



Cuadernos de Derecho y Comercio

71

**Consejo General
del Notariado**

**Junio
2019**



Cuadernos de Derecho y Comercio 71

Junio 2019
Revista semestral
Consejo General del Notariado

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

Todos los trabajos publicados son originales.

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

Edita: LEFEBVRE-EL DERECHO, S. A.

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

Preimpresión:
PRINTING'94, S. L.
C/ Orense, 4 (2.ª planta)
28020 Madrid

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

CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

COLABORADORES PERMANENTES

Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny	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- 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

El relieve del derecho de sociedades para la ordenación jurídica de las empresas de economía social / The importance of company law to the legal ordination of social economy companies, <i>por José Miguel Embid Irujo</i>	15
La esperada reforma del artículo 348 Bis de la Ley de Sociedades de Capital / The expected amendent of article 348 BIS of the spanish corporations law, <i>por M^a Mercedes Curto Polo</i>	49
Seguridad jurídica y sostenibilidad / Legal security and sustainability, <i>por Ignacio Navas Olóriz</i>	99
Representación voluntaria y relación jurídica subyacente: postura reciente del Tribunal Supremo y de la DGRN / Voluntary representation and underlying legal relationship: recent position of Supreme Court and DGRN, <i>por Eduardo Hijas</i>	115

PRÁCTICA JURÍDICA

Guía notarial para la aplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario / Notarial guide about the real estate credit contract law, <i>por Ricardo Cabanas Trejo, Cristina Marqués Mosquera y Amanay Rivas Ruiz</i>	163
--	-----

SUMARIO

Guía práctica del acta de acuerdo extrajudicial de pagos de deudor persona no empresaria o profesional / Practical guide to the extra-judicial decision payment agreement of persons not business or professional, <i>por Blanca de la Cámara Entrena y Lucía Gil López de Sagredo</i>	231
--	-----

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

Aportaciones sin aumento de capital. Una fisura en el sistema de las sociedades de capital / Contribution of assets without an increase in share capital. A breach in the system of capital companies, <i>por Juan E. Ballester Colomer y Leticia Ballester Azpitarte</i>	243
---	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho contractual

El TJUE y el vencimiento anticipado por impago en préstamos hipotecarios con consumidores: a vueltas con la inseguridad jurídica. / The Court of Justice of the European Union and early maturity due to non-payment in mortgage loans with consumers: legal uncertainty goes on, <i>por Cristina Marqués Mosquera</i>	271
--	-----

Derecho societario

Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018 sobre la asistencia financiera prohibida / Commentary on the judgment of the Supreme Court of October 1, 2018 on prohibited financial assistance, <i>por Jesús Leonart Castro</i>	283
La convocatoria de la junta general de las sociedades de capital / The call for the general meeting of capital companies, <i>por Santiago Pérez Ramos</i>	295

Derecho concursal

Créditos contra la masa en el concurso consecutivo (art. 242.2 LC), con especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2019 / Claims against the estate in the consecutive arrangement (article 242.2 LC), with special reference to the Supreme Court judgment of February 13, 2019, <i>por Amanay Rivas Ruiz</i>	301
---	-----

RECENSIONES

Álvaro Sendra Albiñana: El beneficio de exoneración del pasivo insatis- fecho / The benefit of exemption from unsatisfied liabilities, <i>por Rafael</i> <i>Bellido Salvador</i>	325
Iratí Basoredo-Otzerinjauregi: La asignación del riesgo de la contrapresta- ción en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato / The allocation of risk of contribution in international sale by type of merchandise and model of contract, <i>por José María Montero</i> <i>Giménez</i>	331

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL RELIEVE DEL DERECHO DE SOCIEDADES PARA LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL¹

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

RESUMEN

El Derecho de la Economía social es una rama jurídica de reciente formación en la que se integran entidades de distinta naturaleza (cooperativas, sociedades laborales, fundaciones, etc.) unidas por el propósito de reconciliar la actividad empresarial con la utilidad social. Su regulación es, por regla general, insuficiente e insatisfactoria, por lo que el presente artículo propone tomar en consideración el Derecho de sociedades de capital para conseguir su más adecuada evolución.

Palabras clave: Economía social, Derecho de sociedades de capital, cooperativas, sociedades, laborales, fundaciones.

¹ El presente trabajo amplía y desarrolla la ponencia que con el título «Derecho de sociedades y Economía social: nuevos retos» presenté en las Jornadas «Los nuevos retos de la regulación de las sociedades y de las cooperativas», en el marco de los Cursos de verano de la Universidad del País Vasco (San Sebastián, 28 y 29 de junio de 2018). Agradezco al profesor Alberto EMPARANZA su amable invitación. A su vez, el trabajo se integra en el proyecto de investigación «Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER 2017-83428P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales la profesora Lourdes FERRANDO VILLALBA y el autor.

THE IMPORTANCE OF COMPANY LAW TO THE LEGAL ORDINATION OF SOCIAL ECONOMY COMPANIES²

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Professor of Commercial Law Valencia University

ABSTRACT

The Law of Social Economy is a recent legal category in which different legal institutions (cooperatives, workforce owned companies, foundations, etc.) are integrated. All of them have the same purpose, i.e., to reconcile business activity with social utility. Its regulation is generally incomplete and unsatisfactory, so that this paper proposes to take into consideration the Company Law in order to achieve its more convenient evolution.

Keywords: Social Economy, Company Law, Cooperatives, Workforce Owned Companies, Foundations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA PARA EL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO. 1. Economía social y Economía mercantil. 2. El ánimo de lucro como criterio (equivocado) de diferenciación. 3. La necesidad de superar la «mentalidad defensiva» de la Economía social.—II. APUNTE SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL.—III. LA TESIS QUE SE PROPONE Y SU RELIEVE PARA LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL. 1. Enunciado: el Derecho de sociedades como factor de corrección y consolidación de la Economía social. 2. Una tesis no sólo normativa, sino de necesaria realización por la Jurisprudencia cautelar al amparo de la libertad contractual. 3. Coda: hacia la «mutua fecundación» de la Economía social y la Economía mercantil. 4. Metodología de tratamiento.—IV. LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL. 1. Los sistemas de delimitación. 2. El planteamiento del Derecho español. Especial referencia a la LES.—V. LA ORDENACIÓN NORMATIVA DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL. 1. Consideraciones generales: unidad o dualidad de regulaciones. 2. El papel del Derecho de sociedades en la ordenación normativa de las empresas de Economía social. A) Las entidades de base asociativa. B) Las entidades de base institucional.—VI. GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA. 1. Premisa. 2. El significado genérico de la RSC. 3. RSC y Economía social.—VII. *ESTÁTICA Y DINÁMICA* EN EL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: EL RELIEVE DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL.—VIII. CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y GRUPOS DE SOCIEDADES. SU RELIEVE EN EL SECTOR DE LA ECONOMÍA SOCIAL.—IX. CONSIDERACIONES FINALES.

² This work expands on and develops the paper titled «Company Law and Social Economy: new challenges» I presented at the Conference «The new challenges of the regulation of companies and cooperatives», within the framework of The University of Basque Country summer courses (San Sebastián, June 28 and 29, 2018). I thank Professor Alberto EMPARANZA for his kind invitation. In turn, the work is integrated into the research project «Organizational Phenomenology in Company Law: New Models of Corporate Enterprise» (DER 2017-83428P), granted by the Ministry of Economy and Competitiveness, of which the principal researchers are Professor Lourdes FERRANDO VILLALBA and the author.

I. INTRODUCCIÓN: UN PROBLEMA PARA EL DERECHO DE NUESTRO TIEMPO

1. Economía social y Economía mercantil

El título de este trabajo es el resultado de unir, con perspectiva actual y sobre todo de futuro, dos magnitudes que teniendo sólidos elementos de proximidad y de parentesco muestran, en apariencia, un llamativo carácter asimétrico. No obstante esta asimetría, la pretensión de asociar el Derecho de sociedades y la Economía social responde al propósito de dar asiento definitivo a lo que acabamos de denominar «sólidos elementos de proximidad y parentesco». Y es que, con dicha fórmula, no se trata sólo de realzar la cercanía o similitud de algunos puntuales extremos entre ambas magnitudes, sino que el fin principal es el de destacar la existencia de notorios presupuestos comunes, velados en muchas ocasiones, y susceptibles, en todo caso, de favorecer el tratamiento conjunto que aquí nos proponemos.

Es posible que tal pretensión parezca inadecuada o, lo que es peor, decididamente errónea para quienes deseen ver las dos categorías que nos ocupan de manera separada, sin posibilidad alguna de comunicación. Resulta necesario decir que esta inconveniente postura se da con mayor intensidad en el ámbito de la Economía social, como consecuencia de la presencia en su seno de una *mentalidad defensiva*, transformada hacia el exterior, no obstante, en una decidida postura de superioridad moral³. Esta presuposición es la segura consecuencia de lo que

³ Por eso es tan frecuente que, en el campo de la Economía social, siguiendo, como en tantas otras cosas, el planteamiento propio del mundo cooperativo, abunden las declaraciones genéricas, carentes, por lo común, de precisiones sobre las características efectivas de la actividad empresarial desarrollada por sus diferentes entidades. Declaraciones, por otra parte, que tienden a repetir conocidos planteamientos de orden cuasifilosófico, dotados de una considerable abstracción. Y es que, como autorizadamente se ha dicho entre nosotros (cfr. MARÍAS, J.: *Una vida presente. Memorias*, Madrid, Páginas de Espuma, 2008, p. 456), «es frecuente que en los escritos nacidos de una actitud

bien pudiera considerarse el *Leitmotiv* de la Economía social, es decir, el decidido intento de conciliar la actividad empresarial con la utilidad social⁴, dando a cada uno lo suyo⁵, a diferencia de lo que ocurriría en la Economía que, a falta de mejor calificativo, llamaremos mercantil.

Dicha pretensión de superioridad se ha asentado durante mucho tiempo en criterios axiomáticos, por no necesitar, desde la tradicional mentalidad predominante en la Economía social, prueba específica alguna. Con todo, la formación progresiva del Derecho de la Economía social a lo largo de los últimos años, en diversos Estados nacionales, como España⁶, así como en el ámbito de la Unión europea⁷, obliga a superar este planteamiento simplificador e impone la necesidad de dar fundamentos seguros a las formulaciones distintivas de este sector de actividad.

defensiva o polémica predomine una tendencia abstracta que deja escapar la realidad efectiva y concreta, por falta de una condición que me parece esencial a todo lo creador: holgura».

⁴ Así, acertadamente, ALCALDE SILVA, J.: «El marco jurídico de la Economía social en Chile: configuración actual y perspectivas», *CIRIEC-España*, 25, 2014, p. 6. Véase, en la doctrina española, PANIAGUA ZURERA, M.: *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, Madrid, Marcial Pons, 2011, especialmente pp. 81-102.

⁵ De acuerdo con uno de los enunciados (*sum cuique tribuere*) contenidos en los *tria iuris praecepta* de Ulpiano.

⁶ Además de las numerosas normas particulares existentes entre nosotros en el ámbito de la Economía social hay que mencionar aquí la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía social (en adelante, LES), cuyo art. 4 enumera unos «principios orientadores» que habrán de inspirar el funcionamiento de las entidades de Economía social. Tales principios son: «a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social. b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad. c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad. d) Independencia respecto a los poderes públicos».

⁷ No podemos entrar aquí en el análisis detallado de lo que cabe entender por «Economía social», dada la abundancia bibliográfica al respecto y la reiteración, en demasiadas ocasiones excesiva, que se observa entre quienes cultivan o pretenden cultivar esta materia. A fin de dejar sentadas unas premisas seguras, parece suficiente, a los efectos de este trabajo, con transcribir la amplia descripción de la Economía social que, a través de las empresas en ella insertas, formuló la Comisión europea en su informe de octubre de 2011, precisamente titulado «Iniciativa a favor de las empresas sociales» (*Social Business Initiative-SBI*). En tal sentido se afirma que la empresa social «es una entidad legal establecida bajo normas de Derecho privado e independiente del Estado y cualquier otra Administración pública, que tiene un exclusivo o, al menos, prevalente propósito de comunidad o interés general, y está sujeta a una restricción al menos parcial sobre el beneficio a distribuir, y más generalmente está sometida a reglas específicas sobre la distribución de beneficios y activos a lo largo de la vida de la sociedad, incluso en liquidación y en caso de pérdida de la calificación de empresa social». Sobre el estado de los trabajos en la Unión en materia de empresa y Economía social, véase MORENO SERRANO, E.: «Informe de la Unión europea sobre un estatuto europeo para la empresa social», *RdS*, 51, 2017, pp. 373-375.

2. El ánimo de lucro como criterio (equivocado) de diferenciación

Quizá sea el consabido «ánimo de lucro» el factor que, de manera tradicional, pero también relevante en nuestros días, se utilice con más frecuencia para diferenciar nítidamente las empresas o entidades⁸ de la Economía social de las que son propias de la Economía mercantil. Y esa distinción, como suele repetirse, con un cierto exceso mecanicista, consiste en que las primeras carecerían de ánimo de lucro en tanto que para las segundas representaría un elemento de identificación causal. En apoyo de esta idea puede aducirse lo que todavía afirma el art. 116 C. de C. a propósito del «contrato de compañía», al comienzo de la regulación general de las sociedades mercantiles contenida en dicho cuerpo legal.

Sin entrar en un asunto que ha hecho derramar ríos de tinta, esa distinción es hoy insostenible por diferentes razones⁹. Y aunque haya autores que la siguen manteniendo, en las dos vertientes de la actividad empresarial a las que prestamos atención, puede darse por ampliamente mayoritaria la idea de que el ánimo de lucro, como propósito causal subjetivo, no es ya un elemento delimitador de las sociedades mercantiles en sentido pleno, aunque resulte «natural» su presencia en la inmensa mayoría de tales entidades.

