 2015/5158).

<sup>112</sup> *Vid.*, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 2018 (RJ 2018/252); de 19 de febrero de 2018 (RJ 2018/636); de 10 de abril de 2018 (RJ 2018/1410).

un también elevado coste de cancelación, puede hacer presumir el error en quien contrató con dicho déficit informativo.

La sentencia 10/2017, de 13 de enero<sup>113</sup>, declara al respecto: «la entidad recurrida prestó al cliente un servicio de asesoramiento financiero que le obligaba al estricto cumplimiento de los deberes de información ya referidos; cuya omisión no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo, en tanto que la información —que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros— es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

A su vez, el deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

b) Que la obligación de informar es activa, no de mera disponibilidad, por lo que la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios<sup>114</sup>, además, la posibilidad de contar con asesoramiento externo no es un dato relevante a la hora de apreciar una actuación no diligente del cliente que excluya la excusabilidad del error; y, en fin, que dicha obligación ha de ser cumplida con antelación suficiente a la firma del contrato y no puede suponer una mera información sobre lo obvio<sup>115</sup>.

La misma sentencia 10/2017 dispone sobre este punto: «No obstante, según dijimos en las sentencias 769/2014, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608), y 676/2015, de 30 de noviembre (RJ 2015/5466), es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación —activa y no de mera disponibilidad— de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes —que no son profesionales del mercado financiero y de inversión— quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por

<sup>113</sup> RJ 2017/21.

<sup>114</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608), de 30 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5466); de 12 de enero de 2017 (RJ 2017/13); de 1 de marzo de 2017 (RJ 2017/827); de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017/1635); de 6 de julio de 2017; de 22 de enero de 2018; de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244); de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1751) y de 30 de mayo de 2018 (JUR 2018/158532), entre otras.

<sup>115</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2017 (RJ 2017/3953) y de 13 de marzo de 2018 (RJ 2018/1242).

su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios».

c) Que no resulta suficiente el contenido de la documentación contractual ni el aviso genérico sobre los riesgos. Así, la sentencia 727/2016, de 19 de diciembre<sup>116</sup>, razona: «Y en cuanto al aviso genérico sobre la existencia de riesgos, como dijimos en la sentencia n.º 195/2016, de 29 de marzo (RJ 2016, 1211), no cabe entender suplido el deber de información por el contenido del propio contrato de *swap*, la mera lectura de las estipulaciones contractuales no es suficiente y se requiere una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, tendente a la explicación de la naturaleza del contrato, el modo en que se realizarán las liquidaciones, los riesgos concretos que asume el cliente, como son los que se concretaron posteriormente en las elevadas liquidaciones negativas practicadas y la posibilidad de un alto coste de cancelación anticipada [sentencias n.º 689/2015, de 16 de diciembre (RJ 2015/5570), y 31/2016, de 4 de febrero (RJ 2016/223)]. Como hemos dicho en múltiples resoluciones, no basta una mera ilustración sobre lo obvio, es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, puede haber resultados positivos o negativos, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés». (...)

«Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, concretados en las normas antes transcritas, no quedan satisfechos porque se explique que, como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.»

En particular, respecto del mismo banco aquí demandado-recurrido, considera que «no se trata de que el Banco de Santander pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al

<sup>116</sup> RJ 2016/6269.

alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada», y en el mismo sentido se pronuncia la posterior sentencia 7/2017, de 12 de enero<sup>117</sup>.

La sentencia 2/2017, de 10 de enero<sup>118</sup>, reitera al respecto que: «En este tipo de contratos complejos y arriesgados, como son calificados por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48, S. L. (C-604/2011), en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos».

En la misma línea, la sentencia 595/2016, de 5 de octubre<sup>119</sup>, ya había puntualizado que «las menciones predispuestas en los contratos, conforme a las cuales el cliente tenía capacidad para evaluar y entender (independientemente o a través de asesoramiento profesional) y había entendido los términos, condiciones y riesgos del contrato y de las operaciones a que el mismo se refería, carecen de trascendencia. Por su parte, en las sentencias de 18 abril de 2013<sup>120</sup>; de 12 de enero de 2015; de 29 de abril de 2015<sup>121</sup>; de 22 de abril de 2015<sup>122</sup>; de 10 de diciembre de 2015<sup>123</sup>, entre otras, se ha considerado ineficaces las menciones predispuestas que consisten en declaraciones, no de voluntad, sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Y es que la normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir con estas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predispuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara

<sup>117</sup> RJ 2017/13.

<sup>118</sup> RJ 2017/1.

<sup>119</sup> RJ 2016/4764.

<sup>120</sup> RJ 2013/3387.

<sup>121</sup> RJ 2015/2042.

<sup>122</sup> RJ 2015/1360.

<sup>123</sup> RJ 2015/5777.



haber sido informado adecuadamente, o eximiera a la empresa de servicios de inversión de facilitarle el asesoramiento a que está obligada cuando la iniciativa de ofrecer el producto parte de ella, como ha ocurrido en este caso. Tanto más si, con ello, la empresa de servicios de inversión pretende eludir el cumplimiento de sus obligaciones de asesoramiento.

En suma, para excluir la existencia de error o su carácter excusable, no es bastante el mero contenido del contrato y su lectura por parte del cliente ni basta «una mera ilustración sobre lo obvio», es decir, que como se trata de un contrato aleatorio, en el que se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, puede haber resultados positivos o negativos para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial, sino que la información tiene que ser más concreta y, en particular, incluye advertir debidamente al cliente sobre los riesgos asociados a una bajada prolongada y abrupta de los tipos de interés.

d) Que para poder excluir el error o su excusabilidad son necesarios conocimientos especializados en esta clase de productos.

En esta línea, según establece la ya mencionada sentencia 10/2017: «La intensidad de los deberes de información por parte de la empresa que actúa en el mercado de valores es tanto mayor cuanto menor es la capacidad del cliente para obtener la información por sí mismo y comprenderla, debido a su perfil inversor. Asimismo, señala que «no cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir esta capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a qué tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. (...) Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de *swaps* tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009».

La formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos<sup>124</sup>. En consecuencia, no por tratarse de una empresa debe presumirse en sus administradores o representantes unos específicos conocimientos en materia bancaria o financiera (sentencias 676/2015, de 30 de noviembre; 2/2017, de 10 de enero y 11/2017, de 13 de enero), y el conocimiento

<sup>124</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 2015 (RJ 2015/5600); de 19 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5066); de 20 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5629); de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016/4589) y de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21).

especializado exigible en la contratación de este tipo de productos financieros complejos «tampoco se puede deducir por el hecho de haber sido el encargado de relacionarse con los bancos para el tráfico normal de la empresa, debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad declarada del producto»<sup>125</sup>.

Asimismo, es doctrina jurisprudencial constante<sup>126</sup> «que ni la condición de sociedad del cliente ni la experiencia de sus administradores en la gestión empresarial o en la contratación bancaria dentro del tráfico ordinario de la sociedad presuponen la tenencia de los específicos conocimientos financieros que exige la contratación de esta clase de productos debido a la propia sofisticación, singularidad y complejidad del *swap* (...); que en todo caso es la empresa de servicios de inversión la que está obligada a facilitar dicha información, impuesta por la normativa legal y no sus clientes, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar asesoramiento experto o formular las correspondientes preguntas, lo que supone que la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios<sup>127</sup>; y en fin, que tampoco la previa celebración de contratos de *swap* supone que los clientes conocieran los riesgos, sino precisamente lo contrario, puesto que por ignorar a lo que se estaban exponiendo seguían firmando contratos sin noción real del alcance de los riesgos patrimoniales (sentencia de 12 de enero de 2017<sup>128</sup>)».

En esta línea se destaca igualmente que el simple hecho de tratarse de empresas con un cierto volumen de negocios y antigüedad en el mercado no supone que sus responsables tuvieran conocimientos especializados en este tipo de productos financieros complejos y de riesgo, como sucede con empresas que desarrollan su actividad en un sector ajeno al financiero y de inversión. De ahí que inferir de ese dato que la actora tiene experiencia y solvencia para comprender el objeto de estos contratos complejos y de riesgo contradice la jurisprudencia de la Sala de lo Civil<sup>129</sup>.

Como afirma, asimismo, la sentencia de 30 de septiembre de 2016<sup>130</sup> el hecho de que la cliente sea una sociedad mercantil y que el administrador tenga cargos

<sup>125</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 2016 (RJ 2016/4764).

<sup>126</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencias de 30 de noviembre de 2015; de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/1); de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21) y de 10 de mayo de 2017 (RJ 2017/2400).

<sup>127</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608); de 12 de enero de 2017 (RJ 2017/13); de 8 de marzo de 2017 (RJ 2017/1635); de 17 de enero de 2018 (RJ 2018/161); de 13 de marzo de 2018 (RJ 2018/1242; Id. Cendoj: 28079110012018100138) y de 23 de abril de 2018 (JUR 2018/123825).

<sup>128</sup> RJ 2017/13.

<sup>129</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21).

<sup>130</sup> RJ 2016/4589.

en otras sociedades, no supone necesariamente el carácter experto del cliente, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la de simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

Por idénticos motivos de cualificación para negociar esta clase de productos, se ha excluido el carácter excusable del error aun interviniendo un asesor fiscal<sup>131</sup>.

Es esclarecedora, al efecto, la sentencia de 12 de febrero de 2016<sup>132</sup>. No cabe imputar falta de diligencia a la administradora, pues, como se ha señalado en las sentencias de 12 de enero de 2015<sup>133</sup> y de 30 de noviembre de 2015<sup>134</sup> es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación, como hemos indicado, activa y no de mera disponibilidad de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes —que no son profesionales del mercado financiero y de inversión— quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios<sup>135</sup>.

Por otra parte, respecto a la carga de la prueba, que se ha cumplido con los deberes de información que impone la normativa del mercado de valores, no incumbe al cliente, sino que la acreditación de tal cumplimiento pesa sobre la entidad financiera<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2016 (RJ 2016/3201) y de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21).

<sup>132</sup> RJ 2016/513.

<sup>133</sup> RJ 2015/608.

<sup>134</sup> RJ 2015/5466.

<sup>135</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608); de 30 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5466) y de 11 de abril de 2018 (RJ 2018/105370).

<sup>136</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1752).

### 3. Error como vicio del consentimiento. Incumplimiento del deber de información

Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta —sentencias de 18 de febrero de 1985; de 29 de marzo de 1994<sup>137</sup>; de 28 de septiembre de 1996<sup>138</sup>; de 21 de mayo de 1997<sup>139</sup> y de 12 de noviembre de 2010, entre muchas—. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada —*«pacta sunt servanda»*— imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad —autonomía de la voluntad—, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una «lex privata» (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos —sentencia de 15 de febrero de 1977.

En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer —además de sobre la persona, en determinados casos— sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo —sentencias de 4 de enero de 1982<sup>140</sup>; de 29 de marzo de 1994<sup>141</sup>, entre otras muchas —, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato —artículo 1261, párrafo segundo del Código Civil—. Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones —respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato— que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias —pasadas, concurrentes o esperadas— y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes o, dicho con otras palabras, no

<sup>137</sup> RJ 1994/2304.

<sup>138</sup> RJ 1996/6820.

<sup>139</sup> RJ 1997/4235.

<sup>140</sup> RJ 1982/179.

<sup>141</sup> RJ 1994/2304.

se objetivaron y elevaron a la categoría de causa concreta de aquél, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

Como se ha indicado, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, en el momento de la perfección o génesis de los contratos —sentencias de 8 de enero de 1962; 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras—. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquéllas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

Asimismo, como se expuso en líneas precedentes, el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia<sup>142</sup>.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia exige tal cualidad, pese a no estar mencionada en el artículo 1266 —pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe—, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida<sup>143</sup>. Asimismo, ha de ser no imputable al interesado en el sentido de causado por él —o personas de su círculo jurídico<sup>144</sup>.

Por lo que sobre tales bases se niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

<sup>142</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 noviembre 2012 (RJ 2012/11052).

<sup>143</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de enero de 1982 (RJ 1982/179); de 17 de julio de 2000 (RJ 2000/6803); de 13 de mayo de 2009 (RJ 2009/4742); de 29 de octubre de 2013 (RJ 2013/8053); de 10 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5304); de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013); de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4746) y de 17 de enero de 2018 (RJ 2018/161) y de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1751). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 28 de febrero de 2013 (AC 2013/931).

<sup>144</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de noviembre de 2014 (RJ 2014/6460).

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa<sup>145</sup>.

En definitiva, el carácter excusable supone que, en los términos apuntados, que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración<sup>146</sup>.

Desde la sentencia de Pleno de 20 de enero de 2014<sup>147</sup> sobre la nulidad por error en el consentimiento de contratos de *swap*, y en particular, como es el caso, de contratos posteriores a la incorporación de la normativa MiFID al Derecho español<sup>148</sup>, la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información, fundamentalmente en cuanto a la información de los riesgos inherentes a dichos contratos, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas en elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación, permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados y, consiguientemente, la existencia de un error excusable.

A partir de las anteriores consideraciones relativas al deber de información de la entidad financiera al cliente minorista en la contratación de productos complejos, la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la incidencia del incumplimiento de ese deber en la apreciación del error vicio del consentimiento, cuando haya un servicio de asesoramiento financiero, se puede concretar en los siguientes puntos:

<sup>145</sup> *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096).

<sup>146</sup> En este sentido, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero (RJ 1994/1096).

<sup>147</sup> RJ 2014/781.

<sup>148</sup> Entre otras, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2017 (RJ 2017/1) y de 6 de julio de 2017 (RJ 2017/3686).

1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo<sup>149</sup>.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto —el *swap*, en el supuesto objeto de comentario.

3. La información —que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros— es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente<sup>150</sup>.

Además, a juicio del Alto Tribunal, la intervención notarial en alguno de estos contratos no puede considerarse suficiente para considerar que los clientes fueron informados adecuadamente de la naturaleza, características y riesgos de los contratos de *swap*, ni que fueran conscientes del alcance y gravedad de las pérdidas que podía sufrir como consecuencia de tales contratos. Menos aún puede considerarse indicativa de que los clientes fueran informados con la suficiente antelación, como exigía y exige la normativa sobre el mercado de valores, puesto que la intervención notarial se produce en el momento preciso de la suscripción del contrato. Además, no debe olvidarse que las obligaciones de información, en el elevado y exigente grado que exige la normativa del mercado de valores, se imponen a las empresas que intervienen en el mercado de valores y no a terceros intervinientes, como pueden ser los fedatarios públicos<sup>151</sup>.

Ciertamente, cuando el deber de información que impone la normativa del mercado de valores se incumple, quien sufre el error merece la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los

<sup>149</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2018 (RJ 2018/1038) y de 24 de abril de 2018 (JUR 2018/1250806).

<sup>150</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2018 (RJ 2018/168).

<sup>151</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5629).



productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. Como ha declarado la tantas veces citada sentencia de pleno, de 20 de enero de 2014, «la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente».

Ahora bien, «cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye, por ejemplo, permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error). Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada; en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico»<sup>152</sup>.

En este contexto, la ausencia de información adecuada y suficiente sobre la naturaleza y los riesgos del producto complejo contratado puede determinar la existencia de error en el consentimiento, precisamente, por infracción del deber de información de la entidad inversora que le impone la normativa del mercado de valores, respecto del cliente que adquiere un producto de inversión, lo que puede determinar la nulidad del contrato<sup>153</sup>. Por el contrario, hay inexistencia de

<sup>152</sup> En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 2016 (RJ 2016/3201) señala que esta sala ha dictado recientemente un número considerable de sentencias sobre el error en la contratación de productos y servicios de inversión, y en concreto, en la contratación de «swaps» de tipos de interés o de inflación por parte de clientes que no tienen la cualidad de profesionales del mercado productos financieros y de inversión y ha declarado la nulidad del contrato por concurrencia de error-vicio del consentimiento cuando el mismo ha sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial. Asimismo, manifiesta que la normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de información a sus clientes.

<sup>153</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2014 (RJ 2014/3541) y de 15 de julio de 2016 (RJ 2016/3201).

error vicio del consentimiento y de responsabilidad por falta de información por la entidad inversora, si se acredita la existencia de información y que el cliente recibió toda clase de explicaciones sobre la naturaleza, objeto y razón de ser del producto complejo, se les entregaron los correspondientes folletos informativos y se han previsto todos los escenarios posibles, de los que además se da oportuna información<sup>154</sup>.

En consecuencia, quien sufre el error puede solicitar la correspondiente nulidad del contrato. El artículo 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2008), reconoce el derecho de la parte de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada.

Se trata por ello de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada. El concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero 2009), y así el artículo 1298 del Código Civil tiene la siguiente redacción: «1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error. 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. 3. Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error...»<sup>155</sup>.

<sup>154</sup> Vid., en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de marzo de 2018 (RJ 2018/1088) y de 15 de junio de 2018 (JUR 2018/172337; Id. Cendoj: 28079110012018100348).

<sup>155</sup> Por su parte, el artículo 527-3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece en su apartado 1 que «puede anularse el contrato la parte que, en el momento de celebración, padece un error de hecho o de derecho en la voluntad declarada o en la declaración de voluntad, si el error es esencial, relevante y excusable».

#### 4. Incumplimiento de los test de conveniencia e idoneidad

Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID I y II impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación.

En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad.

En la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 20 de enero de 2014<sup>156</sup>, en relación con un servicio de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que, en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

De ahí que considere que «en caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el *swap*, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. Por lo que la omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso, la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo»<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> RJ 2014/781.

<sup>157</sup> En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465), que, asimismo, añade que «la normativa del mercado de valores, incluida la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obli-

Aplicada a nuestro caso, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que comenzó con la tantas veces citada sentencia de 20 de enero de 2014, dictada en relación con un contrato de *swap*, pero con doctrina perfectamente extrapolable a la contratación de otros productos financieros complejos, como las participaciones preferentes que, es el supuesto objeto de análisis en este estudio, debemos señalar que, en este caso, recordemos, se contrató por los demandantes, el 3 y el 5 de septiembre de 2007 (folios 39 y 40), el producto que el informe de la CNMV identifica como «bonos emitidos por General Motors A. C. en el año 2003, denominados «7,25% Notes due July, 3,2013» (Código ISIN XS0171942757) y denominados en USD (folio 61 vuelto).

Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.<sup>a</sup>, de 6 de octubre de 2015, objeto de recurso de casación, señala que existe error en el consentimiento porque la entidad financiera que comercializó los bonos no cumplió con los deberes de información que le imponía la normativa reguladora del mercado de valores, pues los demandantes no tuvieron a su disposición información sobre los riesgos del producto y, además, la relación entre Bankpime, y luego Caixabank, con sus clientes no fue de mera intermediación en la compra de productos financieros, sino que le prestaron un verdadero servicio de asesoramiento en materia de inversión, como se deriva del hecho de que le ofreciera una gestión personalizada, cumpliendo así los parámetros que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11, manifiesta al declarar que el asesoramiento en materia de inversión consiste en la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros (artículo 4.1.4 de la Directiva 2004/39/UE y artículo 1.4 de la Directiva 2014/65/UE), fijando el artículo 52 de la Directiva 2004/39/UE el concepto de recomendación personalizada como

---

ga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos de información que sobre esos extremos han de dar a los clientes potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia el riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellas con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia) que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. En este caso, no consta que se informara a los clientes sobre la naturaleza, características y riesgos de los productos (bonos de Lehman Brothers y valores del banco islandés Kaupthing), sobre todo en caso de insolvencia de las entidades emisoras.

Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 20 de julio de 2017 (RJ 2017/4143) señala que «lo relevante es que los efectos de este plus de diligencia y buena fe contractual a observar por la empresa que presta servicios de inversión en el mercado de valores es que la entidad bancaria, en su asesoramiento, no advirtió a la cliente, de forma clara y precisa, que el producto financiero cuya contratación recomendaba era contrario al perfil de riesgo elegido por la cliente para realizar su inversión. Sin que además, como reconoce la sentencia recurrida, la entidad bancaria facilitase a la cliente el folleto de emisión de estos bonos estructurados donde, aparte de su caracterización, se advierte de los riesgos». Igualmente, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2018 (JUR 2018/125894) y de 9 de mayo de 2018 (JUR 2018/138954).

aquella que se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de las circunstancias personales, no formando parte de este concepto las recomendaciones divulgadas exclusivamente a través de canales de distribución o destinadas al público.