A la vez, las entidades de Economía social, como sujetos activos en el mercado, persiguen en su actividad empresarial el mejor resultado económico posible; esta circunstancia permitiría decir, quizá con cierta paradoja, que poseen «ánimo de lucro», por supuesto en sentido objetivo, a pesar de lo que se afirma en ciertas normas relativas a algunas de ellas (por ejemplo, en materia de fundaciones, el art. 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, en adelante LF).

No debe sorprender que ese «propósito de ganancia ilimitada» caracterice a unas y otras; la verdadera diferencia no se encuentra, por tanto, en el resultado de la explotación empresarial, que todas ellas aspiran a maximizar dentro de sus respectivas posibilidades, sino en la utilización del mismo, cuando, obviamente, sea positivo. La diferencia entre las entidades mercantiles y las de Economía social residiría, entonces, en que en las primeras se trata de una ganancia repartible,

⁸ Se utilizarán indistintamente ambos términos a lo largo del trabajo.

⁹ No hace falta, en el marco de esta ponencia, detenerse detalladamente en el análisis de esas razones. Bastará con mencionar, de un lado, la tradicional aceptación en nuestro Derecho de sociedades de capital del principio de mercantilidad por razón de la forma (art. 2 LSC); de otro, hay que referirse al predominio en la doctrina española del «concepto amplio» de sociedad, del que estaría ausente, como criterio general, el ánimo de lucro. La delimitación, entonces, del entero fenómeno societario se asienta en los dos conocidos requisitos del origen negocial y la promoción entre los socios de un fin común, de acuerdo con lo que resulta usual en los principales países de nuestro entorno. Este planteamiento, como es sabido, permite integrar en el Derecho de sociedades, como singular categoría jurídica a supuestos específicos de la Economía social que cumplan los dos requisitos indicados, como sucede, de manera especialmente relevante, en el caso de la (sociedad) cooperativa. Sobre todo este asunto, véase, por muchos, GIRÓN TENA, J.: *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, edición del autor, 1976, pp. 25-55 (sobre el concepto amplio de sociedad) y 95-115 (para la inserción de la cooperativa en el Derecho de sociedades).

sin perjuicio de las necesarias atenciones establecidas al efecto por la legislación societaria; en las segundas, por el contrario, nos encontramos ante un resultado positivo que no es susceptible de reparto *a priori* y ha de ser empleado, por tanto, en las finalidades y propósitos señalados por la legislación específica de cada entidad de Economía social¹⁰.

Es pues el denominado *non distribution constraint* el auténtico elemento diferenciador (con matices en los que no podemos entrar ahora) de la Economía social frente a la Economía mercantil y no el ánimo de lucro tal y como se ha venido entendiendo tradicionalmente.

3. La necesidad de superar la «mentalidad defensiva» de la Economía social

La nitidez de este elemento distintivo de la Economía social, cuyo relieve no se puede minimizar, no debería ser un obstáculo para el objetivo pretendido con el presente trabajo. Es más, si nos movemos en el terreno organizativo, en la vertiente estructural de las empresas de la Economía social y nos detenemos con detalle en el análisis de su particular regulación, que es lo que, de manera sintética, aspira a conseguir nuestro estudio, encontraremos razones bastantes y suficientes analogías para el tratamiento conjunto que el título de la ponencia intenta reflejar.

No debe olvidarse que, al margen de la importante diferencia señalada, quien quiera desarrollar una actividad empresarial en el mercado encuentra una serie de modelos disponibles en el ordenamiento jurídico, donde al lado de las clásicas opciones mercantiles comparecen distintas figuras propias de Economía social. El mejor y más desarrollado tratamiento normativo de las primeras no reduce la disponibilidad de las segundas, si bien muestra la distinta evolución de unas y otras a la hora de configurar modelos adecuados para afrontar los retos que plantea el mercado globalizado de nuestros días. Es hora, por tanto, de pensar en términos amplios y no limitarse a repetir tópicos del pasado, temiendo la sanción por herejía que la formulación de orientaciones innovadoras podría acarrear. Desde el punto de vista jurídico, una de esas ideas innovadoras es la que este trabajo formula y pretende desarrollar, dentro, claro está, de los límites que le corresponden¹¹.

¹⁰ No muy diferente es el caso de las empresas públicas, donde también cabe reseñar, en el sentido tradicional del término, la ausencia de ánimo de lucro, sin perjuicio de que hayan de actuar en el mercado con arreglo a criterios de economicidad y eficiencia; al respecto, últimamente, LEÓN SANZ, F.: «La responsabilidad en las sociedades mercantiles estatales», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 306.

¹¹ Quizá de este modo pueda superarse la mentalidad defensiva aludida en el texto. En esa misma línea, pero desde un punto de vista institucional, se sitúan, entre nosotros, los esfuerzos gubernativos por dar estabilidad y concreción al sector de la Economía social mediante la ambiciosa *Estrategia Española de Economía Social 2017-2020*, derivada del acuerdo del Consejo de Ministros

II. APUNTE SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Sobre la base de este planteamiento no parece dudoso afirmar que el Derecho de sociedades, como expresión sintética de la ordenación jurídica relativa a las entidades insertas en lo que venimos llamando sistema de Economía mercantil, es una categoría jurídica bien estructurada, con amplia tradición, legislativa, doctrinal y jurisprudencial, y con una realidad presente a la vez global y de detalle. Su conversión en categoría jurídica homogénea se produce, si se la observa con perspectiva comparada, precisamente en el siglo xx, una vez concluido, con la creación de la sociedad limitada a finales del siglo anterior, el repertorio de figuras *generales* que todavía encontramos en la gran mayoría de ordenamientos jurídicos.

La citada homogeneidad se acentúa, incluso, en determinados espacios territoriales, como, entre nosotros, el definido por la Unión europea, como consecuencia de la importante labor de armonización normativa llevada a cabo en su seno, sin perjuicio de la creación de figuras societarias de Derecho europeo, a imagen y semejanza de las existentes en el repertorio de los Estados miembros. Es necesario advertir, con todo, que esa armonización normativa no se refiere al conjunto de las figuras generales de sociedad mercantil, sino que aparece concentrada en las sociedades de capital y, más específicamente, en la sociedad anónima (con la aposición de la comanditaria por acciones, de muy desigual importancia en el panorama europeo).

Subsisten diferencias significativas en el Derecho de la Unión europea respecto de la sociedad de responsabilidad limitada, las cuales, sin embargo, no impiden comprender la diversidad de tratamiento en los Estados miembros por la comunidad de conceptos y técnicas existentes en el Derecho de sociedades; al fin y al cabo, su carácter híbrido arroja sobre ella el caudal de conocimientos ya existente sobre las sociedades de personas y la anónima como exponente principal de las sociedades capitalistas.

El sector de la Economía social, en cambio, muestra una imagen bien diferente si, como resulta obligado en este trabajo, lo observamos desde la vertiente jurídica. Es notoria, desde luego, su mayor juventud, pues el antecedente más remoto ha de situarse en las sociedades cooperativas que se constituyen desde el último tercio del siglo xix, cuando las sociedades mercantiles, a falta de la limita-

de 29 de diciembre de 2017 (cfr. la Resolución de 15 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica dicho Acuerdo [BOE de 20 de marzo]). Se trata de un documento extenso y minucioso que recoge un amplio programa de medidas agrupadas alrededor de once ejes temáticos diversos. Merece la pena destacar ahora que uno de esos ejes, el tercero, se refiere a la ordenación jurídica de la Economía social, alternándose en su contenido formulaciones extensas y no siempre precisas con objetivos concretos, como, entre otros, la creación del «registro telemático de cooperativas de ámbito estatal», donde las nuevas tecnologías parecen entrar con fuerza en el Derecho de cooperativas, aunque sea de manera restringida.

da, surgida precisamente en esa época, eran portadoras, como acabamos de decir, de una larga trayectoria.

Y más joven que sus distintas figuras, a las que se aludirá más adelante, es todavía la categoría misma que la integra, la Economía social, denominación relativamente reciente cuyos caracteres no se han terminado de perfilar con la nitidez necesaria, al tiempo que muestra una presencia desigual entre los distintos Estados, con posición principal en los Estados del sur de Europa y también de algunos países americanos. La progresiva atención prestada a la Economía social por la Unión europea puede contribuir, con todo, a paliar esa desigualdad de implantación.

Más importante, con todo, que la juventud de la categoría y de buena parte de sus figuras, así como la imprecisión que de todo ello deriva, es su insuficiente cuando no su defectuoso entramado conceptual. Podría pensarse que esta carencia fuera un nuevo efecto de la juventud de la categoría, algo repetidamente observado en tantas cuestiones de orden intelectual o, quizá mejor, institucional. A nuestro juicio, sin embargo, la cuestión es otra o, quizá mejor, el problema reside en otro lado; tiene que ver, desde luego, con una circunstancia ya advertida con anterioridad, cual es la frecuente tendencia a situarse por los protagonistas o estudiosos de la Economía social en una esfera de superioridad valorativa respecto de la Economía mercantil. Como se ha advertido, este planteamiento es, más bien, la consecuencia de la predominante mentalidad defensiva existente en el sector, que se ve forzado a recurrir a esa ventaja *moral* frente a la, al menos aparente, mayor eficiencia del ámbito mercantil¹².

¹² Cuestión, por otra parte, discutida desde el propio sector de la Economía social o, más precisamente, desde su vector más relevante, como es el cooperativismo. Pueden verse, en tal sentido, las declaraciones del actual presidente de la Alianza Cooperativa Internacional, el argentino Ariel GUARCO, a la revista *Compartir*, bien conocida en el mundo sanitario, como acreditada expresión del cooperativismo en dicho sector. Así, en su número 110 (abril, mayo y junio de 2018), señala el Sr. GUARCO (p. 17) que «el cooperativismo reúne dos cualidades que en otros modelos se han desintegrado o que, en muchas ocasiones, ni tan siquiera existen. Hablamos de la eficiencia económica y de la responsabilidad social. Eso es así porque, como decimos habitualmente, no son empresas que operen en el mercado a la búsqueda del beneficio y porque, sobre todo, llevan a cabo acciones solidarias para mostrar que hacemos alguna cosa por nuestras comunidades». Al margen de lo que pueda pensarse de tal opinión, resultan de interés estas declaraciones porque de manera palmaria se acentúa que las cooperativas (y por extensión, podríamos decir, todas las entidades de la Economía social) son empresas que operan en el mercado, circunstancia ésta que presupone o debería presuponer su sometimiento al Derecho del Mercado, tal y como se postula en el caso de las empresas mercantiles.

III. LA TESIS QUE SE PROPONE Y SU RELIEVE PARA LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL

1. Enunciado: el Derecho de sociedades como factor de corrección y consolidación de la Economía social

Desde hace no mucho tiempo, se viene hablando de un *Derecho de la Economía social* como categoría estrictamente jurídica, cuyo contenido vendría a ser una suerte de generalización, con algunos matices complementarios, de los principios particulares de una de sus más importantes figuras: la sociedad cooperativa. Esta figura, como sabemos, disfruta de una gran tradición y acumula la mayor parte de los esfuerzos, reguladores, por supuesto, pero también «constructivos», desde un punto de vista dogmático, dedicados al tratamiento de la Economía social.

Así se advierte, desde luego, en la LES, si bien esa tendencia también es común a otros ordenamientos, buena parte de los cuales todavía no han logrado aprobar una norma legislativa equivalente¹³. Se podría hablar, por ello, de serios defectos en la política legislativa relativa a la Economía social; pero también y sobre todo esos defectos se manifiestan anticipadamente en el diseño de la correspondiente política jurídica, pues aquí es donde reside, a mi juicio, el verdadero meollo de la cuestión. En tal sentido, a él se dirige, con ánimo resolutorio, el presente trabajo y en ese ámbito se inserta, en lo esencial, la tesis que lo inspira, la cual, dicho de manera extraordinariamente sintética, es ésta:

El Derecho de sociedades puede y debe ser el factor de corrección de la insuficiencia mostrada por el Derecho de la Economía social, como categoría general, desde luego, pero también en lo que se refiere a la regulación y tratamiento de sus diferentes entidades componentes.

2. Una tesis no sólo normativa, sino de necesaria realización por la Jurisprudencia cautelar al amparo de la libertad contractual

Al margen de la, a nuestro juicio, claridad de la tesis enunciada, resulta necesario indicar de inmediato que no se pretende recoger en ella un planteamiento exclusivamente normativo, como si se tratara de manejar, de manera abstracta, instituciones configuradas en la legislación a fin de hacer posible el mejor tratamiento jurídico de las empresas de Economía social. La orientación normativa, sin duda, es imprescindible, si bien, por sí sola, resultaría del todo insuficiente, sin ventajas apreciables para el problema que se intenta solucionar. Hace falta, por ello, contar con la reflexión doctrinal en materia societaria, tan abundante, por fortuna, entre nosotros, al hilo muchas veces de la progresiva y relevante

¹³ De notorio interés, a este respecto, es el caso de Chile, donde se aspira desde hace años a elaborar una ley general de la Economía social, propósito todavía no conseguido a pesar de la seriedad de los esfuerzos destinados a tal fin (cfr., al respecto, ALCALDE SILVA, J.: «El marco jurídico de la Economía social en Chile: configuración actual y perspectivas», cit., *passim*).

contribución de los Tribunales para la adecuada conformación del Derecho de sociedades.