Por todo ello, no cabe duda que la demandada no fue mera intermediaria en las operaciones de suscripción de los bonos de General Motors y que Bankpime llevó a cabo un servicio de asesoramiento financiero, pues la adquisición de los referidos bonos fue ofrecido por la entidad financiera, por medio de su «gerente de cuentas», como un producto financiero que podía permitir alta rentabilidad sin merma de la seguridad, que era fundamental para esos inversores, quienes por ello emitieron su voluntad de contratar con consentimiento viciado por error excusable sobre la esencia del negocio, por lo que es de aplicación el primer párrafo del artículo 1266 del Código Civil, pues los demandantes no tuvieron a su disposición la información sobre los riesgos de un producto como las participaciones preferentes, ni, asimismo, hay base suficiente como para concluir que hubieran entendido que no se trataba de un producto de renta fija. A lo que hay que añadir que se trataba de clientes minoristas, de 53 y 18 años de edad, sin preparación financiera o inversora.

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de febrero de 2018<sup>158</sup>, señala, asimismo, que en este caso no consta que se informara a los clientes sobre la naturaleza, características y riesgos de los productos contratados (bonos de Lehman Brothers y valores del banco islandés Kaupthing), sobre todo en el caso de insolvencia de las entidades emisoras. Ni puede considerarse que las órdenes de compra fueran suficientes a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones legales de información previstas en los artículos 79 y 79 bis de la LMV y en los Reales Decretos 629/1993, de 3 de mayo y 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que presten servicios de inversión. En efecto, no se entregó a los demandantes ningún folleto informativo ni ningún otro tipo de documentación previa a la suscripción de las órdenes de compra en las que se les advirtiera de los riesgos propios de las inversiones que realizaban, ni de características esenciales de los productos contratados, como que no tenía fecha de vencimiento o con un vencimiento muy largo, sin liquidez y no garantizados.

Ahora bien, de forma un tanto sorprendente, el Tribunal Supremo, en una sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2018<sup>159</sup>, después de señalar que la práctica de un test de conveniencia y la firma de un documento predispuesto como las del presente caso no eximen al banco del exacto cumplimiento de sus deberes de información; prueba de cuyo cumplimiento en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia que la complementa incumbe al

<sup>158</sup> RJ 2018/465.

<sup>159</sup> RJ 2018/1731; Id. Cendoj: 2807911991208100013.

banco, añade, y ahí lo curioso, que la cláusula predispuesta por el banco firmada por el cliente, según la cual se le ha informado que la operación no es conveniente y, aun así, el cliente decide contratar por su propia iniciativa, no excluye el error. Tal planteamiento ha determinado un acertado voto particular por el magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller en el sentido de considerar que, en este caso, no procede alegar error<sup>160</sup>.

<sup>160</sup> Los argumentos sobre los que se sustenta tal voto particular son los siguientes: Las sociedades celebraron determinados contratos de permuta financiera, por medio de sus representantes, con Banco Santander, S. A., con un documento de «cláusulas adicionales» en el que se decía que «cada una de las partes manifiesta que no ha sido asesorada por la otra parte sobre la conveniencia de realizar esta operación y que actúa sobre la base de sus propias estimaciones y cálculos de riesgo», así como que «el cliente declara que ha sido informado por Banco Santander del riesgo que asume en la realización de esta operación, atendiendo al instrumento financiero sobre el que recae y que, una vez realizado su propio análisis, decide formalizarla». Finalmente, el párrafo último del documento rezaba así: «El cliente declara que ha sido informado por Banco Santander de que la realización de esta operación NO es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia sobre el producto o instrumento financiero de la misma, lo cual el cliente reconoce y asume, y declara, asimismo, que, a pesar de ello, decide formalizar la presente operación a su solicitud y por su propia iniciativa».

Firmada por el cliente dicha declaración, entiende este magistrado que la nulidad de los contratos únicamente podría venir dada por el hecho de que la falta de una información previa al cliente —con estricto cumplimiento de las normas aplicables— determinara por sí dicho efecto de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil. También porque las demandantes hubieran sostenido su acción de anulación por error vicio en el hecho de no haber conocido en el momento de la firma la existencia de dicha cláusula y su alcance o, en su caso, por el hecho de haber suscrito el contrato mediando otros vicios del consentimiento distintos del error, como podría haber sido —en hipótesis— la intimidación derivada del hecho de anudar la firma de este contrato a la obtención de crédito o de cualquier clase de financiación que les resultara imprescindible para su negocio; circunstancias que no se dan en el caso.

Al no haber ocurrido así, considera que no cabe la declaración de nulidad por error vicio y que la información dada por la entidad bancaria —inserta en el propio contrato, pero sin posibilidad de dar lugar a equívocos dada su claridad— aunque no se ajustara formalmente a la normativa aplicable, existe y es, además, clara y contundente al advertir al cliente de que el producto no es adecuado ni conveniente para su perfil. De ello se desprende que podría concurrir otro vicio del consentimiento, pero desde luego no el error —mucho menos un error excusable— porque se contrata algo que, según se sostiene ahora, no se sabía en realidad lo que era y respecto de lo que la otra parte está advirtiendo a las demandantes que no le resultaba conveniente.

El error es una falsa representación mental de la realidad que vicia el proceso formativo de la voluntad interna y que actúa como presupuesto para la realización del negocio de modo que, si no hubiera existido, tal negocio no se habría realizado o se habría concluido de distinto modo. La doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados presupuestos para que el error tenga eficacia invalidante del negocio, de modo que el mismo debe incidir en un elemento que sea básico o esencial. El error que da lugar a la nulidad es el error excusable y, aunque hubiera existido en el caso presente en las demandantes —incluso teniendo en cuenta las especialidades de la contratación bancaria puestas de manifiesto por esta sala en reiterada jurisprudencia— entiende que en este supuesto no cabría apreciar el requisito de la excusabilidad.

Por lo que de nuevo reitera este magistrado no merece la protección jurídica pretendida quien contrata en las condiciones en que lo hicieron las demandantes, siendo conscientes de que el producto no era conveniente para ellas.

Es cierto que en la materia en que nos hallamos —contratación de productos bancarios— la exigencia de información está reforzada legalmente, imponiéndose a la entidad bancaria estrictos deberes de información, pero el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales deberes no determina automáticamente la existencia de error en el otro contratante pues su efecto consiste en generar una presunción *iuris tantum* —no *iure et de iure*— de existencia de error invalidante y

En todo caso, la práctica del test de conveniencia no exime del cumplimiento de los deberes de información precontractual sobre los concretos riesgos del producto<sup>161</sup>.

## V. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS

Por lo que se refiere al plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha reiterado que no puede identificarse la consumación del contrato con su perfección. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: «Así, en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo, se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala, y así la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que «el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo», y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que «la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea, hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó».

No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato.

---

excusable, siempre sujeta a la posibilidad de una prueba en contrario que acredite que tal error no existió. En el caso presente considero que ha quedado suficientemente acreditado que las entidades demandantes no actuaron por error, sino por otras circunstancias— que no se han puesto de manifiesto en este proceso— que les llevaron a celebrar voluntariamente un contrato en condiciones difícilmente explicables, pero que no puede ser anulado ahora por el hecho de no haber obtenido resultados económicamente favorables.

Por todo lo anterior, considero que el recurso de casación debió ser desestimado, pues la estimación del motivo carecería de efecto útil en tanto que queda acreditado que, incluso en el caso de incumplimiento por la entidad de sus obligaciones, no ha existido en el caso un error que pueda dar lugar a la anulación del contrato.

<sup>161</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018/158179).



En este contexto, en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, la sentencia de Pleno 769/2014, de 12 de enero de 2015<sup>162</sup>, se ha pronunciado sobre el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación por error de vicio previsto en el artículo 1301 del Código Civil. Y este criterio ha sido reiterado por resoluciones posteriores, a partir de la sentencia 376/2015, de 7 de julio<sup>163</sup>, por lo que puede hablarse de jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil, «la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: (...) En los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato (...)». En la citada sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015, se hacía una interpretación del artículo 1301 del Código Civil, de acuerdo con la realidad del tiempo en que debe ser ahora aplicado, en el siguiente sentido: «Al interpretar hoy el artículo 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que (las normas) han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el artículo 3 del Código Civil. La redacción original de tal artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1889, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la «consumación del contrato» como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el artículo 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la «actio nata», conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (artículo 4:113).

<sup>162</sup> RJ 2015/608.

<sup>163</sup> RJ 2015/4487. Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2015 (RJ 2015/4487); de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013); de 19 de diciembre de 2016 (RJ 2016/5896); de 9 de junio de 2017 (RJ 2017/3149) y de 20 de julio de 2017 (RJ 2017/4143).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error»<sup>164</sup>.

Como recuerda la sentencia del Pleno, de 19 de febrero de 2018<sup>165</sup>, mediante una interpretación del artículo 1301.IV del Código Civil, ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la Sala se dirige a impedir que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. De esta doctrina no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del artículo 1301.IV del Código Civil, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

De esta doctrina, sentada por la Sala de lo Civil, resulta que, a efectos del cómputo del *dies a quo* de la acción de nulidad del artículo 1301 del Código Civil, habrá que estarse a la fecha del cumplimiento de las prestaciones de las partes, puesto que las liquidaciones que en este caso se producen a favor del cliente dependen de manera variable del valor de unos valores subyacentes.

Ahora bien, la citada sentencia de 12 de enero de 2015 se dicta en un supuesto en que el plazo de caducidad, contado desde la consumación del contrato, ya había transcurrido por completo cuando el demandante se da cuenta de su error; de ahí que la sentencia diga que, en tal caso, a efectos del cómputo del plazo, la consumación del contrato no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del error. Pero lo que no dice, ni podría decir esa resolución, es que se modifica el criterio legal del artículo 1301 del

<sup>164</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2015 (RJ 2015/4487) y de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1511).

<sup>165</sup> RJ 2018/539.

Código Civil. Por tanto, mientras no haya transcurrido el plazo legal de cuatro años, contado desde la consumación del contrato, puede ejercitarse la acción de anulabilidad.

Sin embargo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 3 de marzo de 2017<sup>166</sup>, dictada con relación a un *swap* o permuta de tipos de interés, introduce una duda respecto a cuál deba ser el día inicial cuando se ejercita la acción de anulabilidad de un negocio de adquisición de productos financieros complejos, si «desde la consumación del contrato», como establece el artículo 1301 del Código Civil, que es una norma vigente, o cuando «el cliente percibió la primera liquidación negativa o, en su defecto, tuvo conocimiento concreto del elevado coste de la cancelación anticipada del producto», como manifiestan la sentencia del Tribunal Supremo citada y la posterior sentencia de 9 de junio de 2017<sup>167</sup>, insistiendo en lo anterior (aunque esta segunda después argumenta que en el caso enjuiciado el plazo contado desde la consumación del contrato no había transcurrido).

Esta sentencia de 3 de marzo de 2017 es susceptible de crítica, pues el momento que fija como *dies a quo* (día inicial) para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento puede ser anterior en el tiempo a la consumación del contrato, lo que supondría, en la práctica, acortar el tiempo para el ejercicio de la acción en detrimento del cliente minorista (o de cualquier otro contratante; p. ej., piénsese en un contrato de compraventa con precio aplazado en el que el comprador puede darse cuenta del error antes de la consumación del contrato), y contravenir claramente lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil. Por ello, ha de entenderse que debe seguir aplicándose el criterio legal y contar el plazo desde la consumación del contrato, salvo en aquellos casos en que, consumado el contrato, el contratante no hubiera podido aún tener conocimiento del error.

En materia de prescripción de acciones, debe partirse de lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil, según el cual «*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*». Este precepto es muy claro; hay una norma general que fija como día inicial para el ejercicio de toda clase de acciones cuándo éstas pueden ejercitarse (teoría de la *actio nata*, acción nacida: no puede comenzar a contarse los plazos de la prescripción en tanto no haya nacido la acción). Pero hay también una excepción a esa norma general, pues el artículo dice que cuando exista una disposición especial que establezca un criterio distinto habrá de estarse a esa otra disposición especial, como es el artículo 1301 del Código Civil, que nos indica cuándo los interesados pueden ejercitar la acción. Y esto es lo que ocurre cuando del ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento se trata, si ese vicio consiste en error o dolo, pues en este caso el citado artículo 1301 del Código Civil dispone que el

<sup>166</sup> RJ 2017/663; Id. Cendoj: 28079110012017100119.

<sup>167</sup> RJ 2017/3149.

tiempo para el ejercicio de la acción empezará a correr «desde la consumación del contrato», lo que significa claramente que a partir de ese momento puede ya ejercitarse la acción.

En todo caso, en la misma sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015<sup>168</sup>, antes referida, se dispone que: «Incluso de aceptarse que el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción fuera el de perfección del contrato, como sostienen las sentencias de instancia (lo que, como se verá, no es correcto), las diligencias preliminares fueron promovidas por la demandante dentro del plazo de cuatro años contados desde esa fecha inicial. Dado que a continuación de la tramitación de dichas diligencias preliminares, una vez que la demandante pudo obtener la documentación solicitada a la demandada, se procedió a la interposición de la demanda, ha de considerarse que el transcurso del plazo de ejercicio de la acción cesó cuando se promovieron las diligencias preliminares y que la acción fue ejercitada dentro de plazo, puesto que las diligencias preliminares son actuaciones preparatorias del ejercicio de la acción que, una vez presentada la demanda a continuación de aquéllas, quedan integradas en el ejercicio de dicha acción a los efectos de decidir si ésta ha sido ejercitada en plazo».

En este sentido, la sentencia de esta Sala núm. 225/2005, de 5 abril, declaró: «El tema de la posible “caducidad” de la acción de impugnación, referido, es tratado acertadamente por las dos sentencias de la instancia, y hay que estar a lo decidido de conformidad por las mismas, dado que la cesación del “iter” de esa caducidad obró con la presentación de las Diligencias Preliminares del juicio, planteadas por la parte actora previamente a la de la demanda de la esposa, pues, limitadas a la exhibición y aportación de documentos que se referían al ejercicio de tal acción, lo actuado se unió, formando parte de la demanda, conforme al artículo 502-2.º LEC, y dicha reclamación se hizo antes del transcurso del término anual de caducidad dicho, ya que no hay que separar el procedimiento referido del proceso propio al formar parte de él».

En este contexto, el Tribunal Supremo, operando sobre la jurisprudencia asentada y estable relativa a la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo<sup>169</sup>, señala que la Audiencia Provincial ha resuelto correctamente la cuestión al recoger esta jurisprudencia mediante la extensa transcripción de lo declarado en la sentencia 769/2014, de 12 de enero de 2015 y, en consecuencia, el momento inicial del plazo de caducidad no es el de la emisión de la orden de compra, sino el del momento en que los recurrentes fueron conscientes del error en el consentimiento contractual. Por tanto, la tesis que fundamenta el recurso de casación formulado, consistente en que el contrato quedó consumado en el

<sup>168</sup> RJ 2015/608.

<sup>169</sup> Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/608); de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013); de 1 de diciembre de 2016 (RJ 2016/5848); de 20 de diciembre de 2016 (RJ 2016/6317) y de 27 de febrero de 2017 (RJ 2017/677), entre otras.

momento de su perfección y en ese momento se inició el plazo de cuatro años para ejercitar la acción de anulación, queda descartada, pues no se ajusta a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil sobre la fecha inicial del plazo de caducidad de este tipo de acciones.

Además, tampoco pueden admitirse las alegaciones relativas al *dies a quo* (día inicial del plazo), pues suponen una alteración de la base fáctica sobre la que se asienta la sentencia de la Audiencia Provincial, que es inatacable en casación. Aunque la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial es escueta, es claro que asume la tesis de que los demandantes conocieron los datos que mostraban la existencia de su error cuando dejaron de recibir el rendimiento de los bonos correspondiente al año 2009, que debieron haber percibido en el mes de julio, y el banco lo justificó por la intervención de General Motors por el gobierno norteamericano, que había tenido lugar pocos días antes<sup>170</sup>. Por ello, pretender modificar lo anterior mediante la alegación de hechos que no constan en la base fáctica fijada en la instancia, de los que resultaría un supuesto conocimiento

<sup>170</sup> En este mismo sentido, y en la línea de la jurisprudencia consolidada en torno a la caducidad de las acciones de anulación por error vicio de los contratos relacionados con los productos o servicios financieros complejos y de riesgo, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1792) manifestando que «la sentencia recurrida considera acreditado que se abonaron 6.000 euros por los rendimientos del producto en el año 2008, sin que existan «elementos para poder desprender que se conociera o pudiera llegar a conocer realmente la existencia de una errónea representación de la naturaleza o caracteres esenciales del producto adquirido en un momento anterior al 20 de noviembre de 2008».

Por su parte, fijan como *dies a quo* para computar el plazo de caducidad de cuatro años: en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2015 (RJ 2015/4487), conforme a la doctrina reiterada desde 12 de enero de 2015 el comienzo del plazo del ejercicio de la acción de anulación por vicio del consentimiento no podía computarse, como entendió la Audiencia, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición del bono *senior*, el 21 de septiembre de 2005, sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versó el error vicio que invoca como motivo de anulación en este caso, esta circunstancia es que el bono había sido emitido por Lehman Brothers y, como consecuencia de su quiebra, había perdido su inversión, salvo en lo que pudiera obtenerse del procedimiento de quiebra. Esta circunstancia fue conocida por la demandante después de septiembre de 2008, en que ocurrió la quiebra de Lehman Brothers, cuando recibió la comunicación de Bankinter. Como desde ese momento hasta la presentación de la demanda no habrían transcurrido el plazo de cuatro años, la acción no estaba caducada, como entendió el tribunal de apelación; en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5013), que teniendo en cuenta que la demandante no fue consciente de los elementos determinantes del error al menos hasta que en octubre de 2008 se produjo la intervención del banco islandés cuyas participaciones preferentes había adquirido, la acción no había caducado cuando se ejercitó en diciembre de 2011; y, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de diciembre de 2016 (RJ 2016/5848), atendiendo a la doctrina existente, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio en el consentimiento no podía computarse, como entendió la Audiencia, desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de aportaciones financieras subordinadas del año 2004 ni tampoco desde la adquisición de las aportaciones financieras subordinadas del año 2007, sino desde que la demandante conoció la circunstancia sobre la que versa el error que invoca como motivo de anulación. En este caso, la situación de crisis económica de Eroski, que le llevó al cese en el pago de los cupones correspondientes al 31 de enero de 2013; hecho que reveló al demandante cuáles eran las características del producto financiero adquirido y los riesgos que había asumido, respecto de los que —insistía en su demanda— no había sido informado. Fue entonces cuando se dirigió al banco para reclamar información sobre lo que estaba ocurriendo cuando se percató de lo que había adquirido.

por los demandantes de su error al contratar el producto de inversión, excede de lo admisible en el recurso de casación.

## VI. LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS. EFECTOS Y CONFIRMACIÓN O CONVALIDACIÓN

Se debe traer a colación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, caso Genil, S. L. (C-604/2011), que en su apartado 57 pone de relieve que «si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, ésta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias». En consecuencia, «a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid. sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10) (TJCE 2012, 218)], apartado 27)». El incumplimiento de los deberes de información previstos en la normativa del mercado de valores determina sanciones administrativas, correspondiendo a cada Estado fijar en su ordenamiento posibles consecuencias contractuales.

En este contexto hay que señalar que en la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de septiembre de 2017<sup>171</sup>, con cita de otras varias, se ha mantenido que el incumplimiento de los deberes de información que, en contratos como el *swap*, competen a la entidad de servicios de inversión puede dar lugar a una acción de anulabilidad por error de vicio del consentimiento, pero no a una acción de resolución contractual con base en el artículo 1124 del Código Civil. Se establece al respecto que: «(...) aun cuando considerásemos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los artículos 1265,

<sup>171</sup> RJ 2017/3756. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 2018 (JUR 2018/98104) se ha apreciado la nulidad del contrato por error en el consentimiento cuando el error haya sido causado por el incumplimiento por la empresa de servicios de inversión del deber de información al cliente que le impone la normativa sectorial, fundamentalmente en cuanto a los riesgos inherentes a los contratos de *swaps*, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de liquidaciones periódicas negativas de elevada cuantía como a un también elevado coste de cancelación. Asimismo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 21 de marzo de 2018 (RJ 2018/1511), se dispone la nulidad por error vicio del consentimiento por omisión de una información clara y completa por el banco sobre los riesgos del producto contratado. También vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.ª, de 30 de abril de 2018 (JUR 2018/120870).

1266 y 1301 del Código Civil. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del artículo 1124 del Código Civil, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria.

Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual».

En consecuencia, como precisa en esta línea la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2018, «si el incumplimiento de los deberes de información no puede fundar una acción resolutoria, tampoco puede servir de fundamento a una excepción de contrato no cumplido. Además, por dicho incumplimiento el contrato no es nulo *per se*, sino que para anularlo habría que haber ejercitado por vía reconvencional la correspondiente acción de nulidad por error de vicio del consentimiento, conforme a la jurisprudencia antes citada»<sup>172</sup>.

Ahora bien, la anulación del contrato ha de tener las consecuencias reparatorias a que se refiere el artículo 1303 del Código Civil, según el cual los contra-

<sup>172</sup> RJ 2018/1487. Además con relación a la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) señala que «tiene su fundamento en la reciprocidad de las obligaciones, ya que deriva de su cumplimiento simultáneo y constituye un remedio, basado en la equidad y la buena fe, para que el deudor de una obligación pueda negarse a cumplir aquello a lo que se obligó en tanto la contraparte no cumpla u ofrezca cumplir la prestación que a él le debe».

Por su parte, PERTIÑEZ VILCHEZ, Fco.: «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 106, enero-abril 2018, p. 6 (versión digital) que realiza un comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 13 de septiembre de 2017, señala que se puede añadir a los argumentos expuestos en la misma que «difícilmente podría considerarse como esencial el incumplimiento de una obligación informativa». Pero, además, pone de manifiesto que «la resolución contractual, admitida como consecuencia del incumplimiento de los deberes de información y evaluación previos a la realización del contrato de adquisición de un producto de inversión, traería consigo la indeseable consecuencia de la ineficacia automática del contrato por el mero incumplimiento de estos deberes, con independencia de cuál hubiera sido la incidencia que este incumplimiento hubiera tenido en la formación de voluntad del inversor».

En cuanto al daño resarcible...



tantes deberán restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. Se trata, en definitiva, de volver a la situación jurídica existente al tiempo de la celebración del contrato; al momento en que el vicio en el consentimiento se produjo<sup>173</sup>.

Así, también lo ha declarado la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015<sup>174</sup>, que condena a la entidad bancaria a restituir a sus clientes el principal invertido «con sus intereses calculados al tipo del interés legal desde la fecha en que la demandante abonó dicha cantidad (o le fue cargada en su cuenta)...». Y es que el efecto legal referido a la restitución recíproca de las prestaciones (artículo 1303 del Código Civil) tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidante<sup>175</sup>.

En la sentencia objeto de análisis en nuestro estudio, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por Caixabank, S. A., contra la sentencia 280/2015, de 6 de octubre, aclarada por auto de 28 de octubre de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 403/2015; y, en consecuencia, en la línea de lo fijado en el fallo de la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, se declara la nulidad de las órdenes de compra suscritas por los demandantes el 3 y el 5 de septiembre de 2007 de bonos emitidos por General Motors, A. C., en el año 2003, denominados «7,25% Notes due July, 3,2013» (Código ISIN XS0171942757), y denominados en USD». Por importe de 16.970,40 €, don José Pedro, cargados en cuenta el 5 de septiembre de 2007, y por importe de 5.654,40 € don Pedro Enrique, cargados en cuenta el 3 de septiembre de 2007; y se condena a Caixabank a que abone a los demandantes la suma total de 22.624,80 €, más el interés legal de esa cantidad desde las mencionadas fechas, más los gastos que los demandantes le hubieren abonado a consecuencia de él, menos los rendimientos que hubieran obtenido los demandantes<sup>176</sup>.

<sup>173</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de diciembre de 2016 (RJ 2016/5848) BBVA deberá restituir la inversión entregada por el demandante para la contratación de las «aportaciones financieras subordinadas», más el interés devengado desde que fue entregada; y el demandante deberá entregar a BBVA los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada ingreso; y en la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 1 de marzo de 2018 (RJ 2018/1039) se debe proceder a la restitución de las prestaciones realizadas con sus respectivos intereses y minoración del capital a recibir por los adquirentes de obligaciones subordinadas con detracción de las cantidades recuperadas por el canje de acciones.

<sup>174</sup> RJ 2015/608.

<sup>175</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1996 (RJ 1997/2182).

<sup>176</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de enero de 2017 (RJ 2017/21) dispone al respecto que la anulación del contrato trae como consecuencia la restitución recíproca de lo recibido de la otra parte con sus intereses calculado al tipo de interés legal, desde el momento en que se produjo la recepción. Banco Santander debe restituir lo percibido por las liquidaciones negativas y por la cancelación anticipada de los contratos de *swaps*, cuya nulidad se declara, así como las comisiones y amortizaciones periódicas (comprendidas del capital e intereses) percibidos por el préstamo. Los demandantes deberán restituir las liquidaciones positivas que pudieran haber percibido por los contratos de *swaps* que se anulan y la cantidad que percibieron por el préstamo.

En este contexto, asimismo, debemos señalar que en la doctrina más reciente el error contractual no se convalida ni por la cancelación del *swap* con objeto de impedir que se generen más pérdidas, ni por la existencia previa de liquidaciones negativas o positivas para el cliente, ni por la realización sucesiva de distintas permutas financieras. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 2017<sup>177</sup> manifiesta: «Que el cliente tuviera una voluntad cumplidora y abonase las correspondientes liquidaciones negativas no puede volverse en su contra para considerar que tales actuaciones tuvieron como finalidad y efecto la confirmación de los contratos viciados: lo que evidencia es su buena fe contractual y su voluntad de no convalidar el consentimiento erróneamente prestado».

Con anterioridad, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 19 julio de 2016<sup>178</sup>, declaró que: «(...) Existe ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, a cuyo contenido nos atendremos, y que ha sido recientemente resumido por la sentencia de esta Sala núm. 19/2016, de 3 de febrero<sup>179</sup>. Como decíamos en dicha sentencia, como regla general, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, deben ser necesariamente considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que, en las condiciones en que se realizaron, no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria<sup>180</sup>.

Existiendo error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que los recurrentes hubiesen subsanado dicho vicio del consentimiento mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, que aquí

---

contratado al que se propagó la ineficacia de los *swaps*; asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 13 de febrero de 2018 (RJ 2018/465) establece al respecto que la restitución de las prestaciones consistirá en que la entidad demandada habrá de abonar a los demandantes el importe de sus inversiones con sus intereses legales desde las fechas en que se realizaron y los demandantes deberán reintegrar los rendimientos percibidos, más sus intereses legales desde la fecha de cobro; por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, de 26 de mayo de 2016 (AC 2016/1238), señala que, en base a ello, consideramos procedente que Bankia reembolse a los actores el principal invertido y los intereses legales que devengue el mismo desde el momento de la inversión hasta el cumplimiento de la sentencia.

<sup>177</sup> RJ 2017/1585. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2015 (RJ 2015/5030); de 3 de febrero de 2016 (RJ 2016/213); de 19 de julio de 2016 (RJ 2016/3221); de 23 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5658); de 14 de junio de 2017 (RJ 2017/866) y de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/244).

<sup>178</sup> RJ 2016/3221. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2016 (RJ 2016/6317) y de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4746).

<sup>179</sup> RJ 2016/213.

<sup>180</sup> En esta línea, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de febrero de 2017 (RJ 2017/593); de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4746) y de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1752). Asimismo, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.ª, de 30 de abril de 2018 (JUR 2018/120870).

no concurre, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos».

En esta línea también se señaló en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de noviembre de 2016<sup>181</sup>, que dicha confirmación no se da cuando el cliente, pese a las liquidaciones negativas, cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar, precisamente, a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria; sin que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios y los artículos 1310, 1311 y 1313 del Código Civil. Además, la confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecute el acto anulable con conocimiento del vicio que le afectan y habiendo cesado éste, según establece de forma inequívoca el artículo 1311 del Código Civil<sup>182</sup>.

Ahora bien, si no procede la anulación del contrato por la existencia de error-vicio del consentimiento, la falta de cumplimiento de los deberes de información que impone la normativa del mercado de valores puede determinar la nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil<sup>183</sup>; o bien, venir determinada la anulación por la concurrencia de otro vicio del consentimiento como la intimidación derivada del hecho de imponer la firma de este contrato a la obtención de crédito o de cualquier clase de financiación que les resultara imprescindible para el cliente o del dolo.

Finalmente, nos parece oportuno referirnos a la ineficacia del contrato nulo hacia otros actos o contratos que ya había sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en su sentencia de 10 de noviembre de 1964. Conforme a dicha regla, en virtud del nexo de conexión que presenta la celebración de diferentes contratos, cabe también que la ineficacia del contrato principal o inicial alcance a otros contratos que con aquél se encuentran en una relación de conexión o dependencia. Dicha relación de conexión puede darse por razón de diversas circunstancias, bien porque el contrato principal o inicial constituye un presupuesto o una *conditio iuris* para que el contrato posterior realice plenamente su función

<sup>181</sup> RJ 2016/5658. Vid. también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de abril de 2018 (RJ 2018/1751).

<sup>182</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018 (RJ 2018/161).

<sup>183</sup> En contra de este parecer PERTIÑEZ VILCHEZ, Fco.: «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual», *op. cit.*, p. 5 (versión digital), pues considera que «aquellos deberes no son normas que prohíban un determinado contenido contractual, sino normas que tratan de incidir en la correcta formación de la voluntad, por lo tanto la contravención de estos deberes no supone traspasar los límites de la autonomía de la voluntad ex artículo 1255». A lo que añade que «la nulidad ex artículo 6.3 del Código Civil traería consigo un indeseable automatismo, en virtud del cual la omisión de la información o de la evaluación requerida en la forma prevista comportaría la ineficacia del contrato, con independencia de la trascendencia que hubiera tenido dicha omisión en la correcta formación de la voluntad». Vid., asimismo, en esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de diciembre de 2014 (RJ 2015/56).

práctica, o bien, porque en el momento de su celebración ambos contratos cooperen necesariamente para la consecución del resultado económico perseguido por las partes, supuestos de los negocios complejos y coaligados.

Además de estos casos, en ocasiones pueden existir otros en que la justificación de esta conexión o vinculación radique en que el contrato subsiguiente o accesorio, en nuestro caso el contrato de préstamo, se haya suscrito precisamente como medio para paliar los efectos negativos ya producidos por el contrato principal (liquidaciones negativas y coste de cancelación del *swap*). Por lo que, en este caso, declarada la nulidad del contrato principal se produce la propagación de la ineficacia resultante al contrato de préstamo suscrito por las partes<sup>184</sup>.

En esta línea hay que destacar también la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de enero de 2017<sup>185</sup>, que ha declarado la nulidad del contrato de préstamo suscrito por las partes para que el prestatario pudiera pagar las liquidaciones negativas de varios contratos de *swaps* y el coste de las cancelaciones anticipadas, en los siguientes términos: «(...) Este contrato posterior presuponía la validez de los contratos de *swap* y la asunción de sus resultados económicos. Sin los contratos de *swap* y las pérdidas que originaron quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por el posterior contrato de préstamo que sirvió para abonar las liquidaciones negativas y los costes de la cancelación anticipada. Este último contrato estaba causalmente vinculado a los contratos de *swap* en virtud de un nexo funcional, pues su celebración fue necesaria para poder hacer frente al grave quebranto económico que los contratos de *swap* supusieron para las demandantes y permitir su exclusión de los registros de morosos y la continuación de su actividad empresarial.

Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior, la nulidad del primero debe trascender a él (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1964), puesto que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos»<sup>186</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

- El contrato celebrado entre Bankpime y Caixabank supone la transmisión global del activo y pasivo del negocio bancario, esto es, como «unidad económica» en el que se enmarca la cesión de contrato suscrito por Bankpime con sus clientes.

<sup>184</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2018 (Id. Cendoj. 28079110012018100317), propagación de la ineficacia del contrato *swap* al contrato de préstamo suscrito por las partes para hacer frente a las liquidaciones negativas y cancelación anticipada.

<sup>185</sup> RJ 2017/21.

<sup>186</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018/158180).

- La cesión de contratos de Bankpime a CaixaBank implica la subrogación de ésta en la posición contractual de aquél, por la que debe responder de igual forma y con idéntico alcance frente a los clientes que lo haría Bankpime. No obstante, atendiendo a las condiciones pactadas en el contrato de cesión entre ambas sociedades, el cedente no queda libre de responsabilidad frente al cesionario, pues cabe una acción de repetición de CaixaBank frente a Bankpime por las reclamaciones planteadas por los clientes.
- La cesión global del negocio bancario implica no sólo la transmisión del activo y del pasivo, sino también de las acciones de nulidad, rescisión y anulabilidad que se puedan plantear por los clientes.
- La entidad bancaria Bankpime oferta y comercializa a sus clientes bonos de General Motors y no actúa como mero intermediario, sino que presta un servicio de asesoramiento financiero. Por lo que resolviendo con la controversia planteada en el seno de las Audiencias Provinciales sobre la base de lo que representa la cesión global del negocio bancario y la actuación de Bankpime, que comercializó el producto de inversión, el Tribunal Supremo opta por considerar que CaixaBank tiene legitimación pasiva para soportar la acción de anulación del contrato por el que el cliente obtuvo el producto y, en su caso, a restituir al cliente la prestación consistente en el precio que éste pagó por la adquisición del producto.
- De considerar a Bankpime como mero intermediario, como alega CaixaBank, obligaría al cliente minorista a ejercitar la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento contra la entidad emisora que el cliente o bien desconoce su identidad o bien se encuentra ubicada en un Estado extranjero con lo costoso y gravoso que puede resultar para el cliente plantear demanda contra aquélla, cuando, precisamente, ninguna intervención ha tenido la entidad emisora en la causación del error, pues la obligación de información no recae sobre la misma, sino sobre la entidad bancaria que comercializó el producto de la que el demandante es cliente.
- Los clientes consintieron tácitamente la cesión de los contratos suscritos con Bankpime, pues se les comunicó la transmisión del negocio bancario, y se aceptó por aquéllos, al entender que la situación continuaba siendo igual, al mantenerse las mismas oficinas y empleados. Con base a esta apariencia, los clientes confiaron en que no se limitarían sus derechos frente al nuevo titular.
- Atendiendo a la cesión global del activo y pasivo del negocio bancario, no se considera eficaz la exención de los «pasivos contingentes», tales como las reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes y futuras que pudieran derivarse de la actividad pasada y futura de Bankpime, que pactaron ambas entidades, pues se llegaría, como acertadamente señala el Tribunal Supremo, a limitar la cesión global o algunas relaciones jurídicas,

lo que defraudaría la confianza legítima de los clientes y además se dejaría la decisión sobre la validez y cumplimiento de los contratos cedidos al arbitrio exclusivo del cesionario del contrato.

- En la actuación de Bankpime con sus clientes en la comercialización del producto de inversión ha existido error/vicio por déficit de información, ya que se ha incumplido las obligaciones de información sobre la naturaleza y los riesgos del producto de inversión que impone la normativa del mercado de valores y las Directivas MiFID I y II.
- Tampoco opera la excepción de caducidad alegada por Caixabank, porque el momento inicial del plazo de caducidad previsto en el artículo 1301 del Código Civil no es el de la emisión de la orden de compra de los bonos de General Motors, sino el momento en que los recurrentes fueron conscientes del error en el consentimiento, conforme a la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANSÓN PEIRONCELY, R.: «Cesión global de activo y pasivo», *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 260 a 303.
- CALVO VÉRGEZ, J.: «Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital», *La Ley*, número 7516, sección doctrina, 24 de noviembre de 2010, pp. 1 a 9.
- DÍAZ RUIZ, E.: «La fusión de sociedades; en particular, la fusión transfronteriza», *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, BENEYTO PÉREZ, José María y LARGO GIL, Rita (directores), HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (coordinador), Bosch, Barcelona, 2010, pp. 355 a 367.
- FERNÁNDEZ TORRES, I.: «La cesión global del activo y pasivo como operación de modificación estructural», *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, BENEYTO PÉREZ, José María y LARGO GIL, Rita (directores), HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (coordinador), Bosch, Barcelona, 2010, pp. 443 a 479.
- GARCÍA AMIGO, M.: *La cesión de contratos en el derecho español*, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- GILI SALDAÑA, M., y SARAZÁ JIMENA, R.: «Transmisión del negocio bancario y protección de los acreedores», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 106, enero-abril 2018, pp. 1 a 14 (versión digital).

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

MUÑOZ PÉREZ, A. F.: «La escisión», *Transmisión de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, BENEYTO PÉREZ, José María y LARGO GIL, Rita (directores), HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (coordinador), Bosch, Barcelona, 2010, pp. 387 a 441.

PERTIÑEZ VILCHEZ, Fco.: «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 106, enero-abril 2018, pp. 1 a 9 (versión digital).

VELA TORRES, P. J.: «La cesión total del negocio bancario de una entidad a otra implica la asunción íntegra de los contratos del cedente: tanto beneficios como responsabilidades», *La Ley*, núm. 9135, sección comentarios de jurisprudencia, 8 de febrero de 2018, pp. 1 a 5.



**VENTA DE EMPRESA. OBLIGACIONES  
DEL VENDEDOR. OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA  
(COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO 303/2016, DE 9 DE MAYO)**

ADELA SOLÍS GARCÍA  
*Notaria*

**RESUMEN**

La compraventa de empresa presenta numerosos interrogantes en la práctica ante la falta de una regulación sistemática y completa en nuestro Derecho. El régimen general de la compraventa resulta insuficiente por las especialidades de la empresa como objeto de transmisión: ¿Cómo se define el objeto de la compraventa de empresa? ¿Cómo se estructuran este tipo de operaciones (negocio de activos vs negocio de acciones)? ¿Cómo transmitir determinados elementos como el fondo de comercio o la clientela? ¿Cómo se concretan las obligaciones del vendedor respecto a estos elementos? ¿De qué protección goza el comprador ante su posible incumplimiento? Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo 303/2016, de 9 de mayo, examinamos algunas de estas cuestiones.

**Palabras clave:** compraventa de empresa, negocio de activos vs negocio de acciones, obligaciones del vendedor, deber de información, obligación de no competencia.

**SALE OF A COMPANY. OBLIGATIONS OF THE  
VENDOR. NON-COMPETITION OBLIGATION  
(COMMENT ON SUPREME COURT JUDGMENT 303  
DATED MAY 9TH, 2016)**

ADELA SOLÍS GARCÍA  
*Notary Public*

**ABSTRACT**

The sale and purchase of a business (as an ongoing concern) raises many practical questions due to the absence of a systematic and complete regulation in our legal sys-

ADELA SOLÍS GARCÍA

tem. The general provisions on sale and purchase agreements do not provide a complete regulation for the particular characteristics of these transactions: Which is the scope of a sale and purchase of a business? How to structure these transactions (assets deal vs shares deal)? How to transfer certain assets such as the goodwill or the clientele? Which are the obligations of the seller regarding these specific assets? How to protect the purchaser against an eventual breach of these obligations? Following the decision of the Supreme Court 303/2016, of May 9, we analyze some of these issues.

**Keywords:** sale and purchase of business, assets deal vs shares deal, obligations of the seller, information duty, non-compete obligation.

**SUMARIO:** I. SUPUESTO DE HECHO.—II. CONCEPTO AMPLIO DE VENTA DE EMPRESA.—  
III. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. 1. Obligación de colaboración. 2. Obligación de no competencia.

## I. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo 303/2016, de 9 de mayo (RJ 2016/3671), es el siguiente:

Se celebra un contrato de compraventa de acciones que representan el 75% del capital social de una sociedad. Como contrato accesorio al anterior, se firma por las partes un contrato por el que, en lo que nos interesa, los transmitentes asumen una obligación de no competencia, por sí o por medio de terceros, por un plazo de tres años. Durante este período se constituye una sociedad limitada con objeto social prácticamente idéntico al de la sociedad primera, reservándose el socio fundador mayoritario la facultad de transmitir una parte sustancial de su participación en la sociedad a una tercera persona. Esta facultad se ejercita a favor de uno de los transmitentes. Los adquirentes interponen demanda por incumplimiento contractual, que es desestimada.