Con todo, hay otro factor que nos parece determinante y que, además, está en condiciones de alcanzar un destacado relieve en el tratamiento de las entidades de Economía social y en la definitiva configuración de la disciplina jurídica a ellas relativa. Se trata de la aportación que a tal fin puede prestar, y de hecho ya viene prestando, la denominada, por influencia de la doctrina alemana, «Jurisprudencia cautelar». No es esta una denominación extendida entre nosotros, a pesar de valiosos intentos por dotarle de adecuado encaje en la práctica jurídica española¹⁴. A pesar de ello, es comprensible lo que con dicha fórmula se quiere decir, sobre todo si partimos de que en el Derecho de sociedades, pero también en el terreno de la Economía social, se trata de articular organizaciones de modo duradero y también eficaz.

Conviene tener en cuenta, además, que esta compleja operación, desde luego económica, pero también, y con especial relieve jurídica, se lleva a cabo respecto de figuras directamente inspiradas en la libertad contractual, en lo que afecta, no sólo a su nacimiento a la vida jurídica, sino también a su necesaria adaptación a las exigencias, cambiantes y difíciles, del mercado. El ejercicio concreto de la libertad contractual, de las posibilidades insertas en esta relevante magnitud del Derecho privado¹⁵, necesita para lograr su «buen fin» el concurso de la Jurisprudencia cautelar, cuyo despliegue efectivo evoca de inmediato lo que entre nosotros, con fórmula consagrada, se denomina *seguridad jurídica preventiva*, y aunque no haya correlación estricta entre ambas nociones existe sin duda una gran proximidad.

Se entenderá, por ello, que la tesis aquí presentada sólo se llevará satisfactoriamente a efecto (sólo podrá «realizarse», como pedía IHERING respecto del Derecho en su totalidad) con la adecuada contribución de quienes, entre nosotros, asumen

¹⁴ Al respecto, con especial relieve, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977, pp. 106-112. Últimamente, FLEISCHER, H.: «Kautelarjurisprudenz und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen», *RabelsZ*, 82, 2018, pp. 239-266, donde el Derecho de sociedades comparece para poner de manifiesto, con destacados ejemplos, el relieve de la Jurisprudencia cautelar para el entero Derecho privado.

¹⁵ A diferencia de lo que se observa en el Derecho de sociedades, está por estudiar, de manera específica el papel de la libertad contractual en las diversas entidades de Economía social. Siendo indudable su presencia en las mismas, como se señala en el texto, parece evidente que el juego efectivo que pueda desplegar variará en función de la figura que se tome en cuenta. Por otra parte, la tendencia a la regulación excesivamente detallada en algunas de ellas, como es el caso de las sociedades cooperativas, sugiere de entrada un cierto recelo, no sólo del legislador, sino también de los mismos operadores de la Economía social, a la consideración detenida de la libertad contractual en sus diferentes vertientes: como empresas, como personas jurídicas necesitadas de una adecuada organización, etc. En otros casos, como es el de las fundaciones, el relieve de la libertad contractual habría de ser mayor, precisamente por la ausencia de un adecuado tratamiento legislativo. Con todo, y por las especiales circunstancias que concurren en estas personas jurídicas, desde la necesaria concurrencia de un fin de interés general en su constitución hasta la presencia constante en su funcionamiento del Protectorado, también aquí nos parece apreciar un no disimulado recelo al despliegue de todas las posibilidades características de la libertad contractual.

la misión de la seguridad jurídica preventiva y, muy en especial, de los notarios. A ellos corresponde la tarea de encajar en precisos moldes jurídicos los propósitos de quienes constituyen una entidad de las características que ahora nos ocupan, así como las modificaciones que al acuerdo inicial puedan formularse.

Esa misión ha adquirido en el Derecho de sociedades un particular rango, como es bien sabido, y se trata de llevarla a su plena realización en el terreno específico de las entidades de Economía social, con el auxilio de tal experiencia. Todo ello exige, claro está, conocimiento de las características particulares de dichas entidades, ciertamente poseído por el Notariado, de modo que, sobre su base, puedan trazarse los puentes necesarios entre el Derecho de sociedades y el Derecho de la Economía social, a fin de superar la advertida insuficiencia de este último.

3. Coda: hacia la «mutua fecundación» de la Economía social y la Economía mercantil

Pero, como se dice en el mundo musical, a la tesis expuesta, con los matices que se acaban de formular, se le añade de inmediato una *coda*: la propuesta planteada sugiere una relación de dependencia entre Economía social y Economía mercantil desde el punto de vista jurídico, lo que, sustancialmente, no es falso, porque el Derecho de sociedades aporta lo que el Derecho de la Economía social no tiene: estructura y técnica¹⁶. Pero la relación entre ambas magnitudes no es, no ha de ser, meramente unilateral, en la línea de dependencia indicada, sino que también permite y ha de permitir una «mutua fecundación», aunque, por el momento, sea todavía asimétrica o, quizá con mayor exactitud, de muy diversa intensidad.

Con todo, el camino inverso, desde la Economía social a la Economía mercantil, al aquí trazado como «motor» de este trabajo se ha empezado a recorrer en diversos terrenos. Quizá uno de los más significativos se sitúe, en los últimos años, dentro del decisivo asunto de la tipología societaria, gracias a la admisión expresa en numerosos ordenamientos de figuras societarias concebidas al servicio, en todo o en parte, del interés general¹⁷. El fenómeno de las, así llamadas,

¹⁶ No se nos oculta que la tesis aquí sostenida puede resultar, en una primera aproximación, enteramente paradójica. Al fin y al cabo, se viene a decir que el Derecho relativo a la realización de actividades empresariales con ánimo de lucro (por seguir la terminología tradicional; véase *supra* I, B) serviría para la creación del Derecho propio de la actividad empresarial realizada sin ánimo de lucro. Como se verá en seguida, nada hay de extraño en la hipótesis, pues en cuanto intentemos hacer operativa, desde el ámbito jurídico, la idea de Economía social, el Derecho de sociedades asomará de inmediato la cabeza. Incluso en algunos países, como Italia, el Derecho de sociedades mercantiles ha terminado por servir como esquema general para la ordenación normativa de entes de Economía social, como las allí llamadas «empresas sociales» (en este sentido, últimamente, TOMBARI, U.: «Potere» e «interessi» nella grande impresa azionaria, Milano, Giuffrè Francis LeFebvre, 2019, pp. 102-103).

¹⁷ Empresas, por lo común, de naturaleza societaria, constituidas en beneficio e interés colecti-

«empresas de beneficio e interés colectivo», que comenzó en Estados Unidos, se ha ido extendiendo por diferentes países, sobre todo anglosajones, sin perjuicio del creciente interés suscitado por las mismas en numerosos países iberoamericanos. Estas empresas, como se ha indicado con acierto¹⁸, son sociedades mercantiles donde la transparencia, la participación de los trabajadores y el impacto positivo sobre la sociedad civil y el medioambiente se añaden al propio objeto lucrativo que ellas desarrollan por vía de una reforma estatutaria, creando un bienestar para las personas, las comunidades y el ecosistema que es susceptible de ser cuantificado bajo ciertos estándares parametrizables.

De menor alcance, pero igualmente destacado, es el enriquecimiento de algunas vertientes del moderno Derecho de sociedades, como la relativa a la ordenación jurídica de los grupos, merced a la contribución de ideas y experiencias derivadas de supuestos concretos de integración económica protagonizados por entidades de la Economía social. A pesar de su carácter circunscrito, el extraordinario relieve de los grupos de sociedades permite afirmar que la traslación a su singular relieve empresarial de criterios y posibilidades ensayadas en el ámbito de la Economía social tendrá considerable trascendencia.

Por último, sin una clara *apreciación* jurídica, pero con importante significado en nuestro tiempo, hay que destacar la asunción por la Economía mercantil de orientaciones novedosas, como la relativa a la responsabilidad social de la empresa, que tienen su originario ámbito de radicación en la Economía social y que ha empezado a producir una evolución relevante en la organización y funcionamiento de algunas de sus figuras más destacadas, como las sociedades cotizadas.

vo. El fenómeno descrito en el texto tiene que ver con la «explosión» tipológica característica de las últimas décadas (al respecto, por muchos, EMBID IRUJO, J. M./NAVARRO MATAMOROS, L./OVIEDO ALBÁN, J. [dirs.]: *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2017), si bien alcanza menor entidad que algunas de las nuevas figuras societarias, como puede ser, sobre todo, la sociedad por acciones simplificada (que ha iniciado un recorrido exitoso por distintos ordenamientos jurídicos iberoamericanos, y cuya presencia había sido postulada hace ya tiempo entre nosotros mediante la creación de una sociedad limitada simplificada). Entre nosotros, se ha postulado la traslación de los principios informantes de dicha figura, sobre todo en su versión francesa, a fin de configurar una sociedad de responsabilidad limitada «simplificada» en el ordenamiento español (en tal sentido, NAVARRO MATAMOROS, L.: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Granada, Comares, 2009, pp. 225-228 y 276). No parece necesario decir que esta propuesta no se ha visto coronada por el éxito, y las modulaciones al régimen de la sociedad limitada incorporadas al ordenamiento jurídico español (la sociedad limitada nueva empresa y la sociedad limitada de formación sucesivas) resultan ajenas al propósito pretendido con la sociedad limitada simplificada. Desde el punto de vista de la Economía social, podría ser interesante reflexionar sobre las posibilidades de, por ejemplo, una sociedad cooperativa simplificada. Al margen de la necesidad de precisar en qué consistiría esa simplificación, asunto ciertamente complicado, esta idea se enfrenta para su efectivo éxito con la fragmentación legislativa existente en el Derecho de cooperativas dentro del ordenamiento español, de lo que se hablará más adelante.

¹⁸ Cfr. el estudio de ALCALDE SILVA, J.: «Observaciones a un nuevo proyecto de Ley que regula las empresas de beneficio e interés colectivo desde la experiencia comparada», de próxima publicación en la *Revista Chilena de Derecho Privado* y que he podido consultar gracias a la amabilidad del autor.

Con todo, y según habrá ocasión de explicar, buena parte de las aportaciones de la Economía social a la Economía mercantil, desde la perspectiva jurídica que aquí nos interesa, se sitúan, sobre todo, en el terreno de los principios, de manera, por lo tanto, abierta y quizá por ello mismo un tanto imprecisa. No conviene ignorar, sin embargo, que la generalización de buena parte de las ideas que se encuentra en la base de la Economía social y su amplio reflejo en diferentes niveles de la sociedad de nuestros días imprime un ritmo acelerado a la evolución del Derecho relativo a la empresa, siendo las materias sobre las que versa el presente estudio algunas de las más atendidas en el momento presente.

4. Metodología de tratamiento

Los temas implicados en o derivados de la tesis enunciada, con la coda que se acaba de exponer, son ciertamente numerosos y su tratamiento doctrinal plantea dificultades considerables. Como el presente trabajo es, meramente, un estudio de carácter introductorio resultará obligado evitar los dos inconvenientes que planean de manera inquietante sobre este tipo de exposiciones: el primero es el de *hablar en general*, sin moderación o freno alguno, haciendo muy difícil la obtención de resultados positivos y tangibles; el segundo, en cambio, aspira a analizar un amplio elenco de *temas concretos* susceptible de adecuarse bien, en principio, al carácter introductorio del trabajo, sin perjuicio de que la excesiva concreción del estudio llevado a cabo con tal criterio termine ofreciendo resultados de limitado valor.

En la duda de qué camino seguir se optará aquí por seguir un camino propio, no por razones de equidistancia, ya que las dos opciones son criticables, sobre todo si, como sucede con tanta frecuencia, sirven de cauce para la manifestación de estrictos criterios personales o, lo que sería peor, para la exposición de auténticos caprichos. De este modo, descrito el campo de análisis y formulados los caracteres distintivos de las dos magnitudes que nos sirven de referencia, se tomarán en cuenta algunos asuntos básicos, especialmente idóneos para mostrar las implicaciones y correspondencias mutuas entre Derecho de sociedades y Economía social.

En todos los casos, el propósito consistirá en poner de relieve, como cuestión básica, las ventajas que tendría para la Economía social y su Derecho poder contar, como elemento de seguridad, con la aportación conceptual y técnica del Derecho de sociedades. Esos asuntos vendrán referidos a la necesaria delimitación de las empresas de Economía social, de acuerdo con su particular regulación normativa, para proseguir de inmediato con el análisis de la fundamental cuestión de su naturaleza jurídica. A continuación se aludirá a las materias relativas al gobierno corporativo, desembocando en los cambios estructurales que pueden afectar a las entidades de la Economía social y su posible entrecruzamiento para la formación de grandes grupos empresariales.

IV. LA DELIMITACIÓN JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL

1. Los sistemas de delimitación

Hasta el momento hemos dado por supuesto el elenco de entidades de Economía social existente en nuestro Derecho (y, por extensión, en ordenamientos jurídicos similares). Y también hemos admitido, sin demasiados matices, la comunidad de ideas y principios inspiradores de todas ellas. Los matices formulados, por lo demás, sólo han servido para poner de relieve la peculiar naturaleza de algunas de dichas entidades (en concreto, las sociedades laborales), así como el carácter paradigmático que ha merecido la figura de las sociedades cooperativas, sobre cuya base, o en atención a los principios cooperativos más relevantes, se ha articulado en gran medida el sector de la Economía social.

Ese planteamiento genérico e impreciso debe ser matizado de inmediato, si bien hay que adelantar ya la dificultad de enunciar con seguridad suficiente el conjunto de las entidades de Economía social, carente, sin duda, de la homogeneidad que se percibe, con las naturales diferencias, claro está, en el terreno del Derecho de sociedades. Puede reiterarse también, como elemento justificador de la indicada dificultad, la reciente formación de la categoría «Economía social» y la más reciente todavía aproximación del Derecho a su tratamiento.