Aunque la Sala Civil desestima asimismo el recurso de casación interpuesto, por «ausencia de efecto útil», desde un punto de vista sustantivo es interesante comentar el pronunciamiento del Tribunal Supremo en los siguientes puntos fundamentales: concepto de venta de empresa y obligaciones del vendedor derivadas de la misma.

## II. CONCEPTO AMPLIO DE VENTA DE EMPRESA

El Anteproyecto de Código Mercantil define en su artículo 131 la empresa como «el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el mercado».

Este concepto pone de relieve la estructura compleja de la empresa, como bien económico sobre todo y ante todo productivo, en el que, junto a unos elementos patrimoniales que podíamos denominar materiales, existe lo que se conoce como el «fondo de comercio» —o *avimento* en terminología italiana—, que no es sino la organización y buena disposición de aquellos elementos y que dota a la empresa de un valor superior o plusvalía en el mercado.

De ahí las dificultades que se presentan en la transmisión o venta de la empresa. En palabras de VICENT CHULIÁ, «cuando se adquiere una empresa tratamos de comprar una máquina de hacer dinero»<sup>1</sup>. Y en esta difícil tarea nos encontramos además ante la ausencia de una regulación específica y sistemática. Aunque el citado Anteproyecto contiene, como novedad, normas sobre la transmisión tanto de la empresa como del establecimiento mercantil, se trata de una normativa dispositiva e insuficiente, por lo que en la práctica sigue siendo de aplicación la normativa general de la compraventa (civil para la mejor doctrina), completada por el juego de la autonomía de la voluntad.

El Tribunal Supremo, aunque lo hace, no como *ratio decidendi*, sino *obiter dicta*, reitera su jurisprudencia relativa al criterio de suficiencia para determinar cuándo estamos ante la venta de una empresa como unidad y no simplemente ante la transmisión de elementos aislados de la misma (entre otras, SSTs de 5 de abril de 1993, 23 de febrero de 1994 y 23 de enero de 1995). Conforme a este criterio, si los elementos transmitidos son suficientes para que el adquirente pueda desarrollar con ellos la actividad empresarial, debe presumirse que ha existido transmisión de empresa. Así, en el caso concreto que se plantea, señala que «un contrato de compraventa del 75% de las acciones de una sociedad mercantil supone en la práctica, aunque no se indique expresamente en el clausulado, una transmisión de la empresa que constituye su objeto social».

Sin embargo, esta sentencia se debe poner en relación con otras dos sentencias anteriores del mismo Tribunal: la de 20 de noviembre de 2008 (R. 2009/283), en la que entendió no haber transmisión de empresa por la adquisición de un 85% del capital social, pues sólo se transmitían las acciones y no la consistencia patrimonial de la sociedad como condición esencial; y en el mismo sentido, la sentencia de 21 de diciembre de 2009 (R. 2009/852) que, en relación con una compraventa de acciones de una sociedad hotelera, defiende se trata de la compra de la sociedad y no del hotel objeto de la misma. Un criterio de prudencia debe llevar a redactar de manera precisa el contrato, haciendo mención expresa de la «empresa» como objeto y finalidad de la compra de las acciones.

Por otro lado, conviene apuntar, a la vista del caso concreto planteado, que existen dos procedimientos para adquirir una empresa. El primero es el denominado «*asset deal*», que sería el procedimiento más tradicional, consistente en

<sup>1</sup> VICENT CHULIÁ, Francisco: «Introducción al Derecho Mercantil», 23 edición 2012, volumen 1. Tirant lo Blanch. Págs. 398 y ss.

adquirir todos los activos y pasivos una empresa, o los suficientes para continuar con la actividad empresarial. Sería ni más ni menos que una transmisión directa de la empresa. A este procedimiento es de aplicación plena el citado «criterio de suficiencia». El otro procedimiento (el llamado «*share deal*» o «compra de sociedad») es una transmisión indirecta, que tiene lugar cuando se compran todas las acciones o participaciones de una sociedad o un número que permita adquirir el control de la misma, en la gestión y sobre todo en la decisión (en la Junta). En este caso, para ser precisos, más que de «criterio de suficiencia» se habla de «criterio de control» para delimitar cuándo estamos ante una venta de empresa (dependerá del porcentaje transmitido en relación con la estructura societaria)<sup>2</sup>.

Por último, sobre esta primera cuestión, destacar que caben otras fórmulas para la transmisión *inter vivos* de una empresa, vía sucesión universal o modificaciones estructurales. Serían la fusión, escisión, segregación, cesión global de activo y pasivo, y añadiríamos la aportación de rama de actividad<sup>3</sup>. Se ha planteado, aunque no podemos detenernos, si la normativa de la Ley de Modificaciones Estructurales 3/2009 es imperativa y absorbe otros medios de venta de empresa en su modalidad «*share deal*» (así lo defiende RODRÍGUEZ ARTIGAS<sup>4</sup>) o si prevalece el principio de autonomía de la voluntad (así, VICENT CHULIÁ<sup>5</sup>).

### III. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

#### 1. Obligación de colaboración

La segunda cuestión es la relativa a las obligaciones del vendedor en caso de venta de empresa. Como en toda compraventa, las obligaciones fundamentales del vendedor son dos: entrega y saneamiento (artículo 1461 CC: «*El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta*»). Destacar, de antemano, que estas obligaciones se aplican tanto a la venta de empresa «directa» como a la «indirecta», tal y como afirma expresamente el Tribunal Supremo para la segunda, que es la que podría plantear más dudas. Es importante resaltar la vinculación del vendedor en ambos casos.

Centrándonos en la obligación de entrega, si la empresa, como objeto de transmisión, es un bien complejo y productivo con elementos materiales e inmateriales, la doctrina y jurisprudencia modernas son unánimes en defender la teoría de

<sup>2</sup> Respecto al procedimiento «*share deal*» tiene especial interés en la práctica el «Modelo de compra de acciones de la Cámara de Comercio Internacional» del año 2004.

<sup>3</sup> Ver MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «La transmisión inter vivos de la empresa familiar», en «Panorama actual de la empresa familiar» (AA.VV.), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. extraordinario 2017, Consejo General del Notariado, págs. 501-579.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Escisión, segregación y aportación de rama de actividad», conferencia Colegio Notarial de Madrid de 27 de mayo de 2010, *El Notario del Siglo XXI*, n° 32, págs. 133 y ss.

<sup>5</sup> VICENT CHULIÁ, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*, 23.ª edición 2012, volumen 1. Tirant Lo Blanch. Pág. 400.

la *traditio* atomizada. Es decir, el título de la venta es único (pues el objeto, la causa y la formalización del negocio son unitarias), pero hay pluralidad de modos para los distintos tipos de bienes o elementos que se entregan.

De entre estos elementos nos interesa la transmisión de la clientela, la organización y demás relaciones de hecho —el llamado «capital invisible»—. Esta transmisión, como es obvio, no puede tener lugar directamente porque las mismas carecen de entidad jurídica. Así, señala la sentencia (reiterando su jurisprudencia en la materia): «*en los contratos de transmisión de empresa el empresario transmitente tiene básicamente dos obligaciones: 1.º) Por un lado, una obligación de hacer, consistente en el deber de comunicar al adquirente los conocimientos e informaciones relativos a los procedimientos técnicos de producción y a las estructuras, sistemas y relaciones que configuran la organización comercial de la empresa, tales como los sistemas de ventas, las listas de clientes y proveedores, las estrategias comerciales en el mercado, las redes de distribución y comercialización, etc. 2.º) Por otro lado, una obligación de no hacer, que se materializa en la imposición al transmitente del deber de realizar una actividad competitiva en relación con la actividad empresarial transmitida*».

Estas dos obligaciones pueden relacionarse, respectivamente, con una doble vertiente del fondo de comercio: a) el «fondo de comercio objetivo», que sería el mayor valor de la empresa basado en condiciones intrínsecas del establecimiento y que, por tanto, puede permanecer aunque cambie la persona titular de la empresa; y b) el «fondo de comercio subjetivo», que sería el vinculado con las aptitudes del empresario para crear, mantener y ampliar la clientela.

Respecto a la primera obligación de colaboración, partiendo del pronunciamiento del Tribunal Supremo, podemos decir que, en esencia, se traduce en un deber de «información leal». Pero, ¿cuál es el contenido de este deber de información? Es una cuestión importante para determinar, en su caso, si se ha producido o no un incumplimiento contractual por parte del vendedor. Muchos de estos contratos de venta de empresa o sociedad contienen las llamadas «manifestaciones», que tratan de proteger al comprador concretando los presupuestos que le han llevado a formar su voluntad negocial (—su contenido es muy variado: situación contable de la empresa, situación fiscal, situación administrativa...—). En base a estas manifestaciones, lo más conveniente sería concretar cuáles son los deberes de colaboración e información del vendedor respecto a cada una de ellas. Ello reduciría el tradicional recurso a los Tribunales o al arbitraje. Pero, en cualquier caso, aunque nada se diga en el contrato, entiendo que hay un contenido mínimo que debe cumplirse, directamente relacionado con la finalidad de esta obligación: si, como apuntábamos antes, «*cuando se adquiere una empresa, tratamos de comprar una máquina de hacer dinero*», el vendedor tiene que poner al comprador en las mismas condiciones que él tenía para que la máquina siga funcionando. Por ello, el que hemos llamado deber de información leal se proyecta a mi juicio *ad intra* y *ad extra*: será preciso informar, no sólo de la estructura, procesos de organización y condiciones internas del establecimiento, sino también de las «ex-

pectativas» entendidas como la probabilidad de obtener determinados beneficios en virtud de circunstancias diversas, tales como el emplazamiento favorable o una buena coyuntura económica.

## 2. Obligación de no competencia

Respecto a esta segunda obligación de no competencia, añade el Tribunal Supremo lo siguiente: en la venta de empresa... *«existe un interés legítimo de los adquirentes en evitar que el transmitente pueda realizar actividades concurrentes»*. *«En numerosas ocasiones el tráfico mercantil impone o aconseja ciertas restricciones a la competencia, en cuyo caso las cláusulas de inhibición, de estar incorporadas a contratos cuyo objeto principal no sea restringir, impedir o falsear la competencia, que constituya restricciones accesorias del comercio, más o menos necesarias o simplemente útiles o convenientes, por lo que se alude a su validez cuando están suficientemente justificadas y sirven a la finalidad perseguida en un contrato lícito»* (en este sentido apuntan las sentencias 899/2007, de 31 de julio, y 102/2012, de 7 de marzo (RJ 2012, 5437). Asimismo añade que: *«cuando los contratos regulan relaciones que comportan la transmisión de una empresa, clientela, know how, en los que la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado»*.

De esta obligación de no competencia destacaré cuatro aspectos:

Primero, su fundamento, que no es sino la buena fe (art. 7 CC). Señala la sentencia que *«esta obligación de no hacer... es exigible conforme a los artículos 1258 CC y 57 CCom»*.

Segundo, que no necesita estar expresamente pactada. La sentencia, en este punto, se remite a lo ya expresado en la anterior de 18 de mayo de 2012: *«las cláusulas de prohibición de competencia son cláusulas accesorias, en el sentido de que son inmanentes al contrato, hasta el punto de que pueden considerarse incluidas en el mismo, conforme al artículo 1258 CC, aunque no se pacten expresamente»*. Sin embargo, en los contratos de venta de empresa o venta de sociedad es frecuente encontrar cláusulas que establecen esta obligación de no competir, como sucede en el caso que examinamos. Sin duda estas cláusulas son útiles, ante la falta de una regulación completa, para delimitar el contenido y límites de la obligación, pero aun existiendo estas cláusulas, el Tribunal Supremo recalca el carácter intrínseco al contrato de la obligación de no competir y su fundamento en la buena fe: *«esta obligación de no hacer no tiene que estar expresamente pactada, ya que es exigible conforme a los artículos 1258 CC y 57 CCom; y si, como sucede en este caso, las conductas que vulneran el deber de abstención*



*concurrential no tuvieron lugar en el plazo previsto en la cláusula de prohibición de competencia expresamente pactado, sino que se desarrollaron durante el tiempo en el que Sr. Simón todavía trabajaba en Aerlyper, S. A., su comisión es, si cabe, más antijurídica».*

Tercero, sus límites. Es clara y nadie discute esta obligación del vendedor de no realizar actos que ocasionen o sean susceptibles de ocasionar una captación de la clientela, que merme o destruya el valor de la empresa transmitida o disminuya sus posibilidades de actuación en el mercado. Pero esta obligación necesariamente tiene unos límites. No puede entenderse en términos tan amplios que impidan al transmitente toda posibilidad de actuación comercial. Al respecto señala en la sentencia el Tribunal Supremo: *«cuando los contratos regulan relaciones que comportan la transmisión de una empresa, clientela, know how, la imposibilidad de entrega material impone al transmitente desplegar una conducta dirigida a no desviar la clientela ni interferir en las relaciones del adquirente durante el tiempo preciso y en el espacio o territorio en el que el transmitente desarrollaba su actividad, incluso si ello comporta una imposibilidad temporal de competir en determinados nichos del mercado».*

Del contenido de la sentencia se deducen tres límites: el temporal, el geográfico y el objetivo:

- Respecto al temporal, la obligación de no competir será exigible durante un tiempo prudencial, el necesario para que el comprador haya podido consolidar esa clientela, lo haya conseguido o no. El Anteproyecto de Código mercantil establece, en defecto de pacto, un límite temporal de dos años. Me parece acertado en este punto el carácter dispositivo de la norma, pues ese tiempo prudencial dependerá de cada caso concreto («cada empresa es un mundo»).
- Por lo que se refiere al límite geográfico, la doctrina en general lo centra en el mismo municipio. Es decir, el transmitente no podría abrir o continuar una empresa en el mismo municipio en el que está situada la empresa transmitida. Quizá veo demasiado concreta esta previsión, pues dependerá mucho del tipo de empresa o sector en el que nos encontremos. De nuevo, caso concreto.
- Finalmente, el límite objetivo, por el que la obligación de no competir se circunscribe a las actividades empresariales de idéntico o análogo género que la que constituye el giro y tráfico de la empresa vendida. En este punto, el artículo 132-11 del proyectado Código recoge la posibilidad de que se pacte una obligación de no competencia respecto de cualquier actividad que *«dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida»*. La fórmula elegida parece implicar una cierta visión estática o conservacionista de la empresa tal y como estaba en el momento de la

compraventa, por lo que quizá se debiera sustituir por otra más acorde con el concepto eminentemente dinámico de toda actividad empresarial.

Y cuarto, para concluir, respecto al incumplimiento de la obligación, ¿estamos ante un caso de competencia desleal? Señala la Sala para el caso concreto que esta obligación de no competencia *«no supone, como erróneamente afirma la sentencia recurrida, un supuesto sujeto a la normativa de competencia desleal»*. Ello lo justifica el Tribunal Supremo diciendo que *«las cláusulas de prohibición de competencia no tienen por objeto impedir la competencia, sino que son cláusulas accesorias... derivadas del 1258 CC»*. Éste es el punto que más dudas me ha planteado, porque no veo razón para excluir del ámbito de aplicación de la Ley de Competencia Desleal la obligación de no competencia derivada de la venta de empresa, siempre y cuando se den todos los presupuestos de aplicación:

- a) Conforme al artículo 1, *«esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal»*.
- b) En cuanto al ámbito objetivo, el artículo 2 dispone que *«la ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no»*.
- c) Desde un punto de vista subjetivo, conforme al artículo 3, *«la ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado»*.
- d) Finalmente, la vulneración de la obligación de no competir cuando se vende una empresa encaja del todo en la cláusula general del artículo 4, que para definir el acto de competencia desleal dispone que *«se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe»*. Habla de buena fe, que es precisamente el fundamento defendido por doctrina y jurisprudencia en la venta de empresa.

Si se dan los presupuestos, ¿por qué no aplicar la norma? Sobre todo teniendo en cuenta los esfuerzos que ha hecho el legislador para establecer una disciplina más o menos unitaria en un sector que tradicionalmente ha estado carente de regulación sistemática. Como señala la Exposición de Motivos: *«La Ley se esfuerza, finalmente, por establecer mecanismos sustantivos y procesales suficientemente eficaces para una adecuada realización de la disciplina. Al respecto, se regulan con detalle las acciones derivadas del acto de competencia desleal. El Capítulo IV alberga algunas especialidades procesales que se ha creído oportuno introducir al objeto de conseguir, sin merma de las debidas garantías, un mayor rigor y una mayor eficacia y celeridad en las causas de competencia desleal»*. Pues bien, si decíamos al comienzo de este comentario que es necesaria una regulación *ad hoc*

ADELA SOLÍS GARCÍA

de la venta de empresa, quizá habría que exceptuar esta afirmación en relación con la obligación de no competir y las consecuencias de su vulneración, donde sin duda, con la Ley de Competencia Desleal, el adquirente encontraría una más adecuada y específica protección.

## DERECHO SOCIETARIO

### EL ARTÍCULO 160 F) TRLSC Y SU APLICACIÓN (A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2017)

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ MORENO  
*Notario*

#### RESUMEN

La Dirección General de los Registros y del Notariado aborda en la resolución de 22 de noviembre de 2017 la problemática acerca de la exigibilidad de acuerdo de la Junta general en la constitución de hipotecas sobre elementos esenciales a los efectos de la aplicación del artículo 160 f). El Centro Directivo resuelve declarando innecesario el acuerdo cuando nos encontramos ante negocios jurídicos complejos, y a su vez alega la falta de competencia de los notarios y registradores para conocer cuándo nos encontramos ante un activo esencial, pero sin olvidar el deber de éstos de garantizar la legalidad de los actos mediante el adecuado asesoramiento e información. Igualmente declara que tampoco puede recaer sobre los terceros la obligación de conocer el carácter esencial del activo, debiendo buscar fórmulas que les protejan frente a la omisión de los administradores a través de la aplicación del artículo 234.2 TRLSC.

**Palabras clave:** activo esencial, acuerdo de Junta, préstamo hipotecario, financiación, negocio complejo.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ MORENO

## ARTICLE 160F OF THE TRLSC AND ITS APPLICATION (APROPOS THE RESOLUTION OF THE DGRN DATED NOVEMBER 22ND, 2017)

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ MORENO

*Notary Public*

### ABSTRACT

In its resolution dated November 22nd, 2017, the Directorate General for Public Registries and Notaries Public (DGRN) discusses the problems regarding the enforceability of a resolution adopted by the General Meeting in the constitution of mortgages on elements deemed essential for the purposes of applying article 160f. The Management Centre resolved by declaring the adoption of a resolution unnecessary when we are dealing with complex legal business and, in turn, it argues the lack of competency of notaries public and registrars to know when we are dealing with an essential asset, but without forgetting the duty of the latter to ensure the legality of the acts through adequate advice and information. Similarly, it declares that the obligation to be aware of the essential character of the asset cannot be left to third parties either, making it necessary to find formulas that protect them against any omission by the directors through the application of article 234.2 of the Consolidated Text of the Capital Corporations Act (TRLSC).

**Key words:** essential asset, resolution adopted by a general meeting, mortgage loan, finance, complex business.

**SUMARIO:** I. HECHOS.—II. DOCTRINA.—III. COMENTARIO. 1. La relación del artículo 160 f) y la constitución de hipotecas cuando éstas recaen sobre activos esenciales. 2. La interpretación del activo esencial desde la perspectiva notarial y registral. 3. La eficacia de los actos celebrados sin acuerdo de la Junta y el artículo 234 TRLSC.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. HECHOS

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid Fernando SÁNCHEZ-ARJONA BONILLA, la entidad «Milurgua, SL», en garantía de un préstamo de 735.000 euros de principal, constituyó hipoteca sobre una finca sita en Madrid en favor de la entidad prestamista «Banco Santander, SA». La finalidad del préstamo hipotecario era obtener financiación para adquirir una finca, adquisición ésta formalizada en el número de protocolo inmediatamente anterior a la constitución de la garantía. De esta última escritura resulta el carácter esencial del activo adquirido a los efectos del artículo 160 f) TRLSC, incorporándose a la misma certificado de la Junta en la que se autorizaba al administrador a adquirir la referida propiedad «por el precio que libremente convenga».