Con todo, cabe imaginar dos maneras distintas de aproximarnos a la delimitación de las empresas de Economía social, de acuerdo con la experiencia existente hasta el momento. De un lado, mediante la predisposición de *determinadas formas jurídicas*, cuya constitución supondría el carácter de empresa social; de otro lado, y con independencia del requisito de la forma, a través de un *proceso de calificación* del que sería responsable una concreta agencia o entidad pública. La adopción de uno u otro planteamiento es tributaria, claro está, de los criterios de política jurídica existentes en cada territorio, sin que quepa apreciar, en una rápida ojeada de carácter comparativo, modelos auténticamente unitarios o, si se prefiere, puros.

2. El planteamiento del Derecho español. Especial referencia a la LES

Algo parecido sucede entre nosotros, como consecuencia, entre otros extremos, del crecimiento individualizado y carente de sistema que ha merecido el fenómeno de la Economía social desde la vertiente jurídica. De proceso de calificación cabe hablar, en tal sentido, a propósito de las sociedades laborales, como es sabido, pero también, con matices que no son del caso, de las sociedades cooperativas. Más orientada hacia el criterio de la forma se encuentra la (breve)

disciplina contenida en la LES¹⁹, cuyo art. 5 enumera de modo aparentemente exhaustivo el catálogo de entidades de economía social²⁰.

De este modo, el Derecho español constituye un ejemplo destacado de la existencia conjunta de los dos criterios reseñados en una misma jurisdicción, lo que no debe entenderse, necesariamente, como un error, sino más bien como una consecuencia inevitable de la falta de sistema del Derecho de la Economía social entre nosotros y de la heterogeneidad de las entidades que lo integran.

No sería exagerado entender que la LES se ha quedado a las puertas de sus propias pretensiones; salvo algunos preceptos de orden jurídico-laboral, cuya precisa concreción no casa del todo bien con las restantes normas, bien podría decirse que estamos, como en tantas otras ocasiones, ante una ley «principalista», cargada de buenas intenciones que, no obstante, termina arrojando sobre los juristas, en particular, como se ha indicado, sobre la Jurisprudencia cautelar, la nada fácil tarea de hacer operativos sus escasos preceptos²¹.

¹⁹ Sobre esta norma, con gran detalle, PANIAGUA ZURERA, M.: *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la Ley 5/2011, de economía social*, cit., pp. 123 y ss.

²⁰ El citado precepto advierte que «forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior». Da la impresión, como se ha sostenido autorizadamente entre nosotros (cfr. ALFONSO SÁNCHEZ, R./ANDREU MARTÍ, M.^a M.: «Tipología societaria y empresas de economía social», en EMBID IRUJO, J. M./NAVARRO MATAMOROS, L./OVIEDO ALBÁN, J. [dirs.]: *La tipología de las sociedades mercantiles. Entre tradición y reforma*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2017, p. 67), de que nos encontramos ante un sistema de *numerus clausus*, compuesto por entidades de muy diferente naturaleza, algunas, incluso, desprovistas de personalidad jurídica. Y esta opinión, no exenta de contradictores, se funda, entre otros motivos, en que la política jurídica de favorecimiento de la Economía social, inherente a la LES, no parece susceptible de ampliación a entidades de distinta naturaleza, como, por ejemplo, las sociedades mercantiles tradicionales. No es seguro, con todo, que la extraordinaria fluidez propia de esta materia y la progresiva aproximación al interés general, como específico de nuestro campo de trabajo, de algunas formas societarias nuevas, directamente insertas en el ámbito del Derecho de sociedades, permita mantener íntegramente esta opinión. Del mismo modo, el desarrollo progresivo del Derecho de la Economía social puede propiciar la aparición de nuevas categorías de entidades, plenamente autónomas o vinculadas, cuando menos en parte, a algunas formas jurídicas, como las cooperativas, ya consolidadas.

²¹ Corregir esta notoria insuficiencia podría y debería ser una de las acciones concretas derivadas de la *Estrategia Española de Economía Social 2017-2020* (véase *supra* nota 10), al menos por lo que se refiere a su eje número tres, con cuya realización se pretende analizar «el marco jurídico de la Economía social, con el objeto de eliminar las barreras que puedan impedir o limitar su desarrollo». La alusión en ese mismo apartado a la «Social Business Initiative» (véase *supra* nota 6) y las posibles implicaciones del reconocimiento de la empresa social en ella definida habrán de hacerse, afirma la *Estrategia*, «en el marco de la Ley 5/2011, de Economía social». Hubiera sido deseable que dicho documento se refiriera con mayor detalle a este texto, proponiendo planes concretos para la revisión y mejora de su contenido. No parece imposible, con todo, que este objetivo se pueda conseguir si, como resulta deseable, el compromiso expresado en la *Estrategia* se traslada a la actuación concreta de los órganos competentes.

En el terreno específico que ahora nos ocupa, el de la delimitación de la Economía social a propósito de las entidades activas en dicho ámbito, la LES se contenta, como ya se ha advertido, con enumerarlas, sin ofrecer una base normativa mínima para su ordenación conjunta. Es más, fuera de la enumeración de las entidades y de la formulación de los principios de la Economía social, la LES se limita en un cierto rasgo de impotencia normativa a decir que «en todo caso las entidades de la economía social se regularán por sus normas sustantivas específicas».

Dejando de lado este «principalismo» legislativo, parece inevitable concluir que la LES es, esencialmente, una etiqueta establecida por el legislador para agrupar sin especiales criterios de ordenación un amplio elenco de empresas no necesariamente ayunas de tratamiento legislativo, pero faltas de una clara inserción en la categoría que ahora nos ocupa. En su mayor parte se trata de auténticas personas jurídicas; en otros casos, en cambio, no alude el legislador a un sujeto de Derecho en sentido estricto, sino, más bien, a organizaciones singularizadas por cumplir una determinada función, cuya concreción jurídica, por lo demás, queda relativamente «abierta», al ser compatible la actividad desarrollada, teóricamente al menos, con diversas formas de articulación desde el punto de vista del Derecho.

Por las circunstancias expresadas, la LES, cuya promulgación, en principio, debe considerarse positiva, ayuda poco a nuestros fines y crea tal vez más problemas de los que resuelve; de tal modo, y en el primer nivel de análisis, relativo a la identificación de las entidades de Economía social, la pretensión del presente trabajo (en esencia, vincular la Economía social con el Derecho de sociedades, a fin de extraer de esta rama del ordenamiento los instrumentos adecuados para superar sus insuficiencias) parece especialmente justificada, aunque pueda discutirse, claro está, el acierto de su tesis fundamental.

V. LA ORDENACIÓN NORMATIVA DE LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL

1. Consideraciones generales: unidad o dualidad de regulaciones

La imprecisa delimitación de las entidades de Economía social a la que acabamos de hacer referencia, así como su notoria heterogeneidad, plantea problemas muy serios de tratamiento jurídico y normativo. Y, como también se ha dicho, la LES, no obstante sus grandes pretensiones, no llega a establecer un régimen común para todas esas entidades, sino que, de modo ciertamente innecesario, concluye recordando la vigencia de las normas específicas a ellas relativas.

Hace falta, por tanto, revisar esa regulación especial, no para detenerse, obviamente, en el análisis de sus particularidades, sino para entender su alcance, su efectiva función, así como, sobre todo, su suficiencia a la hora de abarcar lo que

resulta básico desde el punto de vista del ejercicio de la actividad empresarial en el mercado. De entrada, algunas empresas disfrutaban de una regulación amplia y detallada, como las cooperativas, sin entrar ahora en las virtudes o defectos de ese tratamiento normativo²². Otras, en cambio, apenas merecen alguna breve fórmula dentro de una regulación más amplia, como sucede con la fundación empresaria²³, sin perjuicio de que, finalmente, las haya también desprovistas por completo de tratamiento, como es el caso de las asociaciones que ejerciten la actividad empresarial²⁴.

Conviene observar, por otra parte, que algunas de las figuras principales de la Economía social enumeradas en la LES, como son las cooperativas, sólo tienen una regulación, como parece, por otra parte, natural; en tanto que otras deberían tener dos. Esta nueva paradoja del Derecho de la Economía social, seguramente una de las más llamativas, requiere de inmediato una explicación. En tanto que las cooperativas han sido (y siguen siendo) entidades activas en el mercado y titulares por ello mismo de una actividad empresarial, sin objetivos complementarios o añadidos, otras, como las asociaciones y fundaciones, específicamente, muestran un carácter diverso o, si se prefiere, bifronte.

Tales entidades son, en todo caso, sujetos de Derecho y, dada su configuración normativa, auténticas personas jurídicas. Su trayectoria institucional, con importantes diferencias en las que ahora no podemos entrar, muestran esa dualidad a la que me acabo de referir. De un lado, y de manera más característica, tanto las asociaciones como las fundaciones han permanecido, por regla general, al margen del mercado, concentrándose en la realización de sus propios fines, donde el interés general (con matices, claro está) es (y también siguen siendo, sobre todo en las fundaciones) el criterio determinante de su actuación concreta.

De otro lado, ambas entidades, como nos muestra la realidad, se han insertado progresivamente en el mercado²⁵, llegando a ser titulares, sobre todo en el caso de las fundaciones, de importantes actividades empresariales. Y esa vertiente de su comportamiento, no precisamente nueva, como puede apreciarse en distintos países desde finales del siglo XIX, se ha desarrollado sin especial base normativa

²² Uno, de carácter previo, al que ya hemos aludido anteriormente, es el de la pluralidad normativa, absolutamente injustificada, además de inconveniente a mi juicio, que existe en España.

²³ Así sucede con el art. 24 LF, completado con los arts. 23 y 24 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (en adelante, RF).

²⁴ Al margen, claro está, de lo dispuesto en el art. 13, 2.º de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

²⁵ Quizá esta forma de delimitación no sea del todo correcta, teniendo en cuenta, en términos generales, la condición de operadores económicos en el mercado de las asociaciones y fundaciones, tal y como se viene sosteniendo hace tiempo entre nosotros. Una cosa es, por tanto, que dichas personas jurídicas puedan, a su vez, ser empresarias, mediante la titularidad, directa o indirecta, de una determinada empresa, y otra, previa y relevante en el contexto del momento presente (aunque con cierta dilatación temporal), que aun sin desarrollar actividades empresariales se sitúen en el mercado como requisito o circunstancia ineludible para la realización de sus propios fines, desprovistos por ello de toda dimensión económica.

o, en todo caso, con una regulación esquemática, además de insuficiente. Por tal motivo, se puede entender, al menos como reflexión introductoria, esa idea de la doble regulación o, quizá mejor, de regulación complementaria para las asociaciones y fundaciones en cuanto sean titulares de actividades empresariales; dicha regulación se añadiría a la establecida con carácter común para tales personas jurídicas de acuerdo con su particular naturaleza²⁶.

2. El papel del Derecho de sociedades en la ordenación normativa de las entidades de Economía social

A) *Las entidades de base asociativa*

Que el Derecho de sociedades sea el sector jurídico determinante para la ordenación de algunas entidades de la Economía social como las sociedades laborales²⁷ no requiere de especial justificación. En tal caso, como es evidente, no cabe hablar de cercanía o similitud a los efectos que nos ocupan, pues nos encontramos ante sujetos de Derecho en los que concurre la más estricta identidad societaria; ello se debe, como es bien sabido, a que además de laborales dichas sociedades han de ser bien sociedades anónimas, bien de responsabilidad limitada²⁸, a cuyo

²⁶ Podría pensarse que el supuesto descrito en el texto está rodeado de un cierto artificio, pues, en el fondo, no hace sino describir de manera un tanto exagerada la conocida distinción entre figuras generales y figuras especiales, dentro de una misma institución o categoría jurídica. Aun teniendo una parte de razón, entendemos que no es este el caso, a pesar de que sea posible considerar que la fundación empresarial, por ejemplo, es una modalidad especial de fundación. Si se mira bien, en realidad, la figura ahora mencionada es una auténtica fundación y le serán aplicables, por tanto, todas las normas establecidas para la regulación de dicha persona jurídica. Lo que sucede, como confirma el RF (véase, sobre todo, su art. 23), es que una fundación cualquiera puede desarrollar para el cumplimiento de sus fines «actividades propias y actividades mercantiles», indicándose a continuación lo que, en dicho contexto, ha de entenderse por cada una de ellas. A pesar del desacuerdo de la terminología, lo que quiere decir el texto reglamentario es claro: la fundación, por su propia naturaleza, es una entidad facultada para desarrollar todo tipo de actuaciones, entre ellas las de naturaleza empresarial, siempre que sirvan adecuadamente al fin de interés general que justifica su constitución. Salvada la cuestión de principio, que relativiza, entonces, la posible calificación de la fundación empresarial como entidad (fundación) especial, surge el problema de cómo hayan de regularse, y con qué contenido, las circunstancias relativas al ejercicio de la actividad de empresa cuando su titular sea, precisamente, una entidad de naturaleza institucional como es la fundación. El asunto es ciertamente complejo y no resulta posible tratarlo aquí con el detalle necesario; al respecto, véase VALERO AGÚNDEZ, U.: *La fundación como forma de empresa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1969 y, más recientemente, LA CASA GARCÍA, R., «La fundación empresa», en OLIVENCIA RUIZ, M./FERNÁNDEZ NOVOA, C./JIMÉNEZ DE PARGA, R., (dirs.): *Tratado de Derecho Mercantil*, XVII, Madrid, Marcial Pons, 2009, EMBID IRUJO, J. M.: «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (La fundación empresarial)», *ADF*, 2010, pp. 15-67, trabajos que, en todo caso, necesitan, por razones obviamente diversas, la debida actualización.

²⁷ Cuya pertenencia al conjunto de entidades integrantes de la Economía social no parece dudosa; al respecto, por muchos, ANDREU MARTÍ, M.^a M.: «La sociedad laboral del siglo XXI. Significado y configuración», en ANDREU MARTÍ, M.^a M. (dir.): *El régimen jurídico de las sociedades laborales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 28.