Una vez autorizadas las escrituras por el notario, se presentaron en el Registro de la Propiedad, inscribiéndose la escritura de compraventa, mientras que la escritura de hipoteca fue objeto de calificación negativa. El fundamento para denegar la inscripción fue claro, la hipoteca recaía sobre un activo esencial. Por ello, al ser la finca un activo esencial, debía acordarse por la Junta general no solo la adquisición, sino también, y mediante acuerdo expreso, la constitución de la hipoteca.

Contra la nota de calificación, don Fernando SÁNCHEZ-ARJONA presentó recurso fundamentándolo en el carácter complejo de la compraventa con hipoteca. Así alegó que la compraventa con hipoteca es un negocio jurídico complejo de adquisición con financiación, no siendo lógico que mediante acuerdo de la Junta el administrador pueda adquirir una finca hipotecada y subrogarse en el gravamen y, en cambio, no pueda comprar y decidir financiar con otra entidad para, con el dinero obtenido por la financiación, cancelar la hipoteca previa: *«El carácter accesorio de la hipoteca respecto de la compraventa hace que, si se han cumplido los presupuestos y requisitos de capacidad respecto de la compra, dichos requisitos deben estimarse también cumplidos respecto de la hipoteca.[...] Es decir, no se*

*trata de la hipoteca de un activo esencial de la Compañía, sino de la adquisición y financiación accesoria de un activo esencial, respecto de la cual constan acreditados los requisitos en cuanto a la legitimación del representante. Por otra parte, la ley no exige autorización de la Junta general para los actos de financiación del activo esencial, sino única y exclusivamente para la adquisición, enajenación o aportación a sociedad, por lo que no tiene sentido preguntarse si la junta de socios debe pronunciarse sobre la financiación o no de la adquisición».*

## II. DOCTRINA

1. El artículo 160 f) TRLSC, incorporado tras la Ley 31/2014, tiende a ampliar las competencias de la Junta general, siendo necesaria la aprobación por ésta de todas las operaciones societarias cuyos efectos se asimilan a las modificaciones estructurales, llegando a incluir en tales supuestos a todos aquellos que pueden afectar de manera indirecta al objeto social o que pueda conducir a la disolución y liquidación de la sociedad.

2. El término «*carácter esencial del activo*» es un concepto jurídico indeterminado, no debiendo interpretarse de forma incompatible con la ratio del precepto o perjudicial para la celeridad del tráfico mercantil. Por tanto, podría ser contrario a la realidad del tráfico exigir para cualquier acto la previa certificación de la Junta en la que se califique el bien como esencial o no, incluso cuando el valor del bien supere la cifra que el propio precepto fija como presunción.

3. El carácter esencial del activo en la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad, a pesar de las presunciones que establece el propio artículo 160 f) TRLSC, escapan del juicio notarial o registral, salvo casos notorios o flagrantes. La declaración esencial o no del activo corresponde al órgano de administración y, en caso de serlo, el acto debe ser aprobado por la Junta general y no puede hacerse recaer la carga de investigar la calificación de esos bienes en un tercero, ya sea el notario, registrador o un simple particular. Por todo ello el notario, en su deber de velar por la adecuación de los actos autorizados a la legalidad, y en aras de cumplir con lo expresado en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, debe desplegar la mayor diligencia posible informando a las partes sobre tales extremos. Así el notario puede exigir una certificación o manifestación del órgano social sobre el carácter esencial o no del activo.

4. Por todo lo expuesto, no es aplicable la inoponibilidad frente a terceros de las limitaciones voluntarias en las facultades de los administradores a los que se refiere el artículo 234.1 TRLSC a los supuestos recogidos en el artículo 160 f), toda vez que este último precepto atribuye competencias a la Junta general y limita las facultades de los administradores, no por convenio o acuerdo, sino por ley, dando así una publicidad suficiente que alcanza a los terceros contratantes (conforme al principio general del artículo 3.1 CC). No obstante, no se debe dejar desprotegido en estos casos al tercero de buena fe y sin culpa grave que actúa



debidamente en el tráfico, siéndole aplicable el párrafo 2 del artículo 234 citado, aplicándose de forma análoga a los supuestos en los que el administrador se extralimita en sus facultades. Así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2008.

### III. COMENTARIO

La Ley de Sociedades de Capital fue modificada con la reforma 31/2014, buscando de esta forma reforzar el gobierno corporativo y a su vez favorecer y asegurar una mayor participación de los socios en la vida de la propia sociedad mediante el aumento de sus competencias. Así, el preámbulo de dicha reforma, en cuanto a la Junta general, manifiesta que *«se pretende con carácter general reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial. [...] Asimismo, se amplían las competencias de la Junta general en las sociedades para reservar a su aprobación aquellas operaciones societarias que por su relevancia tienen efectos similares a las modificaciones estructurales»*.

Esta finalidad se refleja en la redacción del artículo 160 f), toda vez que atribuye competencias a la Junta para aprobar adquisiciones, aportaciones y enajenaciones de activos esenciales, es decir, aquellos que por su trascendencia afectan al objeto de la sociedad y a su propia actividad y que tantos ríos de tinta ha provocado. Según el artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital, *«la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado»*. Precepto este que va a servir de piedra angular en el presente comentario, pues plantea diferentes cuestiones que paso a examinar.

#### 1. La relación del artículo 160 f) y la constitución de hipotecas cuando éstas recaen sobre activos esenciales

La resolución de 22 de noviembre de 2017 plantea unas cuestiones interesantes en la práctica jurídica, y más concretamente la notarial, en relación con la constitución de hipotecas, a saber, ¿es exigible el acuerdo de la Junta, como expone el artículo 160 f), para cada uno de los actos que conforman un negocio jurídico complejo, especialmente en la constitución de hipotecas? Y además, la propia resolución plantea, aunque de forma indirecta y desgraciadamente sin resolver, la cuestión acerca de la necesidad de la aplicabilidad del propio artículo 160 f) en los negocios jurídicos simples en los que se constituyen hipotecas u otro tipo de garantías. Por ello creo que es importante distinguir, a los efectos del artículo 160 f), cuando la constitución de la garantía deriva de un negocio jurídico complejo y cuando lo hace de un negocio jurídico simple. Comenzaré a analizar este último caso en primer término.

Para poder resolver esta problemática debemos partir, en primer lugar, de la literalidad del artículo 160 f) en relación con el concepto de enajenar, aunque sea de forma breve, pues ya ha sido objeto de numerosos análisis. Esta no es una discusión baladí, pues resulta fundamental a la hora de analizar la resolución que nos atañe, así como la exigibilidad del acuerdo en la constitución de hipotecas sobre activos esenciales. Desde un punto de vista semántico nos interesa saber cómo se interpreta el término «enajenar» en el artículo 160 f), y si es o no asimilable al término de disponer. Así, algunos autores han defendido que el término enajenar debe interpretarse extensivamente, de forma más próxima al término de disponer, pues si la finalidad del artículo es la protección de los socios frente a las alteraciones patrimoniales en el activo esencial que puedan realizar los administradores como representantes de la sociedad, solo mediante la interpretación amplia del precepto podemos alcanzar de forma plena la ratio de la norma. Todo acto que pueda implicar, no solo una enajenación, sino también un gravamen o en general una extracción o reducción patrimonial, como por ejemplo una donación, como defiende ESTEBAN VELASCO<sup>1</sup>, va a requerir el acuerdo de la Junta. En este sentido RODRÍGUEZ DÍAZ<sup>2</sup> considera que el precepto no especifica la naturaleza del negocio, pero es lógico, en relación con la finalidad de la reforma, que cuando la sociedad adquiere, enajena o aporta un activo esencial pase a ser aplicable el artículo 160 f) y, en definitiva, debe exigirse acuerdo de la Junta para cualquier negocio por el cual el activo esencial entre en el ámbito patrimonial de la sociedad o salga de ella, cualquiera que sea su naturaleza. Así, la constitución de una hipoteca o cualquier gravamen sobre un activo esencial va a requerir el acuerdo de la Junta. Conforme a esta idea este sector doctrinal entiende que hay que analizar el caso partiendo no tanto de la finalidad de la hipoteca, que no es otra que facilitar la obtención de financiación, sino de las consecuencias de la misma. Es cierto que la hipotecabilidad de un bien no implica una extracción patrimonial de un activo esencial, ni tampoco la alteración del objeto mediante el cambio de los medios de producción, al menos en principio. Pero no es menos cierto que la hipoteca puede implicar una enajenación en potencia derivada de la sujeción del bien a la falta de pago. Así, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, ésta se satisfará con la realización de valor del bien gravado. Ello implica, en consecuencia, la posible enajenación, no en el momento de la constitución del gravamen, sino en un momento ulterior en el que sea necesario ejecutar la garantía. Por ello parece lógico y correlativo con la ratio del precepto que primero sea necesario la aprobación del gravamen por la Junta general, pues puede implicar la enajenación del bien en un momento posterior; y segundo, que dicho acuerdo se produzca no en el momento de la ejecución, en el que la voluntariedad de la

<sup>1</sup> ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada* (AA.VV.), RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando y ALONSO UREBA, Alberto (directores), vol. 1, tomo I. Ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2016.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «Consecuencias de la falta de acuerdo de la Junta general en los actos de disposición de activos esenciales», *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital* (AA.VV.), GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén y COHEN BENCHETRIR, Amanda (directores), Ed. Tirant lo Blanch, 2018.

sociedad es casi irrelevante, sino previamente a la constitución de la hipoteca y, por tanto, cuando se pretende sujetar el bien al cumplimiento de la obligación.

No obstante, un importante sector doctrinal niega tal interpretación y aboga por la literalidad del precepto. Se parte de la idea de que disponer no es sinónimo de enajenar. Enajenar, es decir, transmitir por actos *inter vivos* y a título oneroso, se encuentra dentro de la categoría de disponer, el cual incluye también las transmisiones a título gratuito o el gravamen como una enajenación en potencia; de esta forma la enajenación se convierte en una especie del género, que es la disposición. En este sentido, PÉREZ RAMOS propone una lectura restrictiva del precepto: «ya que nuestro legislador cuando quiere exigir determinado consentimiento para los actos de gravamen utiliza el verbo *disponer* que los engloba a todos, o directamente distingue entre enajenar y gravar»<sup>3</sup>. Así, si el legislador diferencia ambos conceptos en la ley, la interpretación de la norma debe hacerse conforme a la voluntad del legislador, y diferenciar nosotros también ambos conceptos. Por otro lado, el artículo 160 f) es un precepto limitativo de las competencias del órgano de administración y, por tanto, como señala el Tribunal Supremo, tales normas deben interpretarse de manera restrictiva. En consecuencia, cuando el precepto emplea el término de enajenar debe entenderse en su sentido literal, es decir, la extracción patrimonial por actos *inter vivos* y a título oneroso, y no extenderse a supuestos más amplios no incluidos por el legislador, como es el de constitución de gravámenes.

Siguiendo esta tesis, la constitución de la hipoteca u otro gravamen sobre un activo esencial no va a requerir el acuerdo de la Junta, sino que son los propios administradores quienes pueden celebrar dicho negocio de forma directa. En ningún caso el legislador incluye la financiación o la constitución de gravámenes de dichos bienes como casos previstos en el artículo 160 f). Así la interpretación de la norma no puede englobar supuestos no previstos en la propia ley, pues eso llevaría a exigir el acuerdo de la Junta para todos los actos y negocios jurídicos que afectasen a alguno de estos bienes.

Pero este argumento no solo se sostiene por la literalidad del precepto, sino también por la ratio de la norma. El fundamento del artículo 160 f) es, entre otros, la protección de los derechos de los socios, evitando la alteración de los elementos esenciales de la sociedad mediante su aprobación por la Junta. Por ello hay que preguntarse si la constitución de un gravamen, y más concretamente la hipoteca, sobre un activo esencial cambia la estructura patrimonial de la empresa. Acertadamente, algunos autores consideran que el artículo 160 f) sí es aplicable a la constitución de gravámenes sobre activos esenciales cuando priva a la compañía del uso y disfrute de los mismos, como por ejemplo el usufructo, pues aunque no extraiga *stricto sensu* el bien del patrimonio social, sí «extrae» su función

<sup>3</sup> PÉREZ RAMOS, Carlos: «El artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital dos años después», *El Notario del siglo XXI*, núm. 74, 2017.

económica, privando a la empresa de esa generación de riqueza, lo que a su vez da como consecuencia una alteración en la estructura patrimonial de la empresa.

Sin embargo, en la constitución de hipotecas sobre activos esenciales y la obtención de financiación no se están produciendo tales consecuencias, pues no se altera el patrimonio sustantivamente mediante una extracción patrimonial, tan solo una minusvaloración temporal de los bienes, consecuencia de la naturaleza del gravamen. La hipoteca solo va a sujetar un bien al cumplimiento de una obligación, sirviendo de «ventaja» al acreedor hipotecario frente a todos los demás a la hora de cobrar su crédito, produciendo una serie de efectos jurídicos, pero intrascendente desde un punto de vista de la producción económica o empresarial, pues la sociedad va a seguir empleando ese bien y generando riqueza por muchas hipotecas que recaigan sobre ella. Por tanto, aunque puede entenderse la hipoteca como una enajenación en potencia no le será aplicable el control de la Junta a los efectos del artículo 160 f), ya que, como afirma ALFARO<sup>4</sup>, lo determinante es que afecte de forma profunda a la actividad o al control, no tanto que nominalmente sea o no una enajenación.

A todo esto hay que añadir que todos los elementos que componen el patrimonio de una sociedad, ya sean esenciales o no, están vinculados al cumplimiento de las obligaciones y no por ello es aplicable el artículo 160 f) a los negocios obligacionales aún cuando se esté poniendo en riesgo el patrimonio social o incluso la vida de la sociedad. Si defendemos que el mencionado precepto es aplicable a la constitución de hipotecas por implicar una enajenación en potencia, derivada ésta de su especial responsabilidad, debería igualmente exigirse el acuerdo de la Junta para celebrar cualquier negocio, pues podría producir en el futuro la ejecución del patrimonio social, lo que es a la vista de todos algo totalmente absurdo e incluso perjudicial para los efectos económicos al ralentizar la contratación. Por todo ello entiendo que no es exigible acuerdo de la Junta cuando la sociedad constituye una hipoteca, aunque ésta recaiga sobre un activo esencial y, aunque esta cuestión se plantea en la presente resolución, la Dirección General no la resuelve, manteniendo la incertidumbre en esta materia.

Cuestión distinta es la constitución de hipoteca en virtud de un negocio jurídico complejo. En esta clase de negocios la pluralidad de actos heterogéneos están vinculados entre sí a través de una relación de unidad causal. Así, en el presente caso, nos encontramos por un lado con la compraventa de un bien esencial para la sociedad y por otro con la hipoteca constituida sobre el mismo bien con la finalidad de financiar esa adquisición. Ambos negocios, como digo, conforman una unidad, que no es otra que la adquisición de un bien esencial para la actividad de la sociedad. Esta unidad debe entenderse de forma plena, según entiendo, a los efectos del artículo 160 f), y por ello la exigibilidad del previo acuerdo recae en el negocio en su conjunto y no de forma aislada en cada uno de los que lo confor-

<sup>4</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Y más sobre el art. 160 f) LSC», blog *almacendederecho.org*, publicado el 2 de junio de 2015.

man. En este caso la Junta general acuerda la adquisición del bien, entendida ésta como la voluntad final de la sociedad, y por tanto deben entenderse autorizados los administradores no sólo para adquirir el bien en concreto, sino también para realizar todos aquellos actos o negocios accesorios encaminados a alcanzar la referida adquisición. El precepto examinado, y a la vista del preámbulo de la Ley 31/2014, tiene por finalidad combinar dos objetivos, de un lado, incrementar la participación de los socios, y de otro, no obstaculizar con ello la vida de la sociedad. Esta finalidad sólo se consigue, en el caso de los negocios jurídicos complejos, mediante un ahorro procedimental, es decir, mediante la extensión del acuerdo principal (la adquisición del bien) a todos los actos secundarios necesarios para alcanzar aquél (la hipoteca y financiación de la adquisición). Lo contrario viciaría la finalidad de la reforma, primero porque ralentizaría las operaciones societarias, y segundo porque multiplicaría las intervenciones de los socios, produciendo por hastío el abandono de estos en la vida social. Así lo entiende la presente resolución, estimando el recurso presentado por el notario, pues la adquisición y la hipoteca están vinculados por una misma causa, y es sobre esta última sobre la que recae la voluntad de los socios a los efectos del artículo 160 f).

## 2. La interpretación del activo esencial desde la perspectiva notarial y registral

La Ley no define qué es un activo esencial, convirtiéndolo en un concepto jurídico indeterminado, lo que comporta evidentes problemas de interpretación. Pero frente a este vacío la doctrina ha venido a definir en múltiples ocasiones qué es un activo esencial. RODRÍGUEZ DÍAZ entiende por activo esencial *«aquellos (bienes y derechos) sin los cuales la sociedad no puede seguir desempeñando la actividad que hasta el momento venía desarrollando. Su pérdida puede comportar una modificación de facto del objeto social por sustitución (otra actividad o la liquidación), ampliación o reducción, situación que puede producirse por cualquiera de las operaciones a las que hace referencia el artículo 160 f): enajenación, adquisición y aportación»*<sup>5</sup>. Por su parte, NAVARRO VIÑUALES lo define como *«aquél elemento integrante del patrimonio de la sociedad que resulta imprescindible para el cumplimiento del objeto social»*<sup>6</sup>, y LLORENTE GONZALVO nos dice que es un *«activo estratégico»*, entendiendo por tal aquel sin el cual la sociedad no podría desarrollar su actividad actual o sin el que vería gravemente mermada su capacidad productiva<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: obra cit.

<sup>6</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María: «Las competencias de la Junta general de sociedades de capital en materia de activos esenciales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, núm. 65, junio 2016, pág. 27.

<sup>7</sup> LLORENTE GONZALVO, Miguel: Comentario a la resolución de la DGRN de 10 de julio de 2015. Análisis del artículo 160 de TRDLEG 1/2010, de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma por la Ley 31/2014: autorización de la Junta general para la transmisión de activos esenciales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, núm. 64, diciembre 2015, págs. 185-218.

Por su parte, el artículo 160 f), si bien no define el concepto de activo esencial desde el punto de vista cualitativo, sí lo hace desde la perspectiva cuantitativa al establecer una presunción para saber cuándo nos encontramos ante uno, presunción ésta que en lugar de aclarar y facilitar el concepto e interpretación arroja más dudas si cabe. Según el precepto, se presume que existe activo esencial cuando el bien supera un 25% del valor del activo. Esta presunción plantea dos importantes problemas; el primero, que no deja de ser una presunción y como tal sólo puede servir de guía interpretativa, pero no para saber a ciencia cierta cuándo un activo se convierte en esencial; el segundo, porque la valoración de tales activos se hace en relación a valoraciones contables y que, por ejemplo, en materia de inmuebles y demás activos se suelen valorar conforme al precio de adquisición, pudiendo haberse producido ésta hace tiempo, desvirtuando su valor real y por tanto la presunción del propio artículo 160 f).

En definitiva, es muy difícil apreciar *a priori* si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la Junta general, no pudiendo hacer recaer sobre el tercero, ya sea notario o registrador, la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere, según viene señalando la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples resoluciones desde el año 2015.

Por ello, y volviendo a la resolución que nos atañe, se plantea la cuestión ya suscitada por otros autores, entre ellos PÉREZ RAMOS<sup>8</sup>, sobre cuál debe ser el papel del notario y el registrador a la hora de interpretar el carácter esencial o no del activo. En la práctica, los notarios y registradores carecen de elementos suficientes para saber el carácter esencial del activo; solo en los casos en los que sea notorio o manifiesto puede negarse el otorgamiento de la escritura o la inscripción registral si no se acredita el acuerdo de la Junta. Por ello, la función del notario en estos casos no va encaminada tanto a interpretar, sino más bien a informar a las partes y reflejar en la escritura *«los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad»*, como bien señala la comentada resolución. En este sentido no debemos obviar el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, que manifiesta que el notario debe velar para que el otorgamiento se adecue a la legalidad, lo que implica, según el apartado b), que *«los documentos públicos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes»*. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce importantes privilegios a la escritura pública, lo que obliga al notario a extremar las precauciones, con el fin de que la escritura refleje la realidad de los actos y de las partes y así despliegue efectos en el tráfico jurídico con la mayor seguridad. En consecuencia, como acertadamente menciona la DGRN en esta resolución, el notario, al redactar el instrumento público conforme a la voluntad de las partes, debe indagar, como

<sup>8</sup> PÉREZ RAMOS, Carlos: Obra cit.



señala el artículo 17 bis LN, dicha voluntad previamente informada, cumpliendo el notario con el requisito del artículo 160 f) mediante la exigencia, por ejemplo, del certificado del órgano social o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter esencial o no del activo, habiendo informado debidamente al administrador de la sociedad sobre su responsabilidad en caso de falsear tal carácter, exigible posteriormente por parte de la sociedad.

En cuanto a la actuación del registrador, hay que partir de la idea que al registro sólo pueden acceder los títulos verdaderos y válidos, debiendo rechazar títulos claudicantes que revelen causa de nulidad, garantizando de esta forma la seguridad del tráfico que ofrece el registro. Pero la función registral a la hora de calificar los negocios jurídicos se encuentra limitada en el artículo 18 de la Ley hipotecaria y por tanto la facultad que tal precepto confiere a los registradores implica la comprobación de que el contenido del documento no es contrario a una ley imperativa y que además cumple con los requisitos esenciales del negocio. Por ello, el Centro Directivo afirma en esta resolución que *«sólo cuando según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo, pues en ninguna norma se impone dicha manifestación»*.

De esta forma, con la exigencia de la certificación del órgano o manifestación del representante, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control de la legalidad del negocio jurídico, y además, como señala esta resolución, *«sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos»*. Por ello, **el registrador no debe entrar a calificar este tipo de operaciones** porque el carácter esencial escapa de la apreciación del notario o registrador, salvo en casos notorios, ya que es difícil apreciar el carácter esencial del activo y por tanto si el acto incumbe a la Junta general. Y lo dicho es aplicable tanto a la calificación cualitativa como cuantitativa del activo esencial, pues como hemos mencionado esta última no deja de ser una presunción y solo los administradores tienen conocimientos suficientes para calificar dichos activos, salvo casos flagrantes o notorios.

*Cabe concluir, como manifiesta, creo que de forma acertada, la resolución que «cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos “[...]. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar”»*.



### 3. La eficacia de los actos celebrados sin acuerdo de la Junta y el artículo 234 TRLSC

El último de los temas señalados por la resolución es si el negocio jurídico concluido sin autorización de la Junta general en infracción del art. 160 f) puede ser anulado por esa causa en todas las circunstancias o **si debe protegerse al tercero de buena fe**, cuestión que presenta una dificultad añadida, la falta de previsión legal para tales casos en el propio artículo. Pero antes de analizar esta cuestión creo necesario ahondar en la naturaleza del propio artículo 160 f), para después sí examinar los efectos en caso de incumplimiento. Así, el artículo 160 f), desde el punto de vista de su naturaleza, no es más que una limitación de las facultades de los administradores impuesta por una norma imperativa, mediante la atribución de competencias a la Junta general, por los motivos anteriormente expuestos, es decir, un límite impuesto desde el exterior de la sociedad por voluntad del legislador. Por ello, los administradores carecen de la competencia necesaria para realizar ciertos negocios jurídicos cuando el objeto del mismo es un activo esencial pues, al contrario, requieren el acuerdo de la Junta general. Dicho de otra forma, si se celebrare un negocio jurídico sin la aprobación de la Junta, la sociedad no quedaría vinculada, en principio, por dicho negocio jurídico, siendo de aplicación la reglas relativas a la nulidad de los contratos previsto en el artículo 1259 CC por la falta de poder de representación de los administradores, aunque puede ser ratificado por la Junta, e incluso algunos autores vienen considerando que el caso también encaja en el supuesto de nulidad del artículo 6.3 CC, por ser un acto contrario a una norma imperativa. Con todo, parece que la categoría en la que deben incluirse tales actos aprobados sin acuerdo de la Junta es el de la nulidad, pues en cualquier caso nos encontramos ante un límite de competencias de carácter externo, al ser impuesto no por acuerdo de la Junta, sino por ley, y por ello los socios podrán ejercitar la acción de nulidad de tales actos, incluso en perjuicio de terceros, quedando a éstos tan solo la acción individual de responsabilidad frente a los administradores. En consecuencia, no será de aplicación el artículo 234.1 TRLSC.

No obstante, la doctrina mayoritaria, el Tribunal Supremo y la propia DGRN, como pone de manifiesto esta resolución, no abogan por una oponibilidad absoluta frente a los terceros de los negocios jurídicos que incumplen el artículo 160 f), ya que el carácter esencial del activo, incluso después de haber leído los estatutos y examinado el objeto social, escapa de la apreciación de los terceros. Lo contrario implicaría imponer a éstos el deber de investigar tales extremos, lo que provocaría una carga excesiva sobre éstos y, en definitiva, un grave riesgo que afectaría a la seguridad del tráfico y por ende a las transacciones y el tráfico económico. En definitiva, consideran el artículo 160 f) como límite externo de los administradores, limitación ésta que no puede perjudicar a los terceros de buena fe y sin culpa grave, siendo aplicable por analogía el artículo 234.2 TRLSC, en cuanto a la extralimitación por parte de los administradores del objeto social y, por tanto, quedando obligada la sociedad frente a ellos y trasladando a los socios el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores. A esta conclu-

sión llega la DGRN en la resolución presentada, cuando dice que *«el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave»*, en la misma línea que otras resoluciones desde el año 2015, aludiendo el propio Centro Directivo a la *«amplitud de los términos literales empleados en el precepto»*, se destaca que *«el carácter esencial del activo constituye un concepto jurídico indeterminado»*, por lo que *«deben descartarse interpretaciones de la norma incompatibles no sólo con su ratio legis, sino con la imprescindible seguridad del tráfico jurídico»* y se señala que *«es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la Junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a que se refiere»*.

#### IV. CONCLUSIONES

La exigibilidad de los requisitos del artículo 160 f), en la constitución de hipotecas debe atenerse al tipo de negocio jurídico con el que se entronca, es decir, si se configura en virtud de un negocio jurídico complejo o simple. En sí, como hemos visto, no es necesario el acuerdo de la Junta para la constitución de una hipoteca sobre el activo esencial, toda vez que el precepto habla de adquisición y no de enajenación, además que la hipoteca no implica un cambio esencial en la estructura patrimonial de la sociedad al no extraer un elemento del patrimonio, sino simplemente un gravamen que permite el uso y la continuación de la actividad económica. Ahora bien, frente a la regla general de la hipoteca, existe otro supuesto, que es el que trata en definitiva la comentada resolución, y son los casos en los que se configura como un negocio jurídico complejo por el que se vincula a través de una unidad causal la hipoteca y la adquisición. En estos casos, la DGRN resuelve que es necesario el acuerdo para la adquisición de un activo esencial, pues se exige por el propio artículo 160 f), pero haciéndose extensivo éste a los demás actos accesorios, incluidos la financiación y la hipoteca. No es que se exija acuerdo para la constitución de la hipoteca, es que el acuerdo abarca los actos relacionados con la adquisición en sí, incluyendo, lógicamente, la hipoteca.

Por otro lado, como señala la mencionada resolución, la exigibilidad de acuerdo de la Junta en toda clase de operaciones y más concretamente en la constitución de hipotecas, es limitado a los efectos prácticos, toda vez que no corresponde ni al notario ni al registrador la calificación del carácter esencial del activo, fuera de los casos notorios, sino a los administradores como representantes de la sociedad. Es a éstos a quienes corresponde juzgar el carácter del bien, convocar la Junta a los efectos del artículo 160 f) y presentar la certificación del acuerdo al notario autorizante de la operación. Ni el notario ni el registrador pueden ser guardianes del control de la vida social, pero sí lo son de la legalidad de los actos, lo que implica el deber de informar con la debida claridad y hacer las oportunas

advertencias a los administradores sobre los requisitos necesarios y su responsabilidad en caso de incumplimiento, más en los casos en los que pueda haber sospechas del carácter esencial de un bien. Basta por tanto la certificación del acuerdo de la Junta para la celebración del negocio o en su caso la manifestación de los administradores sobre el carácter no esencial del bien para que el notario pueda autorizar el acto, pero, como señala la resolución, sin que pueda considerarse imprescindible para practicar la inscripción tales formalidades.

Finalmente, el artículo 160 f), a pesar de ser un límite externo de las facultades de los administradores y por tanto apreciable por los terceros, recae sobre una materia, el activo esencial, difícilmente apreciable por un sujeto externo a la sociedad, y por tanto no se puede hacer recaer sobre él la calificación del mismo y, en consecuencia, si actúa de buena fe, debe ser protegido. En tales casos el negocio será válido y producirá efectos, sin perjuicio del derecho de los socios para reclamar a los administradores por los daños producidos como consecuencia de la inobservancia de la ley.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús: «Y más sobre el art. 160 f) LSC», blog *almacendederecho.org*, publicado 2 de junio de 2015.

ÁLVAREZ-ROYO-VILLANOVA, Segismundo y SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime: «Primera resolución de la DGRN sobre el art. 160 f) LSC: ¿en la dirección correcta?», blog *almacendederecho.org*.

GARCÍA VILLARUBIA, Manuel: «La infracción del art. 160 f) LSC: la falta de acuerdo de la Junta en la enajenación de un activo esencial», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 56, 2017, El Derecho.

LLORENTE GONZALVO, Miguel: Comentario a la resolución de la DGRN de 10 de julio de 2015. Análisis del artículo 160 de TRDLEG 1/2010, de la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma por la Ley 31/2014: autorización de la Junta general para la transmisión de activos esenciales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, núm. 64, diciembre 2015, págs. 185-218.

NAVARRO, VIÑUALES, José María: «Las competencias de la Junta general de sociedades de capital en materia de activos esenciales», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Consejo General del Notariado, núm. 65, junio 2016, pág. 27.

PÉREZ RAMOS, Carlos: «El artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital dos años después», *El notario del siglo XXI*, núm. 74, 2017.

RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «Consecuencias de la falta de acuerdo de la Junta general en los actos de disposición de activos esenciales», *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital* (AA.VV.), GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén y COHEN BENCHETRIR, Amanda (directores), Ed. Tirant lo Blanch, 2018.

SAN JUAN Y MUÑOZ, Enrique: «Competencia de la Junta de Sociedades en los asuntos de gestión (competencias, generales y adicionales)», *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital* (AA.VV.), GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén y COHEN BENCHETRIR, Amanda (directores), Ed. Tirant lo Blanch, 2018.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: *Junta general y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada* (AA.VV.), RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando y ALONSO UREBA, Alberto (directores), vol. 1, tomo I. Ed. Cizur Menor (Navarra):Aranzadi, 2016.



**LOS PODERES PREVENTIVOS EN EL ÁMBITO  
DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIETARIA  
(COMENTARIO A LA RES. DGRN DE 13 DE DICIEMBRE  
DE 2017)**

PEDRO FERNÁNDEZ YÁÑEZ  
*Notario*

**RESUMEN**

El presente artículo, a raíz de la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 13 de diciembre de 2017, aborda la extensión, límites y consecuencias que pueden acaecer como consecuencia de la utilización de poderes preventivos para el caso de incapacidad dentro de la representación orgánica de las sociedades. Asimismo, valora de manera crítica la calificación registral que origina la mencionada resolución, alineándose con la valoración del centro directivo.

**Palabras clave:** poder preventivo, administradores mancomunados, incapacidad, certificado médico.

**PREVENTIVE POWERS IN THE SCOPE OF COMPANY  
MANAGEMENT (COMMENT ON THE RESOLUTION BY  
THE DGRN DATED DECEMBER 13TH, 2017)**

PEDRO FERNÁNDEZ YÁÑEZ  
*Notary Public*

**ABSTRACT**

The present article, based on the Resolution dated December 13th, 2017, by the Directorate General for Public Registries and Notaries Public (DGRN), discusses the extension, limits and consequences that might ensue as a result of the use of preventive powers in cases of incapacity within the organic representation of companies. Furthermore, it

PEDRO FERNÁNDEZ YÁÑEZ

critically appraises the registry's classification that gives rise to the said resolution, aligning with the evaluation made by the management centre.

**Key words:** preventive power, joint directors, incapacity, medical certificate.

**SUMARIO:** I. SUPUESTO DE HECHO.— II. VALORACIÓN CRÍTICA.



## I. SUPUESTO DE HECHO

La presente resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve sobre la procedencia de un poder preventivo otorgado entre dos administradores mancomunados para el caso de fallecimiento o incapacitación física o psíquica de alguno de ellos.

La controversia surge a raíz de la nota de calificación del Registro Mercantil de Barcelona, con fecha 17 de agosto de 2017, en la que se deniega la inscripción por el siguiente motivo: *No cabe condicionar la entrada en vigor del poder y su eficacia frente a terceros, a circunstancias extrarregistrales (artículos 6, 9 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil)*.

En respuesta a la nota de calificación, se interpone recurso en el que se argumenta:

- 1.º Que el poder que se otorga es especial y sólo para el caso de que se cumpla la condición suspensiva a que se halla sujeto.
- 2.º Que el poder se halla delimitado por la voluntad del poderdante, toda vez que el Derecho español tiene como principio básico la libertad de contratación, ex artículo 1255 del Código civil. Asimismo, el propio Código civil recoge la posibilidad de otorgar poder para el caso de incapacidad sobrevenida en el artículo 1732, *in fine*.
- 3.º El hecho de ser el otorgamiento de los referidos poderes consecuencia de un protocolo familiar de los previstos en el RD 171/2007, que a su vez facilita su inscripción.
- 4.º Finalmente, por ser las condiciones susceptibles de inscripción registral ex. art. 9 de la LH.

Por su parte, la DGRN resuelve conforme a los siguientes argumentos:

El primero de ellos delimita qué objetivo tratan los administradores de conseguir con los poderes otorgados, que no es otro que **evitar la acefalia** para el caso de que se cumpla alguna de las condiciones previstas en el propio poder. Sin embargo, el Órgano directivo recuerda que para evitar casos de acefalia, lo más conveniente es el nombramiento de administradores suplentes. Asimismo, cabe recordar que en todos los casos la designación de los administradores suplentes es potestativa y que además no opera en supuestos de vacancia temporal.

Continúa argumentando la Dirección General de los Registros y del Notariado que, en el ámbito de la representación voluntaria, la delimitación de las facultades del representante viene determinada por la estricta voluntad del representado. Por consiguiente, **puede el representado someter a condición las facultades del representante**, siendo indiferente que ésta sea de carácter suspensivo o resolutorio. En tanto en cuanto los poderes que nos ocupan están sujetos a condición suspensiva, sus efectos no se despliegan hasta que se cumpla la condición.

Sin embargo, la nota de calificación del registrador no pone en duda la admisibilidad del poder, sino que ésta sea susceptible de inscripción registral, toda vez que el defecto se fundamenta en la **imposibilidad de hacer depender la eficacia de la entrada en vigor de los poderes a circunstancias extrarregistrales**. Por tanto, la discusión del Centro directivo va a ir encaminada en adelante a valorar la suficiencia de los argumentos del registrador.

Comienza esta última parte de la Resolución haciendo notar que en la escritura en la que se otorgan los poderes no se exige que acaezca una resolución judicial por la que se modifique la capacidad, sino que simplemente se refiere a un «Certificado Médico Oficial». No se hace, por contra, referencia alguna a quién tiene legitimación para exigir la expedición del certificado ni se tratan los problemas de validez temporal de dicho certificado. Procede a continuación la Dirección General a valorar de forma específica cada una de estas cuestiones.

En lo referente a la validez temporal del certificado, puede interpretarse la cláusula de forma aislada, o bien de forma sistemática. Si **interpretamos de forma aislada**, parece que cualquier incapacidad acreditada mediante certificado hace eficaz el poder por el tiempo que ésta subsista, de tal suerte que, extinta la incapacidad, queda extinto el poder. Si por el contrario interpretamos la cláusula del contrato **de manera sistemática**, debemos entender que, acaecida la incapacidad y acreditada por certificado, el poder produce sus efectos y además queda sujeto a la duración alternativa de un año o de la celebración de la siguiente Junta general. En consecuencia, la recuperación de la capacidad no es obstáculo para que el poder despliegue todos sus efectos.

En cuanto al *dies a quo* para la determinación del plazo de un año, entiende la DGRN que ha de hacerse desde la fecha del certificado médico oficial.

También es relevante señalar, a estos efectos, que **el certificado médico oficial no siempre será el instrumento necesario para acreditar el inicio de los efectos del poder**. Ello es así en tanto en cuanto la muerte queda acreditada bien por el certificado de defunción expedido en el Registro civil, bien por sentencia firme.

Finalmente concluye la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no obstante los problemas interpretativos que pueda suscitar la forma elegida para acreditar el inicio de los efectos de los poderes, no son de tal entidad que pueda rechazarse su inscripción. Ello toda vez que «**las disposiciones y los acuerdos sociales que pretendan resolver adecuadamente las diversas situaciones que puedan afectar a la existencia y continuidad del órgano de administración deben ser examinados favorablemente**, siempre que en los mismos no se contravengan los principios configuradores del tipo social elegido (cfr. artículos 1255 del Código Civil y 28 de la Ley de Sociedades de Capital)». Por consiguiente, acreditada la validez del pacto, debe ser objeto de inscripción para acomodar el Registro a la realidad extrarregistral.

## II. VALORACIÓN CRÍTICA

Visto el resumen de la resolución, podemos sacar algunas conclusiones. La primera es que siendo los administradores mancomunados, por medio de los poderes otorgados se persigue que, para los casos en ellos comprendidos, el administrador capaz o vivo pueda actuar *de facto* como administrador único. Y lo será hasta que se produzca una de dos cosas: el transcurso de un año o la celebración de Junta general que decida sobre el nombramiento de un nuevo administrador mancomunado.

Preceptivo es hacer notar la utilidad del poder preventivo para el caso de incapacidad también en el ámbito mercantil, lo cual es lógico en tanto permite prevenir los problemas que para el tráfico mercantil puede tener la incapacidad del poderdante. Su admisibilidad está fuera de toda duda, toda vez que la legislación civil se aplica con carácter supletorio de la mercantil ex. art. 2 del Código civil. Asimismo, el principio *favor negotii* redundará en la admisibilidad de tales poderes para el caso de que exista incapacidad del poderdante, pues puede servir de manera inequívoca para solventar los problemas inmediatos y lógicos que una incapacidad conlleva en el ámbito mercantil. En el caso que nos ocupa son evidentes los inconvenientes que generarían en una administración mancomunada la incapacidad de uno de los administradores, en la medida que la sociedad puede quedar paralizada hasta la designación de un nuevo administrador. No podemos olvidar que para tales casos, el TRLSC únicamente faculta al otro administrador para convocar Junta con el objeto de nombrar nuevo administrador. Conlleva, por consiguiente, una paralización de la sociedad, que aunque sea temporal puede ser perjudicial a efectos del correcto desenvolvimiento del objeto social.

Aunque pudiera parecer obvio y, por tanto, carente de sentido su reiteración, la Dirección General recuerda que el principio de autonomía de la voluntad es el axioma de nuestro Derecho privado. Siendo la representación voluntaria una manifestación especialmente clara del principio de autonomía de la voluntad, no podemos sino recordar que el sometimiento del ámbito de representación a los márgenes que emanen de la autonomía de voluntad del representante. Por consiguiente, el hecho de que su entrada en vigor quede sujeto al cumplimiento de una condición, no es más que una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad. Además el poder que es objeto de estudio está sujeto a término, puesto que su vigencia se limita a aquello que tenga lugar antes: un año o la celebración de nueva Junta general (v. art. 1224 del Código civil).

Por otra parte, podemos también valorar la solución que la DGRN propone como conveniente para evitar estos casos de acefalia. Como bien dice el Centro Directivo, la designación de administradores suplentes es la fórmula más adecuada para evitar la acefalia por no requerir la celebración de nueva Junta general. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la solución propuesta por la Dirección General no nos parece conveniente, pues de la literalidad del artículo 216 del TRLSC se desprende —en el mismo sentido es el parecer del propio Centro Directivo— que el cese debe ser definitivo para que la sustitución opere, por lo que en casos de incapacidad temporal no tendría efecto la solución del citado artículo. Con el otorgamiento del poder preventivo se consigue el mismo resultado para el caso de incapacidad temporal, evitando así los inconvenientes propios de la acefalia en estos casos concretos. En conclusión, entendemos plausible el método usado por los administradores sociales, toda vez que evita los problemas de acefalia y amplía los supuestos en los que opera.