²⁸ Tal y como se deduce de lo dispuesto en la vigente Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas, siguiendo, por lo demás, la tendencia consolidada en nuestro ordenamiento.

torso esencial se añaden las especialidades o matices derivados de su particular normativa reguladora.

De cercanía o similitud cabe hablar, en cambio, cuando nos situamos en el terreno específico de las sociedades cooperativas. Ya antes se ha aludido al concepto amplio de sociedad²⁹ que permite insertar sin problemas a estos sujetos dentro del ámbito correspondiente al Derecho de sociedades al prescindir, como ya sabemos, del ánimo de lucro como elemento esencial del contrato de sociedad. Se superan, así, ciertos prejuicios, todavía arraigados en ciertos sectores del cooperativismo, que llegaron a poner en tela de juicio la misma condición de sociedad de la cooperativa.

Por otra parte, a la hora de configurar el régimen jurídico particular de la sociedad cooperativa³⁰, dentro del amplísimo panorama legislativo existente al respectivo en el ordenamiento jurídico español, resulta notoria la huella profunda que en él ha dejado el Derecho de sociedades (de capital). Pero, además de esta influencia genérica, reflejada, por otra parte, en la ordenación sistemática de la correspondiente normativa, hay en ocasiones diversas (cada vez más frecuentes) un llamamiento expreso a instituciones concretas del Derecho de sociedades (de capital), de modo que la similitud, si se mira retrospectivamente, se ha incrementado de manera significativa y es presumible que en el futuro sea todavía mayor.

Eso no impide, claro está, que la regulación específica de las sociedades cooperativas se limite a ser, sin más, la traslación, a la vez genérica y particular, del Derecho de sociedades de capital a su ámbito concreto. Ni que, del mismo modo, su interpretación se ajuste a los parámetros y orientaciones propias de esta última disciplina. Se mantienen, por supuesto, singularidades del mundo cooperativo dentro de su régimen, quizá con mayor intensidad en las cuestiones relativas a la vertiente económica y contable, sin perjuicio de que el estatuto del socio, entre otras circunstancias, siga conteniendo reglas sólo comprensibles desde la particular perspectiva del cooperativismo³¹.

²⁹ Cfr. *supra* nota 8.

³⁰ Como referencia bibliográfica general, véase PEINADO GRACIA, J. I. (dir.): *Tratado de Derecho de cooperativas*, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

³¹ Nada se ha indicado en el texto en relación con otra entidad de base asociativa también incluida en el ámbito de la Economía social: la asociación. Ello se debe, sin duda, a su menor relieve, tanto cuantitativo como cualitativo, así como a los no fáciles problemas de delimitación dentro de esta figura entre las entidades activas en el mercado como titulares de una empresa y las que no lo son (al respecto, recientemente en la doctrina alemana, BEUTHIEN, V.: «Was dem einen sein Ideal, ist dem anderen sein Geschäft— Zur Grundordnung des Vereinsrechts», *ZGR*, 47-1, 2018, pp. 1-16, intentando delimitar el «fin económico» [*Wirtschaftsziel*] de lo que es el «fin objetivo» [*Sachziel*] en las asociaciones), quizá de mayor entidad incluso a los que se observan en el ámbito de las fundaciones, como se refleja, por otra parte, en el menos intenso análisis doctrinal. Con todo no es posible ignorar las dudas existentes en la doctrina a la hora de plantear, en su caso, el relieve del Derecho de sociedades para su adecuado tratamiento jurídico. En sentido afirmativo, PÉREZ ESCALONA, S.: *La asociación y el Derecho de sociedades*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, con destacados matices, en cambio, SANTOS MORÓN, M.ª, J.: *La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*, Madrid, Iustel, 2007, p. 10.

B) Las entidades de base institucional

Al examinar el influjo del Derecho de sociedades en el campo de la Economía social podría pensarse que éste habría de quedar circunscrito a las entidades de base asociativa, a algunas de las cuales, seguramente las más importantes, nos acabamos de referir. Cuando nos ocupáramos, en cambio, de entidades de Economía social desprovistas de ese fundamento, como son, sustancialmente, las fundaciones, la conclusión inmediata de la presuposición habría de ser, en apariencia, negativa. Es decir, el Derecho de sociedades poco tendría que decir en el contexto de una persona jurídica, como la fundación, cuya singular naturaleza, carencia de socios y fundamento de orden esencialmente patrimonial, la hacen en principio ajena a las peculiaridades de dicha rama del ordenamiento.

Ya desde hace tiempo se piensa que la anterior afirmación carece de razón de ser. Ello se debe a que hay huellas visibles de instituciones societarias en la regulación española de las fundaciones, con independencia de que se trate de la normativa estatal (concretada, básicamente, en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre) o de la normativa autonómica. Esta conclusión, aunque parezca paradójica, dadas las sustanciales diferencias existentes entre la fundación y la sociedad, no hace sino traducir al concreto terreno del régimen jurídico de aquélla las funciones positivas que, en punto al modo de articular una organización, como es la figura que ahora nos ocupa, se derivan de tomar como ejemplo y guía inspiradora al Derecho de sociedades³².

Ese influjo, con todo, ha adquirido carta de naturaleza con motivo de la regulación de una fundación especial, como son las cajas de ahorros, en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias. En efecto, el art. 2, a la hora de establecer el sistema de fuentes de estas entidades de crédito, afirma en su párrafo primero el «carácter fundacional y finalidad social» de las cajas, a la vez que ordena la aplicación supletoria de la LSC para la correcta articulación de su régimen jurídico en el párrafo tercero de dicho artículo³³. Pero incluso en el régimen específico de las fundaciones bancarias, igualmente reguladas en la mencionada ley³⁴, se pueden apreciar, si bien de manera menos explícita, el influjo del Derecho de sociedades, con independencia, en todo caso, de lo que ya se deduce del régimen general de las fundaciones, según hemos tenido ocasión de indicar.

³² Un breve recorrido por el contenido de la mencionada Ley servirá, con facilidad, de fuente ilustradora de lo que se indica en el texto.

³³ Sobre las particularidades de este asunto, véase EMBID IRUJO, J. M.: «Artículo 2», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Comentarios a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 59-79.

³⁴ Sirvan como referencia detallada de este asunto lo indicado en el análisis de los preceptos relativos a esta figura en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Comentarios a la Ley de cajas de ahorros y fundaciones bancarias*, cit., *passim*.

VI. GOBIERNO CORPORATIVO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

1. Premisa

Hablar hoy de las dos fórmulas que encabezan este epígrafe constituye un tópico absolutamente generalizado que, como resulta fácil de imaginar, ha tenido y sigue teniendo importantes consecuencias en el terreno del Derecho. Y dentro del ordenamiento jurídico son las disciplinas delimitadas por la empresa y el mercado las que, lógicamente, se ven más afectadas³⁵. Así ha sucedido, desde luego, en el caso del Derecho de sociedades, sobre todo en lo que atañe a las sociedades cotizadas³⁶, cuyos principios y criterios en lo que atañe a esta temática han terminado por extenderse más allá de las fronteras de lo que venimos llamando Economía mercantil, incluyendo, por lo tanto, a las entidades de la Economía social.

No es este un trabajo específico sobre las dos nociones que nos ocupan, al igual que sucede en los restantes apartados del mismo; hay que dar por conocidas, entonces, las cuestiones básicas relativas tanto al gobierno corporativo como a la responsabilidad social corporativa, materias, en particular la primera, sobre la que existe una copiosísima bibliografía³⁷. Una de las tareas fundamentales de ese detallado estudio consiste, por lo demás, en dar entidad jurídica a las nociones de gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa, cuyo surgimiento más allá del ámbito del Derecho permite entender la considerable fluidez que es inherente a su contenido, cuya precisa delimitación se va adquiriendo progresivamente.

Marginaremos ahora la referencia específica al gobierno corporativo, por ser una materia más conocida, en la que se observa, desde la perspectiva particular del tema que ahora nos ocupa, la evidente influencia de la Economía mercantil sobre la Economía social, como pone de manifiesto una ya considerable aportación de la doctrina, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras³⁸.

³⁵ Marginamos, por tanto, las referencias al gobierno corporativo o, quizá mejor, al «buen gobierno» o a la «gobernanza» en el ámbito del Derecho público y, particularmente, por lo que atañe a la actuación de las Administraciones públicas.

³⁶ Aunque no sólo; cfr. HIERRO ANIBARRO, S. (dir.): *Gobierno corporativo de sociedades no cotizadas*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

³⁷ Últimamente, entre nosotros, FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Á./PÉREZ CARRILLO, E. (dirs.): *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, Madrid, Marcial Pons, 2018, amplio volumen donde se tratan las principales cuestiones que afectan a ambas materias. No conviene ignorar que ciertas orientaciones, por lo demás habituales, en el tratamiento del gobierno corporativo son susceptibles de incidir, con efectos no siempre positivos, en realidades institucionales, como la cogestión de los trabajadores (allí donde se reconozca, claro está), características de los planteamientos propios de la Economía social; al respecto, HIERRO ANIBARRO, S./ZABALETA, M.: «Cogestión y gobierno corporativo: un viaje de ida y vuelta», *RdS*, 52, 2018, pp. 61-105.

³⁸ Al respecto, entre otros, EMPARANZA SOBEJANO, A.: «El gobierno corporativo de entidades no mercantiles. Especial referencia a las cooperativas y a las fundaciones», en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.): *Gobierno corporativo: la estructura de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1047-1079. Más recientemente, EMPARANZA SOBEJANO: «La influencia del Derecho de sociedades en el gobierno

2. El significado genérico de la RSC

Más interés tiene, a los mismos efectos, reflexionar, aunque sea brevemente, sobre la responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC), como consecuencia, según ya sabemos, de que su razón de ser aparece vinculada, en principio, con los caracteres propios de la Economía social. Con todo, tenemos que comenzar por poner de manifiesto que, como en tantos otros asuntos del tema analizado en este trabajo, hay aquí, una vez más, un nuevo elemento paradójico por ser las sociedades mercantiles y, en particular, las más grandes, las entidades que han dado consistencia al fenómeno de la responsabilidad social de las empresas. Y es que, cuando se habla de RSC, como es sabido, se intenta agrupar y compendiar un conjunto de actividades³⁹ no orientadas, al menos de manera directa e inmediata, por la finalidad de conseguir un resultado lucrativo, si seguimos utilizando, con las cautelas advertidas, la terminología tradicional en la materia.

Aunque no resulta fácil tratar la RSC de manera unitaria desde el Derecho de sociedades⁴⁰, en particular por la pluralidad de vertientes en las que se puede traducir (en esencia, filantropía empresarial, gestión integral de la empresa, cumpli-

corporativo de las fundaciones», en FERNÁNDEZ TORRES, I./ARIAS VARONA, F. J./MARTÍNEZ ROSADO, J. (coord.), *Derecho de sociedades y de los mercados financieros. Libro homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 215-237, BOTANA AGRA, M., «Notas sobre los códigos de buen gobierno corporativo en el ámbito de las sociedades cooperativas», en FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A./PÉREZ CARRILLO, E. (dirs.): *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, cit., pp. 247-259, y VIÑUELAS SANZ, M.: «El buen gobierno de las asociaciones», *ibídem*, pp. 261-278.

³⁹ Se puede hablar de que la RSC supone un auténtico «programa para la acción» de la sociedad o entidad que pretende llevarla a cabo; al respecto, EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P.: *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Boletín Oficial del Estado, 2016. Últimamente, como ejemplo del creciente interés de los juristas por nuestra figura, ANGELICI, C.: «Divagazioni sulla “responsabilità sociale” d’impresa», *Riv. Soc.*, 63, 2018, pp. 3-19, así como las distintas aportaciones contenidas en la revista alemana *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (en adelante, *ZGR*), 47, 2018.

⁴⁰ Los problemas que la RSC puede plantear en el ámbito del Derecho de sociedades son muchos y variados, susceptibles de afectar, por supuesto, a cuestiones concretas, pero también, y con relevante intensidad, a las nociones nucleares de la disciplina. De entre las aportaciones últimas, y con esa variedad temática, pueden mencionarse ahora, entre otras, las siguientes: HARBARTH, S.: «Aktienrecht, Gemeinwohl und Vergütungsparameter», *ZGR*, 47, 2018, pp. 379-420, VETTER, J.: «Geschäftsleiterpflichten zwischen Legalität und Legitimität», *ibídem*, pp. 338-378, y SCHALL, A.: «Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen der Auslandstöchter», *ibídem*, pp. 479-512. También sobre este último aspecto de la responsabilidad civil, que tanta controversia está suscitando en medios jurídicos y en los grandes grupos empresariales, véase, con perspectiva crítica, BÖCKLI, P./BÜHLER, C., «Konzernverantwortung ohne Grenzen», en KUNZ, P./ARTER, O./JÖRG, F. (eds.): *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII*, Basel, Stämpfli, 2017, pp. 145-169. Conviene tener en cuenta, con todo, que no es sólo el Derecho de sociedades ni tan siquiera el entero Derecho mercantil el ámbito jurídico principalmente afectado por el creciente desarrollo de la responsabilidad empresarial; en materias orientadas por principios diversos, como el Derecho tributario, también es perceptible su huella, sobre todo en los últimos tiempos; al respecto, véase GARCÍA NOVOA, C.: «Responsabilidad social corporativa y Derecho tributario», en FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A./PÉREZ CARRILLO, E.: *Actores, actuaciones y controles del buen gobierno societario y financiero*, cit., pp. 115-132.

miento normativo), debe reconocerse la prioridad absoluta de las sociedades de capital a la hora de traducir el propósito de ser entidad «socialmente responsable» en concretas actuaciones.