Asimismo, coincidimos con la Dirección General en la interpretación de la duración del poder, pues para el caso de incapacitación temporal admitir que ésta lleva consigo una vigencia temporal del poder sería lo mismo que entender que el contrato puede ser interpretado aisladamente.

Sin embargo, la conclusión anterior arroja interesantes consecuencias en el caso de incapacitación temporal de uno de los administradores. Así, la interpretación sistemática de ambas cláusulas nos hace concluir que el poder sólo puede fenecer por el transcurso de un año, o por la designación de un nuevo administrador en Junta general. ¿Qué ocurriría si, tras una incapacitación temporal de uno de los administradores, éste recobra la capacidad? ¿Podría revocarse este poder?

Respondiendo a la primera cuestión planteada, podemos plantear la cuestión desde un doble punto de vista. Podemos entender que el administrador puede para tal caso seguir ejerciendo su cargo hasta que transcurra el año mencionado o se produzca la Junta general. De esta forma, y hasta que transcurra uno de estos eventos, el administrador cuya capacidad ha sido recobrada seguiría siéndolo, sin perjuicio de que el poder siga vigente. Ello conllevaría la posibilidad de que el administrador que no se ha visto afectado por la incapacidad temporal puede por

sí mismo, y en cuanto a apoderado del otro, realizar los actos propios de la administración social. Queremos decir con esto que durante este tiempo uno de los administradores podrá actuar de facto como si fuera administrador único, siendo el régimen del otro administrador el mismo que antes del inicio de los efectos del poder, esto es, mancomunado. Sin embargo, adoptar esta posición conllevaría la de configurar el poder no como preventivo, sino como ordinario, pues seguiría produciendo efectos aun dejando de existir la condición que le sirve de fundamento. Se nos suscita la duda de si la recuperación de la capacidad es causa de extinción del poder.

Hechas las consideraciones anteriores acerca de las consecuencias de una posible incapacitación temporal, no podemos olvidar que el poder, por su propia naturaleza, es revocable (art. 1733 CC). Por consiguiente, hemos de concluir que el poder puede quedar sin efecto a voluntad del administrador que ha sufrido la incapacidad temporal.

Finalizamos el presente artículo valorando la respuesta de la Dirección General a la calificación de la registradora. Entendemos que la misma carece de todo fundamento, pues admitir esta postura sería equivalente a admitir que ninguna condición es susceptible de inscripción siempre que su cumplimiento quede determinado por circunstancias extrarregistrales. Los límites de la calificación registral, a nuestro juicio, y habida consideración al innegable interés que presenta para terceros el conocimiento de la administración social, deben pasar por admitir de manera generosa la libertad de pacto del artículo 1255 del Código civil, así como lo dispuesto en el artículo 28 del TRLSC. No obstante, no podemos desconocer que esta libertad de contratación siempre tendrá un límite: los principios configuradores del tipo social, que en este caso no se quiebran.

En conclusión, entendemos, junto con la Dirección General de los Registros y del Notariado, que siendo relevante el negocio jurídico sustantivo a efectos del correcto desenvolvimiento de la vida de la sociedad, procede su inscripción, sin perjuicio de ser necesario acreditar el cumplimiento de la condición para el inicio de los efectos de los poderes.



## **REDUCCIÓN DE CAPITAL CON RESTITUCIÓN DE APORTACIONES: ¿MAYORÍA O UNANIMIDAD? (A PROPÓSITO DE LA RDGRN DE 16 DE MAYO DE 2018)**

JUAN MADRIDEJOS VELASCO  
*Notario*

### **RESUMEN**

En este artículo se comenta la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de mayo de 2018, en la que se discute si una reducción de capital con restitución de aportaciones en una sociedad limitada puede ser impuesta por la mayoría o es necesaria la unanimidad y si, en caso de que se acuerde compensar un crédito, es necesario el consentimiento individual del socio afectado o no.

**Palabras clave:** reducción de capital, restitución de aportaciones, compensación de créditos, acuerdo de Junta, mayoría, unanimidad.

## **CAPITAL REDUCTION WITH RESTITUTION OF CONTRIBUTIONS: A MAJORITY DECISION OR UNANIMITY? (APROPOS THE DGRN RESOLUTION DATED MAY 16TH, 2018)**

JUAN MADRIDEJOS VELASCO  
*Notary Public*

### **ABSTRACT**

This article discusses the resolution issued by the Directorate General for Public Registries and Notaries Public (DGRN) dated May 18th, 2018, which analyses whether a capital reduction with restitution of contributions in a limited liability partnership can be imposed by the majority or it is necessary to have unanimity and, if it is resolved to



JUAN MADRIDEJOS VELASCO

compensate a credit, whether or not it is necessary to obtain the individual consent of the partner affected.

**Key words:** capital reduction, restitution of contributions, compensation of credits, general meeting resolution, majority, unanimity.

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES.—II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE MAYO DE 2018.

## I. ANTECEDENTES

El discurrir fáctico de la resolución que nos atañe es el siguiente: la Junta general de una sociedad limitada se reúne con la asistencia del 85,7028% del capital social y por unanimidad de los asistentes acuerda reducir el capital social con devolución de las aportaciones a los socios. Además, con el voto a favor del 83,3326% del capital se decide el modo y el procedimiento de ejecución de la reducción, que se realizaría con una disminución del valor nominal de todas las participaciones sociales y con la consiguiente restitución de las aportaciones mediante entrega de cheque nominativo a los socios, salvo a uno de ellos, al que la devolución se haría en parte por cheque nominativo y en parte por compensación de un crédito del que es titular frente a la sociedad. Se presenta la particularidad de que el socio que no vota a favor de la manera de llevar a cabo la restitución es respecto al cual se pretende compensar el crédito.

Estos acuerdos se elevan a público y se presentan a inscripción, apreciando el registrador mercantil dos defectos subsanables, junto a un tercero insubsanable que no consideraremos, pues tras el recurso no lo mantendrá.

El primero de ellos es que entiende preciso el consentimiento individual de cada uno de los socios para la reducción de capital por restitución de las aportaciones en los casos en que es voluntaria, a diferencia de los supuestos en que cree que rigen las mayorías, que para él serían las reducciones de carácter necesario (como la compensación de pérdidas) o las neutras (como las constituciones de reservas).

Frente a esta consideración, en el recurso interpuesto por la administradora única de la sociedad que pretende inscribir, se aduce que no hay trato discriminatorio a ningún socio, pues se estaría respetando el principio de igualdad, al mantenerse por cada socio un porcentaje de participación en el capital social disminuido igual al que se tenía antes del acuerdo de reducción. Ello se apoyaría, además, en

que el principio de protección al socio no es absoluto, pues como concepto jurídico indeterminado debe ser moderado en el sentido de que su interpretación no ha de llevarse al extremo, pues ello podría conllevar que prevaleciera la minoría sobre la mayoría y no hay que olvidar que el régimen general es que los acuerdos sociales se adoptan por las mayorías que la Ley de Sociedades de Capital fija y la necesidad de consentimiento individual ha de ser una excepción a aplicar en los casos que la propia ley lo contemple de una manera expresa.

Por otro lado, el otro defecto subsanable que el registrador califica negativamente es que para compensar un crédito en una reducción de capital considera que siempre ha de consentir el socio deudor.

Contra esta argumentación, la parte recurrente alega que el socio votó a favor de la reducción y que aunque no votara a favor del modo y procedimiento de reducción tampoco votó en contra ni se opuso, lo que entiende que puede conllevar una sobreprotección del socio por el registrador, pues sí parece claro que está interesado en la reducción del capital.

Tal vez podría haberse esgrimido que tras la reforma del régimen de impugnación de los acuerdos sociales por ley 31/2014, de 3 de diciembre, son impugnables los acuerdos sociales adoptados de manera abusiva por la mayoría, acuerdos que, según la definición que da el propio artículo 204 de la LSC, son *«los que sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios»*. De manera que partiendo de la regla general del Derecho de que está permitido todo lo que la ley no prohíbe, parece que la abusividad debe ser valorada en cada caso concreto considerando todos los factores concurrentes en la adopción del acuerdo y que la defensa del socio ante tales abusos se da por la vía de la impugnación y no por la de la calificación registral, que ha de valorar exclusivamente que el acuerdo es legal y no si un acuerdo puede ser abusivo, pues ello conllevaría la impugnabilidad, pero no la ilegalidad ni la nulidad *per se*, máxime cuando ha de dilucidarse si el acuerdo responde a una necesidad razonable de la sociedad, lo que es una labor cuyo buen éxito es sin duda muy difícil, tal vez imposible, que se lograra por el registrador.

También, para defender que la reducción se ejecute por compensación de un crédito, en el recurso se resalta que el 318 LSC sienta que el acuerdo expresará *«la suma que haya de abonarse, en su caso, a los socios»* y *«en su caso»*, lo que hace referencia a la posibilidad de que el pago se lleve a cabo de otra forma y que no hay ninguna norma que en nuestro Derecho societario prohíba la compensación como medio de pago de las participaciones que se tenía en el capital reducido.

Además, el recurrente resalta que la compensación es un medio de extinción de las obligaciones regulado en nuestro ordenamiento jurídico y que el TS ha

afirmado que la compensación tiene carácter automático cuando concurren los requisitos legalmente establecidos en el artículo 1196 del CC.

Entiendo que aquí, en el carácter automático o no de la compensación, podría estar una de las claves acerca de si la compensación ha de admitirse como medio de pago de una reducción de capital con restitución de las aportaciones, pues partiendo de que no hay norma societaria que expresamente requiera el consentimiento individual para el pago del capital reducido mediante compensación, si la compensación se produce de forma automática (lo que no es cuestión pacífica) compensar un crédito equivaldría a la entrega de efectivo o un cheque. Ello lo exigiría la economía jurídica, pues si la sociedad ha de entregar un dinero y la compensación se produce de manera automática, la obligación de la sociedad de pagar al socio por la cantidad en que se reduce el capital que a éste correspondería se extingue en la cantidad en que el socio es deudor a la sociedad desde el mismo momento en que se acuerda la reducción de capital con restitución de aportaciones, pues lo exige el CC, que actuaría con carácter supletorio de la legislación mercantil a falta de norma especial más específica. Sin embargo, si la compensación no fuera automática, como entiende otro sector doctrinal, el discurrir lógico que acabo de expresar no sería imperativo, pues la sociedad habría de alegarlo, como parece que estaría efectuando al acordar la reducción con compensación, pero siempre la otra parte podría oponerse cuando no se dieran los requisitos del art. 1196 CC. Aun en este caso, podría entenderse que el registrador no podría rechazar la compensación como medio de pago del capital reducido si se cumplen los requisitos del art. 1196 del CC y que es el deudor el que habría de defenderse.

## **II. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE MAYO DE 2018**

Hasta aquí la calificación registral y el recurso. Veamos qué dictamina la Dirección General de los Registros y del Notariado. Respecto a la primeras de las cuestiones, esto es, si han de consentir todos los socios para que sea inscribible un acuerdo de reducción de capital por restitución de valor de las aportaciones entiendo que no es necesario. Esta decisión, a mi entender acertada, se fundamenta en una serie de motivos.

Así, que lo que exige la ley es la protección del socio y no su consentimiento individual y ello implica evitar el aguamiento de su posición, de manera que ha de mantenerse inalterado el porcentaje de cada socio en el capital para que el acuerdo pueda ser adoptado por mayoría. Sólo cuando se altere el porcentaje que el socio representa en la sociedad o la restitución de las aportaciones no se hiciera a prorrata los artículos 329 y 330 de la LSC precisarían el consentimiento individual de los afectados. Así, se apoya la DGRN en doctrina anteriormente sentada

en supuestos de operaciones acordeón, en que igualmente bastaría la mayoría siempre que se respete la posición social y se evite su dilución.

Por otra parte, el Centro Directivo, respecto al segundo tema en consideración, esto es, si procede la inscripción cuando la ejecución del acuerdo se ha realizado, en parte, mediante la compensación de una deuda de un socio que no ha prestado su consentimiento, toma una decisión a mi entender más discutible, seguramente influida porque la decisión no es tan clara como en el extremo anterior y los argumentos a favor de cada uno de las posibles soluciones tienen más peso jurídico.

Así, resuelve que es necesario el consentimiento individual del socio al que se va a restituir el capital reducido por compensación de créditos. Se basa en que pese a no hallarse una norma en la LSC que expresamente exija el pago en efectivo al socio, habría indicios de ello en el concepto de restitución de valor de los artículos 317, 329 y 330 LSC en sede de reducción y en el 393 LSC, éste en sede de liquidación, que entiendo esgrimido más de puntillas y cuyo tenor sienta el derecho de los socios a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación salvo acuerdo unánime. También trae a colación el art. 170 RRM. Por ello, aludiendo a la Resolución de 30 de julio de 2015, fija que la regla general es que el socio percibirá en dinero el valor de la aportación en caso de reducción, salvo pacto en contrario, que sólo podría darse en los casos en que se permitiera expresamente en los estatutos sociales o se acordara por unanimidad.

Hasta aquí todo correcto y bien fundamentado, pero dando un paso más la DG analiza si en ejecución del acuerdo de reducción el órgano de administración puede, unilateralmente, compensar determinado crédito que la sociedad ostenta contra el socio. Dilucida la DG y cito textualmente: *«La respuesta es forzosamente negativa por cuanto la compensación, como medio de extinción total o parcial de la obligación (artículo 1256 del CC), requiere de la concurrencia de unos requisitos cuya apreciación no puede quedar al arbitrio de una de las partes (artículo 1256 del CC), por lo que a falta de consentimiento no puede ser impuesto sino por resolución judicial»*. Creo que aquí la DG yerra, pues en este caso la compensación como medio de cumplimiento no está quedando al arbitrio de una de las partes ni exige un pacto individual, pues la compensación se produciría por haberlo establecido así la propia ley y no una de las partes.

## **DERECHO CONCURSAL**

### **LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN LA SOCIEDAD CONCURSADA (DOCTRINA DE LA DGRN EN SU RESOLUCIÓN DE 18 DE ENERO DE 2018)**

**CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA**  
*Notaria de Fuenlabrada*

#### **RESUMEN**

En este trabajo se analiza la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2018 que tiene por objeto la venta de la unidad productiva de una sociedad concursada a través de una subasta notarial. El interés de la resolución deriva de las conclusiones a que llega el Centro Directivo en cuanto a la normativa aplicable en materia de subastas concursales, cuestión que en la práctica resulta controvertida.

**Palabras clave:** venta, unidad productiva, concurso de acreedores, subasta notarial, normativa aplicable, tasación, plan de liquidación, juez del concurso.

### **THE SALE OF THE PRODUCTION UNIT IN AN INSOLVENT COMPANY (DOCTRINE OF THE DGRN IN ITS RESOLUTION DATED JANUARY 18TH, 2018)**

**CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA**  
*Notary Public in Fuenlabrada*

#### **ABSTRACT**

This paper analyses the Resolution of the Directorate General for Public Registries and Notaries Public (DGRN) dated January 18th, 2018, referring to the sale of the pro-

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

duction unit of an insolvent company through a notarial auction. The interest of this Resolution stems from the conclusions reached by the Management Centre with respect to the regulations applicable to matters related to insolvency auctions, an issue that is controversial in practice.

**Keywords:** sale, production unit, assemblies of creditors, notarial auction, applicable regulation, valuation, settlement plan, umpire of the insolvency.

**SUMARIO:** I. LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN SEDE CONCURSAL.—II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN DGRN DE 18 DE ENERO DE 2018.—III. LA OPINIÓN DEL CENTRO DIRECTIVO.—IV. CONCLUSIONES.



## I. LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN SEDE CONCURSAL

En nuestro ordenamiento, la finalidad primera de todo concurso es el mantenimiento de la actividad empresarial y una de las principales vías a estos efectos es la que introdujo la reforma operada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, al permitir la transmisión de la unidad productiva durante el procedimiento concursal.

¿Y en qué consiste la transmisión de la unidad productiva? A ella se refiere en primer término el art. 100.2 LC, que al regular el posible contenido de las propuestas de convenio contempla las *«proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada»*, en cuyo caso *«incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte»*.

La venta de la unidad productiva puede por tanto producirse en el marco de un convenio, en la fase común mediando la correspondiente autorización judicial (posibilidad a la que alude el art. 43.4 LC) o, lo que es más habitual, con ocasión de la liquidación. Y es precisamente dentro de la regulación de la fase liquidatoria donde se regula la venta de la unidad productiva, concretamente en el artículo 46 bis LC, que en sus dos primeros apartados señala lo siguiente: *«1. En caso de transmisión de unidades productivas se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de contratos afectos a la continuidad de la actividad profesional o empresarial cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte. La cesión de contratos administrativos se producirá de conformidad con lo dispuesto por el artículo 226 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

2. También se cederán aquellas licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional e incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las mismas instalaciones».

Centrándonos en la enajenación de la unidad productiva en fase de liquidación, materia que es objeto de la res. DGRN de 18 de enero de 2018, que analizaremos a continuación, podemos definir la «unidad productiva» como el conjunto organizado de medios materiales y humanos que permite desarrollar una determinada actividad económica y será la administración concursal quien haya de definir cuáles son elementos integrantes de una determinada unidad al elaborar el plan de liquidación. De hecho, nuestra normativa concursal apuesta decididamente por la transmisión de unidades de explotación frente a la venta aislada e independiente de los diferentes activos. En este sentido, el artículo 148.1 LC, al regular el plan de liquidación, dispone que «la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos».

En cuanto a los requisitos necesarios para la enajenación de la unidad productiva, la regla general es la utilización de la subasta pública. No obstante, el artículo 149 LC permite que el juez acuerde la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso; y, en todo caso, previa audiencia de los representantes de los trabajadores.

Finalmente, en cuanto a sus efectos, del art. 146 bis LC transcrito resulta que la misma conlleva no solo la cesión del conjunto de bienes y derechos integrantes de la unidad económica, sino también la cesión de todos los contratos asociados a la actividad empresarial sin necesidad de consentimiento de los contratantes cedidos. Tan solo se exceptúan las «licencias, autorizaciones o contratos en los que el adquirente haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse». Sin embargo, en el marco de los contratos laborales, rige lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de sucesión de empresa, lo que significa que el adquirente se subroga en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior. ¿Y qué decir de los créditos? El apartado 4 del art. 146 bis LC señala al respecto que «La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario...». Por tanto, la cesión de créditos no opera de forma automática, sino que habrá que estar a lo pactado. La única excepción es que los adquirentes sean personas especialmente relacionadas con el concursado.

## II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN DGRN DE 18 DE ENERO DE 2018

El supuesto de hecho objeto de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de enero de 2018 reviste cierta complejidad, si bien a los efectos del presente comentario podemos destacar los siguientes hitos:

- La sociedad «Galvanización Madrileña, S. A., habiendo sido declarada en concurso, se ve inmersa en la fase de liquidación que es aprobada judicialmente por auto de fecha 12 de diciembre.
- Mediante auto de fecha 6 de marzo de 2013 el Juzgado de lo Mercantil aprueba el plan de liquidación de la administración concursal en que estaba prevista la enajenación en pública subasta de la unidad productiva con que contaba la sociedad concursada, fijando como precio inicial el de 5.000.000 de euros, con la previsión de que, si quedaba desierta, debía convocarse una segunda subasta con un precio inicial de salida de 4.000.000 de euros y, de quedar esta segunda subasta también desierta, la administración concursal podría optar entre una tercera subasta con un precio de salida de 3.000.000 de euros o la enajenación directa en determinadas condiciones. Entre los bienes y derechos integrantes de la unidad productiva había un inmueble hipotecado en favor del Banco Santander para responder de un principal de más de 6.000.000 de euros.
- Al no haberse especificado en el plan de liquidación que la subasta a celebrar debía de ser judicial, y ante un escrito presentado por la administración concursal solicitando la celebración de la subasta de forma extrajudicial, el Juzgado de lo Mercantil, mediante providencia de fecha 7 de junio de 2016, acordó que la subasta pública de la unidad productiva pudiera ser, indistintamente, a criterio del administrador concursal, bien subasta judicial conforme al procedimiento establecido en los artículos 655 y siguientes LEC, bien subasta extrajudicial conforme al procedimiento establecido en los arts. 72 y siguientes LN «aunque sujeta en el fondo a lo previsto en los artículos 655 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento civil».
- A la vista de la reseñada providencia, la administración concursal requirió a un notario para la celebración de la subasta por vía electrónica a través del portal de la Agencia Estatal del BOE conforme a un pliego de condiciones firmado por la misma. En dicho pliego, en cuanto a los tipos y condiciones de la subasta se remitía a los artículos 670 y 671 LEC y en cuanto a la intervención de la entidad acreedora hipotecaria (Banco Santander), reproduciendo el contenido del auto de aprobación del plan de liquidación reseñado, se hizo constar: «se autoriza la activa participación del acreedor hipotecario sin necesidad de depósito, debiendo estarse a las normas del artículo 155.4 LC y artículo 670 LEC y concordantes, de tal modo que la admisión de precio inferior al fijado en la escritura de garantía real deberá

contar con la conformidad de la acreedora hipotecaria, quien, por sí o a través de la entidad del grupo, podrá adquirir tales bienes o derechos de modo directo, en pago de su crédito (total o parcialmente, siendo el resto ordinario) o en adjudicación en escritura pública, pero en todo caso deberá transmitirse libre de cargas, salvo subrogación hipotecaria igualmente autorizada y consentida por la acreedora titular de la garantía real».