Las sociedades de capital se han movido en este terreno con gran libertad, por la inexistencia de regulación de la figura⁴¹, desde luego, pero, asimismo por la fuerte convicción, íntimamente ligada a tal supuesto, de que la RSC es una actividad únicamente debida a la libre voluntad del sujeto que la lleva a cabo. Este criterio, asumido casi como dogma por las entidades protagonistas de la RSC, no ha cambiado tras la aprobación del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, en 2015, en el que se hace alusión expresa a la RSC a propósito de esas mismas sociedades, como mera recomendación, sin vinculación alguna para ellas. No obstante, si una sociedad cotizada decidiera no llevar a cabo actividades de RSC, lo que, en nuestros días, resulta infrecuente⁴², debería dar explicaciones al mercado, como consecuencia de la vigencia de la regla *comply or explain*, característica de los códigos de buen gobierno.

No es seguro este planteamiento por varias razones, que tienen que ver con el propio Derecho de sociedades de capital, en cuyo ámbito, como es sabido, se atribuye al consejo de administración de las sociedades cotizadas la competencia indelegable respecto de la «política de responsabilidad social corporativa» (art. 529 ter LSC). Del mismo modo, tenemos que aludir a la todavía reciente normativa sobre información no financiera, donde no sólo se alude al fenómeno de la RSC, sino que en ella se establecen, con bastante elasticidad, dicho sea de paso, los cimientos, sin duda parciales, de lo que cabría denominar «construcción» jurídica de la RSC⁴³.

⁴¹ En este sentido, las alusiones en la Ley orgánica de igualdad e incluso en la misma LES han sido por completo insuficientes. Con todo, la importancia adquirida en la realidad de nuestros días, y no sólo en el ámbito empresarial, por la RSC lleva a que la *Estrategia Española de Economía Social 2017-2020* (véase *supra* nota 10) la haya convertido en uno de sus ejes temáticos (concretamente, el número 10). Las alusiones allí contenidas son, en demasiadas ocasiones, excesivamente vagas, sin perjuicio de que se comience afirmando que «las empresas de economía social ...son *per se* socialmente responsables», lo que quizá resulte excesivo (véase en este mismo apartado el punto 3).

⁴² El hecho de que no se conciba una gran empresa y, más específicamente, una sociedad cotizada sin una política de RSC, lo que requiere la existencia de una específica organización en su seno, permite aventurarse en el terreno de que ese «programa para la acción» esté dejando de ser un conjunto de conductas decididas libre y autónomamente por la entidad correspondiente para convertirse en algo similar a una costumbre; al respecto, EMBID IRUJO, J. M./DEL VAL TALENS, P.: *El Derecho de sociedades de capital y la responsabilidad social corporativa: de la regulación legislativa al soft law*, cit., pp. 90-93.

⁴³ Cfr. la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. Con dicha ley, y sin perjuicio de algunas modificaciones societarias añadidas, que nada tienen que ver con la información no financiera y la diversidad, se concluye el proceso de transposición de la directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014 (que, a su vez, modifica lo dispuesto en la directiva 2013/34/UE), iniciado por el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, cuyo contenido se mantiene, por regla general, sin perjuicio de ciertas modificaciones de relieve. El tema de la información no

Las anteriores referencias, ciertamente sumarias, permiten apreciar la efectiva inserción de la RSC en el ámbito del Derecho de sociedades de capital. Y no tanto por la circunstancia, ya aludida, de protagonismo de estas personas jurídicas, en particular las de mayor tamaño, en su efectiva configuración. Al lado de esta razón adjetiva, si cabe la fórmula, es notorio que la idea de responsabilidad social se entrecruza y, en su caso, interfiere, con elementos constantes del Derecho de sociedades, como es el interés social, además de su destacado relieve en el terreno de la estructura orgánica societaria. Todo ello está sirviendo de base a la formulación de una suerte de «doctrina general» sobre el relieve jurídico de la RSC, cuyo carácter incipiente no reduce su importancia y, en particular, su estrecho vínculo con la realidad institucional de las sociedades de capital y su normativa reguladora.

3. RSC y Economía social

Hablar de RSC en el Derecho de la Economía social debería ser algo sencillo e inmediato, por el habitual carácter no lucrativo de sus entidades, en principio, y por suponer inherente a la RSC esta dimensión; al fin y al cabo, como ya ha habido ocasión de indicar, es éste uno de los temas en los que la Economía social puede servir de inspiración a la Economía mercantil. Sin embargo, las cosas no son del todo así, pues, como acabamos de señalar, el protagonismo de las sociedades mercantiles de capital, particularmente, de las sociedades cotizadas, resulta muy elevado, al tiempo que es en su correspondiente ámbito normativo (sea firme o blando) donde encontramos el más abundante repertorio de posibilidades al respecto.

Y es que, sólo muy recientemente, el asunto de la RSC está empezando a tratarse de manera más concreta en lo que se refiere a las entidades de Economía social, eludiendo las grandes formulaciones tan frecuentes, por lo común, en este sector, sobre todo por influencia, una vez más, del cooperativismo. En todo caso, y para obtener consecuencias operativas dentro de esta temática, resulta necesaria una importante labor de matización previa, de acuerdo, precisamente, con la naturaleza específica y los caracteres distintivos de esas mismas entidades.

financiera viene suscitando considerable interés en la doctrina europea por suponer, según opinión prácticamente unánime, el primer paso hacia la ordenación normativa de la RSC, restringida por el momento, como resulta evidente, al plano informativo, sin entrar en cuestiones de comportamiento de las empresas afectadas, las cuales, como también es notorio, son las de mayor dimensión, en cuanto que disfrutan de un considerable «poder de mercado» (así, ANGELICI, C.: «Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa», cit., p. 18). De entre la amplia bibliografía sobre este asunto, puede verse, últimamente, HENNRICH, J.: «Die Grundkonzeption der CSR-Berichterstattung und ausgewählte Problemfelder», ZGR, 47, 2018, pp. 206-230.

Para empezar, la sociedad cooperativa no sirve de modelo en este punto⁴⁴, pues su carácter no lucrativo, con todos los matices que puedan hacerse⁴⁵, no viene asociado a la realización de fines de interés general, como exige, en sus diversas vertientes, la RSC. Conviene reiterar que la sociedad cooperativa se constituye para satisfacer las necesidades de sus miembros, del mismo modo que su organización y funcionamiento han de adecuarse a los llamados «principios cooperativos» (ordenación democrática, puerta abierta, intercooperación, etc.)⁴⁶, sin que de su contenido pueda deducirse esa vinculación con los fines de interés general.

Ello no impide afirmar que ciertas clases de cooperativas, las de inserción social o semejantes, puedan llevar en su misma esencia el sello de la RSC; por lo que sería difícil concebirlas y regularlas al margen de la idea de responsabilidad social. Con todo, y de manera sintética respecto de la empresa social que ahora nos ocupa, ha de concluirse que la RSC no es inherente a la *forma* cooperativa ni tan siquiera a los *tipos* de cooperativa (primaria y secundaria) existentes y reconocidos como tales en nuestro Derecho⁴⁷.

Tampoco puede considerarse la RSC inherente a otras entidades de economía social, sobre todo cuando nos referimos a sujetos de Derecho de base asociativa, con el singular ejemplo, moderadamente contrario, no obstante, de las sociedades laborales, por expresa indicación de su particular régimen jurídico⁴⁸. Quizá pueda

⁴⁴ A pesar de lo sostenido con tanta frecuencia desde el sector cooperativo; por muchos, véase lo indicado *supra* nota 10.

⁴⁵ Por la existencia, en su caso, del llamado «retorno cooperativo» o por la retribución de las aportaciones al capital social a un interés determinado.

⁴⁶ No entramos ahora en el concreto significado jurídico que pueda atribuirse a estos principios. La cuestión, en cuyo análisis no ha faltado ni falta la retórica, no disfruta todavía de una segura posición doctrinal, al margen de que, como es sabido, son numerosas las leyes que en el ordenamiento jurídico español se refieren a ellos, con fórmulas, eso sí, no siempre homogéneas. Críticamente sobre su valor jurídico, SANTOS DOMÍNGUEZ, M. Á.: *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la Asamblea general*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 241 y ss.

⁴⁷ Sobre la distinción entre forma, tipos y clases de cooperativas, con las consecuencias jurídicas que ello implica, ALFONSO SÁNCHEZ, R./ANDREU MARTÍ, M.ª M.: «Tipología societaria y empresas de economía social», cit., pp. 62 y ss. Como queda dicho en el texto, sólo respecto de ciertas clases de cooperativas puede predicarse, como elemento esencial de su naturaleza, la idea de responsabilidad social.

⁴⁸ Así puede deducirse de lo dispuesto en el art. 13, 3.º de la Ley 44/2015, de sociedades laborales y participadas. En dicho precepto, inserto en una norma relativa al «órgano de administración» de dichas entidades, se indica que la actuación de los administradores (cualquiera sea el modo con arreglo al cual se haya articulado dicho órgano) «debe ser diligente, leal, responsable, transparente y adecuada a las peculiaridades de la sociedad laboral como modelo de sociedad específico. Deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». No se trata de un precepto de interpretación sencilla (al respecto, GRIMALDOS, M.ª I.: «Especialidades en materia de órgano de administración», en ANDREU MARTÍ, M.ª M. [dir.]: *El régimen jurídico de las sociedades laborales*, cit., pp. 197-206), lleno como está de buenas intenciones y conceptos jurídicos indeterminados. Parece claro, no obstante, que la necesidad de que el comportamiento de los administradores en estas sociedades haya de ser «responsable» ha de situarse en la órbita de la RSC, sin vínculo alguno con su responsabilidad civil. Por otro lado, el artículo acierta al conectar la responsabilidad social con la actuación de los administradores, desde una perspectiva general, sin perjuicio de aludir seguidamente a algunas circunstancias que pueden ser consideradas

sostenerse algo similar respecto de las asociaciones que persiguen la realización de un interés público, si bien aquí este criterio no aparece consignado en una norma determinada, sino que es, más bien, la consecuencia valorativa de una serie de circunstancias vinculadas con la naturaleza de dichas entidades.

Donde mejor cabe apreciar la inherencia de la RSC a la naturaleza de la entidad de Economía social es en las fundaciones o, de manera más concreta, en el caso de la fundación empresaria. Esta persona jurídica, por ser fundación, ha de perseguir un fin de interés general (art. 2 LF), y por ser empresario es (*rectius*, debe ser⁴⁹) socialmente responsable sólo por su mera constitución, cabría decir; se trataría, entonces, de una entidad socialmente responsable por la forma jurídica elegida, de modo si se quiere paralelo al conocido supuesto de la mercantilidad por razón de la forma regulado, como se sabe, en el art. 2 LSC.

Los ejemplos de fundación empresaria en nuestro Derecho son escasos y el que quizá merezca tenerse más en cuenta es el que representa, con especial importancia, la fundación bancaria; se trata de una modalidad de lo que suele denominarse *fundación con empresa*, por intervenir la fundación en la actividad empresarial en el mercado de manera indirecta, mediante su participación (en ocasiones única o ampliamente mayoritaria) en entidades bancarias (sociedades anónimas). No es este el momento de entrar en el análisis detallado de esta modalidad fundacional, supuesto específico de la fundación empresaria, cuya regulación general, sumamente escasa, se encuentra, como sabemos, en el Derecho de fundaciones vigente entre nosotros.

En todo caso, la fundación bancaria, con arreglo a su normativa reguladora, contenida en la Ley 26/2013, se regirá lógicamente por la misma, así como por la ley de fundaciones que le resulte aplicable, de acuerdo con lo que dispone el art. 33 de aquélla. Y ello sin perjuicio, como ya se ha indicado, de la influencia que en su efectiva conformación jurídica pueda llegar a desempeñar el Derecho de sociedades⁵⁰.

ejemplos concretos de la misma. No es fácil adivinar, por último, la razón que llevó al legislador a incluir expresamente estas alusiones en la Ley 44/2015, sin que resulte sencillo determinar el valor que quepa atribuirles en el contexto genérico del Derecho español de sociedades.

⁴⁹ No es pacífica en nuestra doctrina la idea de atribuir la condición de empresario a la peculiar figura que se denomina «fundación con empresa», es decir, aquel supuesto en el que la persona jurídica no ejerce directamente la actividad empresarial, sino que interviene en ella mediante su participación, por lo común mayoritaria (o, incluso, única) en una sociedad mercantil dedicada, de manera inmediata, a la misma. En cualquier caso, se parte aquí de una concepción «funcional» de la condición de empresario, por lo que puede aceptarse, con carácter general, dicho calificativo respecto de todas las fundaciones que intervengan en la actividad empresarial, bien sea mediante su ejercicio directo, bien sea de manera mediata. El ejemplo de la fundación bancaria, al que se alude en el texto, es, quizá, el más representativo de dicha categoría en el Derecho español.

⁵⁰ Véase *supra* V, 2, B).

VII. **ESTÁTICA Y DINÁMICA EN EL DERECHO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: EL RELIEVE DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL DE LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL**

Las referencias que venimos exponiendo dentro de la tesis que informa el desarrollo de este trabajo aparecen situadas en un ámbito que podría calificarse de *estático*, tanto en lo que atañe al Derecho de sociedades como en lo relativo a las empresas de Economía social. Con dicho calificativo se intenta destacar que las reflexiones vertidas hasta el momento se han centrado en asuntos (la delimitación tipológica de dichas empresas y los mecanismos precisos para su mejor organización interna, esencialmente) que reflejan una suerte de «foto fija» de los protagonistas de la Economía social; en todo caso, esa manera de proceder ha estado orientada en todo momento por el propósito de mostrar la utilidad que el Derecho de sociedades les proporcionaría para su mejor conformación como personas jurídicas titulares de una actividad empresarial.

No parece necesario justificar este planteamiento para conseguir la adecuada instalación de dichos sujetos en el mercado. Pero, precisamente porque su actividad se concibe respecto de y se desarrolla en el propio mercado, la consideración de las empresas de Economía social en su dimensión estática constituye meramente un presupuesto, sin duda imprescindible, de su efectiva individualización como sujetos del mismo; el Derecho, sin embargo, no puede detenerse ahí y ha de establecer los caminos idóneos para el eficaz funcionamiento de las empresas en el mercado, dando cauce a la *movilidad empresarial*, una circunstancia hoy no sólo en alza sino verdaderamente decisiva.

Con la alusión a la vertiente *dinámica* de las empresas de Economía social, como un elemento decisivo en la adecuada conformación de su Derecho, no se quiere decir que hayan de estudiarse todas y cada una de las operaciones realizadas por las mismas; tampoco se trata de proponer la consideración de los diversos actos que como auténticas empresas lleven a cabo en el mercado desde una vertiente que trascienda sus procesos internos de organización y decisión. La cuestión reside, más bien, en dar un paso decidido desde la taxonomía y la morfología —que de este modo podría calificarse al análisis estático, todavía asumido como mayoritario en la labor de los juristas— a las «posibilidades circulatorias» de y hacia las entidades de Economía social.

El asunto tiene que ver, de entrada, con una materia ya esbozada en páginas anteriores⁵¹, como es la relativa al modo de delimitar normativamente el conjunto de las empresas de Economía social y, dentro de este ámbito, con la relevante cuestión de si nos encontramos ante un elenco determinado de sujetos —un *numerus clausus*— o se trata más bien de un *numerus apertus*, con amplio espacio para la libertad contractual en el terreno de la tipología organizativa. No es segura

⁵¹ Véase *supra* IV, 2 y, especialmente, nota 19.

la respuesta que a esta cuestión quepa deducir de la LES, a la vista de la escasa claridad de su (breve) contenido, así como a la discrepancia doctrinal existente.

Con todo, este debate, que se vincula con la cuestión general de la autonomía de la voluntad en el Derecho de sociedades o, si se quiere más ampliamente, de las organizaciones, incluyendo a las empresas sociales, tiene que ver con la dinámica de todas ellas, pero como presupuesto de su propia constitución en la mayor parte de los casos. Se hace preciso, por tanto, contemplar lo que hace un momento se ha denominado «posibilidades circulatorias» de las entidades objeto de análisis, tanto en el seno de la Economía social como más allá de sus fronteras, entrando en relación con o teniendo como destino a las entidades propias de la Economía mercantil. Y, recordando la ya aludida, y seguramente deseable, «mutua fecundación» entre ambos sectores de la realidad económica y empresarial⁵², habría que tomar en consideración, a la vez, la «circulación inversa», es decir, desde la Economía mercantil a la Economía social.

Los movimientos que, de manera muy elemental, acabamos de describir nos sitúan ante un terreno bien conocido, el de las *modificaciones estructurales de las personas jurídicas*, que ha adquirido, justamente, especial relieve en el campo del Derecho de sociedades a lo largo de un dilatado y complejo proceso evolutivo. El resultado final de dicho proceso, desde la perspectiva reguladora, que es la que aquí más nos interesa, se identifica, como es bien sabido, con la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LMESM)⁵³, cuya precisa denominación muestra bien a las claras su principal propósito, así como el ámbito material de aplicación de la norma. No obstante, en alguna de sus modalidades, como sucede con la transformación, encontramos un interesante vínculo con la Economía social o, más precisamente, con las sociedades cooperativas, como ejemplo más relevante de dicha categoría (art. 4, 5.º LMESM).

Para comprender y delimitar debidamente el marco de las «posibilidades circulatorias», a propósito de la movilidad empresarial dentro del tema que nos ocupa, hay que conocer bien, como punto de partida, la particular regulación existente sobre modificaciones estructurales dentro del Derecho de la Economía social. En tal sentido, y del mismo modo que en otros supuestos, resulta notorio el predominio del tratamiento individualizado, según el tipo de empresa social de que se trate, como principal rasgo identificador. Pero, del mismo modo, esa disciplina específica ha solido centrarse alrededor de las modificaciones estructurales

⁵² Véase *supra* III, 3.

⁵³ Al respecto, por muchos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2 vols., Cizur Menor, Aranzadi, 2009, y GARRIDO DE PALMA, V. (dir.): *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. Últimamente, y desde la importante perspectiva de la tutela de los socios, GARCÍA ÁLVAREZ, B.: «La protección de los socios ante las modificaciones estructurales: una visión general», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.): *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, cit., pp. 175-202, y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «El derecho de separación del socio minoritario en las modificaciones estructurales de la sociedad», *ibidem*, pp. 203-244.

homogéneas, es decir, las protagonizadas por las empresas de Economía social contempladas en la particular regulación. No ha faltado, con todo, alguna referencia a modificaciones heterogéneas, siempre, eso sí, de carácter minoritario, con inclusión, en tal caso, de las figuras propias de la Economía mercantil.

Este rapidísimo resumen sobre la regulación de las modificaciones estructurales en el Derecho de la Economía social debe completarse, en todo caso, con dos advertencias: la primera se refiere a que, por lo común, ningún tratamiento de este asunto en la órbita de la Economía social comprende tantas posibilidades modificatorias como las existentes en la LMESM; la segunda, por su parte, tiene que ver con el carácter sustancialmente incompleto de esa regulación. Ambas advertencias, además de las anteriores consideraciones, se ponen de manifiesto con especial relieve en la legislación cooperativa, tanto estatal como autonómica y, en menor medida, en la normativa de fundaciones, con igual pluralidad en lo que atañe al titular de la competencia legislativa.

La ordenación de las modificaciones estructurales en el ámbito de la Economía social constituye, por tanto, un asunto clave que aquí sólo podemos dejar apuntado, señalando, eso sí, la necesidad de abordarlo con sumo cuidado técnico, de modo que se eviten los apriorismos a la hora de enunciar las correspondientes respuestas normativas. Para quienes, dentro de la Economía social, se encuentran todavía instalados en la mentalidad defensiva a la que ya hemos hecho alusión⁵⁴, quizá lo más fácil fuera establecer un «muro de separación» entre las distintas formas jurídicas (de la Economía social y de la Economía mercantil) a propósito de las modificaciones estructurales, ignorando, como realidad característica de nuestro tiempo, la extraordinaria movilidad del mundo empresarial.

También aquí el Derecho de sociedades, con arreglo a la tesis ya expuesta, puede y debe ser el elemento de referencia imprescindible; y ello, sin perjuicio de que, por la complejidad, tanto de fondo como de naturaleza procedimental, que caracteriza al sector de las modificaciones estructurales, sería preciso avanzar, sobre la base de la LMESM, hacia una *regulación sustancialmente unitaria* de dicho fenómeno para todos los sujetos del mercado, pertenezcan a la Economía social o a la Economía mercantil. El principal problema se sitúa, desde luego, en el ámbito de lo que hemos denominado «modificaciones heterogéneas», es decir, que comprendan, en una sola figura, a sujetos de ambos sectores; con todo, el ejemplo de otros ordenamientos, como sucede, entre los más cercanos, con el Derecho italiano tras la modificación del *Codice civile* de 2003, puede servir de adecuado elemento de sustentación a tal efecto.

⁵⁴ Véase *supra* I, 3, entre otras referencias.

VIII. CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y GRUPOS DE SOCIEDADES. SU RELIEVE EN EL SECTOR DE LA ECONOMÍA SOCIAL

La breve referencia a las modificaciones estructurales que acabamos de hacer permite aludir, por último, a otro asunto del mayor interés, en el marco de lo pretendido con el presente trabajo, con el cual muestra signos de proximidad⁵⁵. Nos referimos al Derecho de las uniones de empresas y, más concretamente, de los *grupos de sociedades*, habitualmente estudiado y regulado (aunque sea en pocos ordenamientos) dentro del Derecho de sociedades (de capital), por ser éstas las habituales figuras integrantes de estas singulares uniones de empresas.

Aunque tardíamente, sobre todo en relación con su desarrollo en la práctica empresarial, ha empezado a ser estudiado el fenómeno que nos ocupa en el marco de la Economía social. Como en tantas otras ocasiones, algunas de las cuales se han puesto de manifiesto en el presente estudio, el fenómeno de los grupos dentro del Derecho de la Economía social, o con particular influencia o predominio de las entidades en él integradas, se ha analizado de manera individualizada, prestando atención a las figuras principales de dicho sector del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, hay que mencionar, una vez más, a las cooperativas, por existir en dicho ámbito desde hace varias décadas, tanto dentro como fuera de España, un relevante *corpus* doctrinal. No sucede lo mismo con el Derecho positivo, a pesar de que entre nosotros (y con las particularidades que nos son conocidas en punto a las fuentes del Derecho de cooperativas en España) existen normas diversas que, de manera sin duda parcial y esquemática, han pretendido regular aspectos básicos de los grupos de sociedades cooperativas. Es el caso, por ejemplo, del art. 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, que se ocupa de la figura del «grupo cooperativo» dentro de la normativa estatal sobre las sociedades de dicha naturaleza, donde la brevedad de la disciplina no impide reconocer que, para el legislador español, es el *grupo horizontal o paritario* la estructura empresarial regulada⁵⁶.

⁵⁵ Sobre los vínculos entre las modificaciones estructurales y los grupos de sociedades, no tanto en lo que se refiere al resultado de la concreta alteración societaria, sino en los instrumentos mediante los cuales se llevan a cabo, en el procedimiento desarrollado al efecto, así como en la posición de ciertos intereses necesitados de tutela, véase EMBID IRUJO, J. M.: «Grupos de sociedades y modificaciones estructurales», en GARRIDO DE PALMA, V. (dir.): *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, cit., pp. 53-81.

⁵⁶ Puede verse, por muchos, el fundamental estudio de ALFONSO SÁNCHEZ, R.: *La integración cooperativa y sus técnicas de realización. La cooperativa de segundo grado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, donde se analiza con especial rigor el relieve de los grupos paritarios como forma de expresión preferente de la integración cooperativa. No obstante, empieza a ganar adeptos en los últimos tiempos la idea de entender compatible la integración cooperativa con los grupos de naturaleza jerárquica, ocupando en ellos la sociedad cooperativa no sólo el vértice del grupo, como entidad dominante, sino también la posición de sociedad dominada; en este sentido, cfr. SANTOS DOMÍNGUEZ, M. A.: *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la Asamblea general*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 817 y ss. Con todo, la considerable atención prestada al grupo paritario

Mucho más reciente es el tratamiento de los grupos de fundaciones o, mejor dicho, de los grupos encabezados por fundaciones, al hilo de algunos supuestos prácticos y de la influencia de la doctrina de otros países (sobre todo Alemania, pero también Italia) al respecto. La todavía reciente tipificación de las fundaciones bancarias, a las que, casi por su propia naturaleza, corresponde la dirección efectiva de algunos grupos en sectores tan relevantes como el financiero, ha venido a dar más actualidad al asunto y, simultáneamente, a poner de manifiesto su considerable importancia. Incluso la Jurisprudencia se ha hecho eco (en la STS de 15 de marzo de 2017) como ejercicio aparentemente teórico, pero con indudable influencia en supuestos reales, de que la fundación (como la persona física) puede estar en la cabeza de un grupo, dentro del terreno, tan relevante con motivo de la crisis económica, de los grupos en el ámbito del Derecho concursal⁵⁷.

De entre las múltiples cuestiones que suscita el Derecho de grupos⁵⁸, materia que, en paralelo con el propio Derecho de la Economía social, se encuentra todavía en el camino de su verdadera formación institucional, quizá sea la relativa a su ordenación interna como nueva forma de empresa la que plantee mayores dificultades. Como es bien sabido, no cabe contar aquí con el esfuerzo orientador del Derecho positivo, desde luego, en España, pero también en la gran mayoría de los ordenamientos, incluida la Unión europea. No obstante, el papel del Derecho de sociedades, dentro del cual ha nacido y se ha desarrollado la pretensión reguladora de los grupos, es, de nuevo, decisivo y gracias a su concurso será posible consolidar los pasos que, de manera un tanto limitada, se observan al respecto en el ámbito de la Economía social.

Por los motivos expuestos (escasa regulación positiva, insuficiente atención doctrinal y reducida aportación de los tribunales), resulta oportuno destacar el destacado relieve que en el tema que nos ocupa podría corresponder a la Jurisprudencia cautelar⁵⁹. Es más, por ser el grupo una estructura organizativa derivada

convierte a la Economía social, dentro del preciso ámbito que ahora nos ocupa, en un elemento susceptible de influir en la Economía mercantil, donde dicha figura ha quedado un tanto en la sombra y sin una precisa construcción dogmática, como consecuencia, sobre todo, del predominio del grupo jerárquico en la segunda y de la focalización en él y en sus problemas de la atención legislativa y doctrinal. Véase, con todo, y últimamente, SANTAGATA, R.: «Coesione ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo», *BBTC*, LXX, 2017, pp. 431-471, poniendo de manifiesto, a propósito de los grupos integrados por entidades de crédito de naturaleza cooperativa en Italia, que en el grupo paritario el poder de decisión de la entidad que lo ejerza ha de calificarse como «poder-deber» o «poder-función», no sólo porque deba ejercerlo sino porque ha de hacerlo de acuerdo con la lógica específica de dicha modalidad de grupo, lo que en el ámbito cooperativo, como subraya el autor, tiene una especial trascendencia.

⁵⁷ Al respecto, EMBID IRUJO, J. M.: «Delimitación del grupo en el concurso. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil, sección 1.ª), número 190/2017, de 15 de marzo», *RJNot*, 102-103, 2017, pp. 773-791.