- En la subasta, el único postor fue el Banco Santander, que realizó una puja superior al 50% del precio de salida (los 5.000.000 de euros).
- El 2 de diciembre comparecieron ante el notario el administrador concursal y el Banco Santander, haciendo constar la administración concursal que no podía presentar a un tercero que mejorase la postura.
- En escritura pública de 12 de diciembre de 2016 se firmó por la administración concursal y el Banco Santander la compraventa de la unidad productiva por el precio de remate, compensándose parcialmente con el crédito hipotecario de que era titular la entidad de crédito compradora y quedando el resto reconocido como crédito ordinario en el concurso de acreedores.
- Otorgada la escritura y a solicitud de la administración concursal se dictó mandamiento judicial para la cancelación de las cargas que afectaban a la finca.

Presentada la escritura de venta de la unidad productiva para la inscripción del inmueble que formaba parte de la misma, el registrador emite una extensa calificación negativa, basada fundamentalmente en:

- En el plan de liquidación se contemplaban tres subastas con precios de salida distintos, de lo que puede inferirse que ni en la primera ni en la segunda subasta podían admitirse posturas inferiores al precio inicial de salida.
- La previsión de tres subastas con precios iniciales de salida mínimos no queda desvirtuada por la previsión contenida en el auto de aprobación del plan en que se exige el consentimiento de la acreedora hipotecaria para la admisión de un precio inferior al fijado en la escritura de constitución de garantía real, ya que, a su juicio, tal previsión está pensada exclusivamente para los supuestos de enajenación directa.
- Y a la misma conclusión llega al analizar la providencia de 7 de junio de 2016, por entender que mediante mera providencia ni puede modificarse el plan de liquidación ni puede derogarse el régimen legalmente previsto para las subastas notariales en los arts. 72 y siguientes RN; además de entender que, por aplicación de los artículos 665 y siguientes LEC que la

propia providencia declara aplicables, con ocasión de la subasta notarial se debería haber tasado la unidad productiva.

Ante tal calificación negativa recurre la administración concursal alegando principalmente lo siguiente:

- Que habiéndose realizado la subasta notarialmente, tal y como había autorizado el juez del concurso mediante la mentada providencia, fue adjudicada la unidad productiva por un valor superior al 50% del precio de salida al único postor, el Banco Santander.
- Y que con posterioridad a la adjudicación, el juez dictó mandamiento de cancelación de cargas.

Por su parte, el notario autorizante realiza una serie de alegaciones, entre las que cabe destacar las siguientes:

- Que la subasta notarial se celebró con arreglo a la legislación aplicable a través del portal electrónico de subastas partiendo de la valoración atribuida en el plan de liquidación por la administración concursal y no alterado por el auto judicial. Además, tanto el acreedor como el deudor ejecutado, junto con la administración concursal, prestaron su conformidad a los términos de la subasta, lo que sin duda incluía el valor atribuido al activo subastado.
- Que la subasta se celebró sin sujeción a puja mínima en aplicación del artículo 670 LEC, que permite pujas por debajo del valor de salida y que se cumplió lo prevenido en dicho artículo.
- Que en la providencia de 7 de junio de 2016 se determinó la sujeción de la subasta a determinados preceptos de la LEC y, en concreto, al art. 670 LEC, preceptos que resultan de preferente aplicación al supuesto de hecho, mientras que la regulación contenida en la Ley del Notariado, en particular el art. 74.3 LN, tendría un carácter supletorio. .

### III. LA OPINIÓN DEL CENTRO DIRECTIVO

A raíz de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente, el registrador y el notario autorizante de la escritura, la Dirección General de los Registros y del Notariado concluye lo siguiente:

1. Ante la pregunta de si la venta de la unidad productiva puede realizarse mediante subasta notarial electrónica, el Centro Directivo resuelve de forma positiva en el caso concreto por entender que, aunque el registrador pueda conocer e interpretar las resoluciones judiciales que sirven de base

a los actos dispositivos —en el supuesto de hecho, la providencia de 7 de junio de 2016—, no puede entrar a calificarlas.

2. En cuanto a la cuestión de si la subasta se realizó con arreglo a las reglas contenidas en el plan de liquidación aprobado por el juez del concurso, y por tanto puede inscribirse registralmente la transmisión del inmueble, la DGRN entiende:
  - Que el registrador puede entrar a calificar si la operación de liquidación— en este caso, la venta de la unidad productiva— es congruente o no con el plan de liquidación aprobado por el juez, con o sin modificaciones o, en defecto de específica previsión o aprobación, con las reglas legales de aplicación supletoria. Para ello, si en el auto aprobatorio no está reproducido íntegramente el plan de liquidación deberá aportarse testimonio del mismo.
  - Que en el supuesto de hecho estamos ante un problema de interpretación del plan de liquidación. En el caso concreto, el plan de liquidación objeto de interpretación no es el inicialmente presentado por la administración concursal, sino el aprobado por auto judicial de 6 de marzo de 2013 y en el que se introdujeron determinadas reglas a instancia de la acreedora hipotecaria, lo cual es conforme con la nueva redacción del art. 148.2 LEC, que permite al juez del concurso modificar el plan de liquidación presentado por la administración concursal.
  - Que en la práctica son frecuentes las dudas interpretativas a la luz del plan de liquidación aprobado, con modificaciones en su caso por la autoridad judicial, como en el supuesto objeto de recurso, donde, junto al requisito de precio mínimo decreciente en tres subastas, se admiten pujas por debajo del precio fijado de existir conformidad de la acreedora hipotecaria.
  - Que, en el supuesto de hecho, la providencia de 7 de junio de 2016 no puede considerarse una modificación del plan aprobado, puesto que cualquier modificación exigiría que dicha modificación se verificase cumpliendo los mismos requisitos que para su aprobación inicial. No obstante, a juicio del Centro Directivo, la aclaración de la autoridad judicial en dicha providencia acerca de la posibilidad de optar por la subasta notarial, con sumisión en este caso a las reglas de la LEC, no aporta nada nuevo porque a su juicio resultan de aplicación determinadas reglas de la LEC a cualesquiera subastas concursales.
  - En cuanto a qué normas de la LEC son de aplicación a las subastas concursales judiciales o notariales y, en concreto, si es necesaria o no una tasación específica de inmueble objeto de subasta, el Centro Directivo resuelve en sentido negativo por entender que hay que estar

a la valoración del bien efectuada por la administración concursal en el inventario provisional que deviene definitiva de no haber sido impugnada. El único supuesto en que es necesaria una tasación del bien, de cara a su subasta en el marco concursal, sería aquel en que la realización de un bien o derecho se realiza fuera del concurso, es decir, a través de ejecución separada, pues el oferente solo puede realizar una puja inferior al precio al mínimo si lo es «a valor de mercado, según tasación oficial actualizada por entidad homologada» (art. 155.4, párrafo segundo, en relación con el art. 149.2 LC).

- En el caso dado, de los antecedentes no resulta cuál ha sido la valoración atribuida en el inventario a la unidad productiva, pero sí la fijación por la administración concursal de un precio de salida de la primera y sucesivas subastas y además, pese a poder resultar paradójico, el juez ha autorizado la puja por precio inferior de existir conformidad del acreedor hipotecario, como ocurre en el supuesto de hecho. Es por ello que el Centro Directivo, partiendo de que cualquier interpretación del plan junto con sus modificaciones debe realizarse del modo más adecuado para que unas y otras surtan efecto, concluye señalando que resulta admisible la puja por debajo del precio inicial siempre que se respeten los límites fijados por el art. 670 LEC —el cual entiende aplicable en virtud de lo establecido en el art. 72.2 LEC y de la remisión contenida en las resoluciones judiciales—, es decir, que se supere el 50 por 100 del precio mínimo inicial, lo que se ha cumplido en el supuesto objeto de análisis.

Por todo lo anterior, la DGRN revoca la calificación del registrador estimando el recurso interpuesto.

#### IV. CONCLUSIONES

Del prolijo recurso objeto de estos comentarios pueden extraerse las siguientes conclusiones de interés:

- Que la venta de la unidad productiva o de cualquier otro activo del concurso en fase de liquidación ha de ajustarse al plan de liquidación aprobado judicialmente, de ahí la conveniencia, si no está transcrito en el auto, de solicitar un testimonio del mismo.
- Que el plan de liquidación puede ser objeto de modificación por la autoridad judicial con ocasión de su aprobación, si bien cualquier modificación posterior —no una mera aclaración— deberá someterse a los requisitos exigibles para su aprobación.



CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

- Que la unidad productiva puede enajenarse por medio de subasta judicial o notarial, siempre de conformidad con el plan de liquidación y con sumisión a determinadas normas de la LEC, entre las que puede destacarse el art. 670 LEC.
- Que en el marco concursal las enajenaciones mediante subasta pública no exigen una tasación específica del bien objeto de enajenación, salvo que se trate de ejecuciones separadas.

## **RECENSIONES**



**LA EMPRESA FAMILIAR: ANÁLISIS  
PARA UNA PROPUESTA DE REFORMA INTEGRAL  
EN EL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL**

Autor: FRANCISCO JAVIER OLMEDO CASTAÑEDA

Tesis doctoral defendida por el autor en la Universidad de Salamanca el día 8 de enero de 2016, con la calificación de sobresaliente «cum laude»

MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ  
*Notario de Granada*

**FAMILY BUSINESSES: ANALYSIS FOR A PROPOSED  
COMPREHENSIVE REFORM OF PRIVATE PROPERTY  
LAW**

Author: FRANCISCO JAVIER OLMEDO CASTAÑEDA

Doctoral thesis defended by the author at the University of Salamanca on January 8th, 2016, with a final mark of excellent “cum laude”

MARÍA TERESA BAREA MARTÍNEZ  
*Notary Public in Granada*

El trabajo de tesis doctoral al que estas líneas se refieren aborda, bajo un prisma jurídico e integral y no meramente economicista, el estudio de una cuestión de gran actualidad y ampliamente debatida en la literatura jurídica, si bien con escaso reflejo hasta ahora en una (muy necesaria) reforma legislativa de profundo calado: la cuestión de la “sucesión en la empresa familiar”, con toda la problemática asociada a la misma, que dificulta o incluso impide en ocasiones el tránsito

intergeneracional de las empresas de carácter familiar, claves para la generación de empleo y la productividad de toda economía de mercado.

El autor del trabajo, tras un minucioso estudio jurídico de diversas instituciones de nuestro Derecho privado (común y especial o foral), especialmente interesantes para articular en torno a ellas un coordinado y eficaz tratamiento del problema de la sucesión en la empresa familiar, invita a reconsiderar algunos de los principios de nuestro Derecho patrimonial y formula una serie de propuestas de *lege ferenda* encaminadas a actualizar o dar un nuevo sentido y utilidad a aquellas instituciones, siempre bajo la premisa de que el Derecho privado debe servir a los principios fundamentales de la justicia y la libertad civil y debe proteger asimismo la seguridad del tráfico jurídico, siendo digno de mención en este punto el valor añadido que aporta un sistema de seguridad jurídica preventiva como español con su control de legalidad *ex ante* confiado al Notariado. En línea con lo anterior, se destaca una doble necesidad: de un lado, la necesidad de reconsiderar y reinterpretar los principios y bases tradicionales de nuestro Derecho privado patrimonial (en especial de nuestro Código Civil de Derecho común) para adaptarlos a la nueva realidad social y económica; y, de otro lado, la necesidad de poner en valor el papel que el Derecho y la dogmática jurídica tienen en la resolución de los problemas que atañen a la empresa familiar, evitando que el enfoque de tales problemas se realice exclusivamente desde una perspectiva economicista.

Entrando en el estudio de instituciones concretas cuya reforma puede contribuir a solventar los problemas a los que se enfrenta la sucesión en la empresa familiar, el autor centra su atención en las siguientes:

**i) Reforma del sistema legitimario de Derecho común.** Considera el autor razonable, justo y adaptado a las nuevas exigencias de este tiempo la configuración de la legítima de los descendientes con carácter alimenticio, lo que se traduciría en el reconocimiento legal de derechos legitimarios única y exclusivamente en los casos de notoria y evidente necesidad por los parientes más próximos del causante. Por el contrario, entiende que la legítima de los padres debe mantenerse por razones de justicia y reciprocidad, máxime teniendo en cuenta las actuales circunstancias familiares y sociales (como la mayor esperanza de vida o el aumento de los casos de enfermedades degenerativas). Asimismo, subraya que ha de fortalecerse la posición jurídica del cónyuge viudo mediante una nueva configuración de su legítima, de tal modo deje de ser atribuida en usufructo y pase a serlo en pleno dominio, anteponiéndose además como heredero legal (en sede de sucesión intestada) a los padres del causante, en defecto de hijos y descendientes de ambos. Finalmente, sostiene que, para evitar que el sistema de legítimas siga representando un serio lastre para la continuidad y subsistencia de la empresa familiar, no tanto por su cuantía, sino por su naturaleza de *pars bonorum*, sería conveniente darles el carácter de *pars valoris* o simple derecho de crédito reclamable por el legitimario contra el heredero, en consonancia con la tendencia dominante en el Derecho comparado y en las legislaciones españolas forales.

**ii) Admisión de los contratos sucesorios al servicio de la libertad dispositiva *mortis causa* del causante.** El principio general de prohibición de los pactos sucesorios en el ámbito del Derecho común, consagrado en los artículos 816 y 1271.2 del Código Civil, constituye una seria restricción a la autonomía de la voluntad. El contrato sucesorio es un instrumento formal que permite dar cauce jurídico a la voluntad de los otorgantes, con unas peculiaridades propias y específicas que lo distinguen del testamento, ampliando así el abanico de posibilidades que el Derecho pone a disposición de los particulares a fin de que puedan ejercer la libertad civil o derecho de autonomía privada, por todo lo cual —concluye el autor— la contratación sucesoria debe potenciarse. Así, en el caso concreto de la sucesión en la empresa familiar, el contrato sucesorio puede ser un instrumento negocial idóneo para asegurar su conservación y continuidad intergeneracional, siendo prueba inequívoca de ello su admisión y regulación generalizada en las legislaciones forales (donde ha existido tradicionalmente una fuerte vinculación entre la propiedad y la familia).

**iii) Revitalización de la sustitución fideicomisaria.** El instituto jurídico de la sustitución fideicomisaria es hoy una figura residual, de escasa aplicación práctica, salvo en supuestos puntuales en los que se pretende predeterminar la trayectoria *mortis causa* de determinados bienes del testador, a fin de asegurar su continuidad en el ámbito familiar. Por ello, pone de relieve el autor la conveniencia de reconsiderar el régimen legal de la sustitución fideicomisaria plasmado en la parca regulación del Código Civil, con el fin de revitalizar la figura y evitar que caiga en desuso y, más concretamente, de fomentar su aplicación a la sucesión en la empresa familiar.

**iv) Regulación del negocio jurídico fiduciario y de la fiducia sucesoria.** No se trata en este punto de recibir sin más en nuestro Derecho la figura del *trust* anglosajón, sino de emprender las reformas legales necesarias para proporcionar un marco jurídico general a la institución de la fiducia, tanto en sus manifestaciones entre vivos como por causa de muerte, pues su falta de regulación actual ha motivado una abundante jurisprudencia poco clarificadora. Respecto del negocio fiduciario, propugna el autor que se reconduzca hacia la utilización de otras figuras negociales típicas dotadas de regulación legal, lo que contribuiría a reforzar notablemente la seguridad jurídica. Y la fiducia sucesoria, por su parte, debería ser objeto de una regulación jurídica más pormenorizada en el ámbito del Derecho común, superando de este modo la escueta y farragosa normativa contenida en el artículo 831 del Código Civil, lo cual podría contribuir a garantizar la conservación y continuidad de la empresa familiar al ponerse a disposición del empresario un nuevo instrumento jurídico de ordenación y planificación sucesoria para cuando él fallezca, consistente en delegar en el fiduciario la designación del sucesor más idóneo para continuar al frente de la empresa, estableciendo entre tanto unas reglas de administración de la misma.

**v) Fundaciones familiares.** La fundación familiar, entendiendo por tal la que se constituye *ad hoc* para asegurar la conservación de una empresa o patrimonio

nio familiar debería admitirse expresamente en nuestro ordenamiento jurídico al constituir un óptimo y adecuado instrumento jurídico de planificación sucesoria de la empresa dentro de la familia. La admisión de esta figura, como destaca el autor, supondría superar viejos recelos del legislador decimonónico y comprender que en la fundación familiar coexisten dos fines: la conservación de la empresa familiar y la prosperidad general (derivada de aquélla).

**vi) Reforma de algunos planteamientos tradicionales del Derecho de sociedades.** Es preciso avanzar hacia una reordenación general del Derecho regulador de las sociedades de capital, mediante un claro replanteamiento del modelo tipológico legal. Los nuevos modelos legales de sociedad deben responder de manera efectiva a las diferentes formas de organización empresarial que demanda la sociedad de nuestro tiempo, delimitándose con claridad los elementos estructurales que caracterizan cada tipo societario con la evidente finalidad de ofrecer un cauce jurídico adecuado a las distintas pretensiones de los operadores económicos, permitiendo a éstos la elección del tipo legal que más se ajuste a su voluntad. Ello hace aconsejable una reformulación de los dos tipos societarios principales, como son la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, así como la posible regulación de un tipo societario específico que, a modo de “sociedad familiar”, canalice las singularidades de la empresa familiar que pretenda revestir forma societaria. Es conveniente, en todo caso, que exista un estatuto jurídico *ad hoc* para la empresa familiar, que unifique e integre la actualmente fragmentaria regulación de las especificidades de la misma.

**vii) Coordinación del Derecho tributario con el Derecho civil y mercantil sustantivo.** La fiscalidad —advierte el autor— no debería condicionar la celebración de un negocio jurídico determinado realmente querido por los interesados. La virtualidad y operatividad jurídicas de diversas instituciones civiles quedan muy limitadas por los contraproducentes efectos derivados de su fiscalidad, reduciendo así de forma preocupante el margen de actuación del operador del Derecho o jurista práctico a la hora de buscar los instrumentos jurídicos idóneos y más adecuados para dar cauce legal a la voluntad de los particulares y contribuyendo con ello a un preocupante empobrecimiento de nuestro Derecho. Se propugna, en definitiva, la necesidad de que la normativa fiscal estimule —y no desincentive— la utilización de las instituciones jurídico-civiles.

**viii) Consolidación de la seguridad jurídica preventiva como valor de primer orden que debe ser salvaguardado.** El notario es el profesional en torno al cual debe construirse el eje vertebrador en la configuración de nuestro Derecho privado, tanto por su alta cualificación en esta disciplina como por su neutralidad e imparcialidad y su intervención como controlador de la legalidad *ex ante*, labor que contribuye de forma decisiva a garantizar la imprescindible seguridad jurídica como valor de primer orden y principio que informa el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico (ex artículo 9.3 de la Constitución Española) y que se antoja también clave para asegurar el desenvolvimiento en el tráfico de la empresa familiar y para garantizar su sucesión futura.



## 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 Redacción

- El Consejo de Redacción se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Redacción asume la responsabilidad de aceptar o rechazar los trabajos recibidos, basando sus decisiones en criterios científicos y en el juicio emitido por los evaluadores externos.
- El Consejo de Redacción se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constatare que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Redacción velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.