⁵⁸ Al respecto, EMBID IRUJO, J. M.: «El Derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *RDM*, 304, 2017, pp. 13-40, y, más recientemente, PAZ-ARES, C.: «¿Derecho común o Derecho especial de grupos? Esa es la cuestión», en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª B./COHEN BENCHETRIT, A. (dirs.): *Derecho de sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 1439-1588.

⁵⁹ Así se pudo comprobar en Alemania, desde finales del siglo XIX hasta mediados de la centuria

estrictamente de la libertad contractual, parece necesario dotarle de una auténtica «constitución» jurídica mediante instrumentos como el contrato de grupo para cuya elaboración puede resultar decisivo el aporte del Notariado⁶⁰.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

De manera preferentemente sintética, en el presente trabajo se ha intentado mostrar la utilidad del Derecho de sociedades como factor de sustentación y de seguridad para el Derecho de la Economía social⁶¹. Ese repaso se ha referido a los aspectos fundamentales en los que se traduce este último sector jurídico y que contempla, como es sabido, las reglas básicas de la organización propia de las entidades de Economía social. Como la normativa específicamente elaborada para ellas o, al menos, la que se ha concebido con carácter general, como la LES, muestra notorias insuficiencias, tanto de concepción como de régimen jurídico propiamente dicho, se hace preciso recurrir al Derecho de sociedades. Se trata, por otra parte, de un planteamiento ya ensayado desde la vertiente particular de algunas entidades de Economía social, como pueden ser las sociedades cooperativas y también, aunque pueda resultar paradójico, de las entidades de base institucional, como las fundaciones.

Parece evidente la conclusión de que el Derecho de la Economía social es una disciplina que se encuentra en sus comienzos y necesita elementos de estructuración y de articulación interna que sólo le puede proporcionar, ante la insuficiencia reguladora, una materia ya consolidada como el Derecho de socie-

pasada, por la conocida ausencia de disciplina legislativa al respecto en el ordenamiento jurídico de aquel país; en tal sentido, FLEISCHER, H.: «Kautelarjurisprudenz und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen», cit., pp. 240-242.

⁶⁰ En un proceso similar, con importantes diferencias, no obstante, al que dio vida entre nosotros a la sociedad de responsabilidad limitada. Sobre el contrato de grupo, su licitud en Derecho español, su posible consignación en escritura pública y el papel del Notariado en su elaboración, véase EMBID IRUJO, J. M.: «Los grupos de sociedades como problema jurídico», *AAMN*, XXXIX, 2000, pp. 183-230, especialmente pp. 225 y ss.

⁶¹ Por su impronta estrictamente jurídica y por su carácter no sólo actual, sino, sobre todo, prospectivo, el presente trabajo no ha tomado en cuenta las cuestiones de orden empresarial ni tampoco la realidad concreta (por ejemplo, la presencia en el mercado) de cada una de las entidades de Economía social realmente existentes. Algunas informaciones al respecto, sustancialmente actualizadas, se encuentran en la *Estrategia Española de Economía Social 2017-2020*, sobre todo en los apartados introductorios, a cuya consulta remitimos al lector interesado. Se ha prescindido, igualmente, del relieve de las nuevas tecnologías en la Economía social, a pesar de que esta circunstancia constituye una de las «nuevas fronteras» del Derecho privado, de consideración imprescindible, y en la que, por otra parte, la contribución del Derecho de sociedades puede resultar, si cabe, más relevante aún. La materia viene siendo objeto de creciente atención por la doctrina y también, aunque en menor grado, por el legislador, centrado, casi de manera exclusiva, en la constitución telemática de las sociedades, en la página web de las sociedades o en la participación a distancia en las sesiones de los órganos sociales. Últimamente, con un amplio planteamiento, SPINDLER, G.: «Gesellschaftsrecht und Digitalisierung», *ZGR*, 47-1, 2018, pp. 17-55. No parece necesario poner de manifiesto el relevante papel que, a tal efecto, corresponde a la Jurisprudencia cautelar, como subraya, a propósito de la constitución telemática de las sociedades de capital, TEICHMANN, C.: «Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften», *GmbHHR*, 1, 2018, pp. 1-15, especialmente p. 13.

dades. Esta afirmación que, a la altura del momento presente, no parece necesitar pruebas específicas, no resulta incompatible, sin embargo, con la proposición opuesta, es decir, con la posibilidad de una influencia cierta del Derecho de la Economía social en las instituciones societarias que conforman la Economía mercantil⁶².

Es más, algunas orientaciones características de estas últimas figuras en tiempos recientes (en materias, por ejemplo, de tipología societaria, de responsabilidad social de la empresa, o en lo que atañe a algunas estructuras características del moderno Derecho de grupos) acogen principios e ideas característicos, aunque no siempre bien desarrollados, de la Economía social. No parece utópico pensar en una suerte de «mutua fecundación» futura, de modo que la intensa influencia del Derecho de sociedades sobre nuestra disciplina se compense con un movimiento opuesto susceptible de equilibrar la «transferencia institucional» entre ambas magnitudes jurídicas⁶³.

Por ser, finalmente, las empresas de Economía social auténticos operadores del mercado y disponer para su concreta configuración de un instrumento tan destacado como la libertad contractual, pensamos que la Jurisprudencia cautelar y, en particular, el Notariado, puede desempeñar un papel de extraordinario relieve en la tarea de dar cauce al amplio elenco de posibilidades que se derivan de ambas circunstancias. No ha sido el sector de la Economía social un terreno habitual de reflexión y análisis desde esta perspectiva, a diferencia de lo que cotidianamente vemos en lo que se refiere al Derecho de sociedades. El valor ejemplar de esta disciplina jurídica para el mejor desarrollo del Derecho de la Economía social puede encontrar en la Jurisprudencia cautelar el vehículo idóneo para su más ade-

⁶² No sería imposible deducir de la interpenetración de ambas materias en el momento presente la consolidación de un punto de partida para lograr una ordenación más social de la actividad económica en el mercado, con independencia de la naturaleza del sujeto activo que la lleve a cabo. No se trata, con todo, de un argumento exclusivo de nuestro tiempo, sino que hunde sus raíces, como la RSC, repetidamente aludida en este trabajo, en formulaciones y realidades relativamente antiguas, de cuya experiencia sería posible extraer fructíferas lecciones. Una adecuada expresión del «ambiente espiritual» que, en otro tiempo, sirvió para finalidades similares, lo encontramos en la obra, variada y multiforme, de Walther Rathenau, cuya importancia no es preciso destacar, de la que transcribimos ahora una sintética fórmula (tomada de su libro *Von kommenden Dingen*, 1917, y que recoge hoy FLEISCHER, H.: «Walther Rathenau: Vom Aktienwesen — Eine geschäftliche Betrachtung [1917]», *Juristenzeitung*, 20/2017, p. 991): «La Economía no es un asunto privado, sino cuestión común, no un fin exclusivo, sino medio hacia lo absoluto, no una pretensión, sino responsabilidad» (*Wirtschaft ist nicht Privatsache, sondern Gemeinschaftssache, nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Absoluten, nicht Anspruch, sondern Verantwortung*).

⁶³ Lo que no impide reconocer la singularidad de ciertas nociones, bien en el campo del Derecho de sociedades de capital, bien en lo que se refiere a las entidades de Economía social, aunque su manifestación aparente pueda hacernos creer en una identidad sustancial. Es el caso, por ejemplo, del interés social, magnitud relevante en el Derecho de sociedades de capital, como es bien sabido, no exactamente equivalente, por ejemplo, al interés de la sociedad cooperativa, cuya autonomía y contenido específico se han afirmado recientemente; cfr. RAKOTOVAHINY, M.: «Prolégomènes sur l'existence d'un intérêt coopératif», *RTDCom*, 2018, pp. 307-315.

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

cuada configuración jurídica, con independencia, incluso, de la base asociativa o institucional de sus entidades protagonistas⁶⁴.

(Trabajo recibido el 26/02/2019
y aceptado para su publicación el 23/04/2019)

⁶⁴ No es posible entrar ahora en las múltiples cuestiones que pueden deducirse, con carácter genérico, de lo indicado en el texto, y que, por su mismo carácter global, terminarían por afectar a la propia comprensión del Derecho y a la función de los juristas. Quizá merezca la pena recordar, a este respecto, la conocida fórmula («El Derecho no se crea, sino que se descubre»), tantas veces expresada por ROCA SASTRE (por ejemplo, en el prólogo a PUIG BRUTAU, J.: *Estudios de Derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951), y que, en su misma sencillez, compendia y refleja una de las funciones fundamentales de la Jurisprudencia cautelar (véase sobre esta gran figura del Derecho, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Ramón María Roca Sastre, jurista en su vida y en su obra*, Madrid, Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España, 1998). Últimamente, parece partir de este mismo criterio, si bien con más amplia pretensión, en el complejo contexto jurídico de nuestros días, GROSSI, P.: *L'invenzione del Diritto* (Roma-Bari, Laterza, 2017). La «invención» mencionada en el título de este libro no debe asumirse al modo usual en nuestro tiempo, sino que el autor, en el vínculo que establece con el Derecho, la deriva o deduce del término latino *invenire*, entendido no como creación de algo nuevo —en el sentido que, por ejemplo, se le atribuye en el Derecho de patentes—, sino como propuesta de definir algo que se debe buscar y encontrar. Con todo, la «invención» de la que habla GROSSI lleva en sí misma una actividad «creativa», con todos los matices que se quiera dar a este término, si bien se ha de tratar de una creación acorde con las valoraciones sociales del momento. Por ello, tal vez quepa afirmar que estaríamos, en la formulación de nuestro autor, ante una «creación de segundo grado», en cuanto que la actividad «inventiva» operaría sobre una realidad preexistente respecto de la cual habrá de resultar fructífera la labor de búsqueda y consiguiente encuentro. Al respecto, LIPARI, N.: «A partire de “L'invenzione del Diritto” di Paolo Grossi», *Riv. Dir. Civ.*, LXIV-2, 2018, pp. 349-360.

LA ESPERADA REFORMA DEL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

M.^a MERCEDES CURTO POLO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN

A través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, se ha producido una importante reforma del criticado art. 348 bis LSC, mediante la cual se ha logrado un mejor encaje de la causa de separación recogida en el precepto en nuestro Derecho de Sociedades. La exigencia del transcurso de varios ejercicios sociales sin haber procedido al reparto de dividendos permite presumir que el atesoramiento de los beneficios sociales constituye una práctica opresiva de la minoría por parte de la mayoría, que justifica que al socio minoritario le sea reconocido el derecho a salirse de la sociedad a cambio de una valoración razonable de su participación en la misma. Con todo, cabe preguntarse si no hubiera sido preferible optar por el reconocimiento de un derecho de separación por justa causa que permitiera una mayor flexibilidad en el ejercicio del derecho de separación y una mejor ponderación de todos los intereses afectados.

Palabras clave: sociedades cerradas, atesoramiento abusivo de beneficios sociales, opresión de la minoría, abuso de la mayoría, derecho de separación, interés social.

THE EXPECTED AMENDMENT OF ARTICLE 348 BIS OF THE SPANISH CORPORATIONS LAW

ABSTRACT

After much criticism, Article 348 bis of the Spanish Corporations Law has been deeply amended by Act 11/2018, of 28 December. The right of separation recognised in that article fits better in Spanish Corporation Law after the reform. According to the new wording, several years should pass before the minority shareholder can leave the company due to the lack of distribution of dividends, because only then can an excessive retention of profits be qualified as an oppressive conduct of the majority shareholders against the minority. Nevertheless, it is worth considering if is the correct solution or, on

M.^a MERCEDES CURTO POLO

the contrary, it should have been better to recognise a general right of separation for just cause in our Company Law.

Keywords: Close Corporations, excessive retention of benefits, oppression of minority, abuse of majority, right of separation, company's interests.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO POR NO REPARTO DE BENEFICIOS SOCIALES. ANÁLISIS DEL ART. 348 BIS LSC TRAS LA REFORMA. 1. La reforma del art. 348 bis LSC operada mediante la Ley 11/2018, de 28 de diciembre. 2. Carácter renunciante del derecho de separación reconocido en el art. 348 bis LSC. 3. Análisis del art. 348 bis LSC. 3.1. Ámbito de aplicación. 3.2.— Presupuestos para el ejercicio del derecho de separación reconocido en el art. 348 bis LSC. 3.2.1. Presupuestos subjetivos. 3.2.2. Presupuestos formales. 3.2.3. Presupuestos temporales. 3.2.4. Presupuestos objetivos. 4. Procedimiento para el ejercicio del derecho de separación por no reparto de beneficios sociales y efectos. 5. Fundamento del art. 348 bis LSC.—III. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La tutela de la minoría es un auténtico caballo de batalla del moderno Derecho de sociedades de capital. De ahí que el tema de la protección de la minoría en este tipo de sociedades sea recurrente entre la doctrina mercantilista y que el legislador haya venido dando en el tiempo distintas soluciones a esta cuestión¹. Con todo, no existe un tratamiento legislativo sistemático ni ordenado de esta problemática, ni en nuestro ordenamiento, ni en el de los países de nuestro entorno; lo cual determina que el debate en torno a la protección de los socios minoritarios siga estando abierto². Tal como ha afirmado alguna autora a la hora de enfrentarse a esta materia, «*minority shareholders rights provide great fun for academics and some rich pickings for lawyers but are otherwise a fairly incoherent mess*»³.

Si esto es cierto para cualquier tipo de sociedad de capital, a mayor abundamiento esta afirmación adquiere toda su virtualidad práctica en relación con las sociedades cerradas. Debido a las características estructurales de éstas⁴, con el

¹ Tal como afirma la doctrina que se ha ocupado del tema, la tutela del socio y de la minoría es seguramente uno de los temas más clásicos, si no el más clásico, dentro del Derecho de sociedades. CERRAI/MAZZONI: «La tutela del socio e delle minoranze», *Rivista delle Società*, 1993, p. 1 y ss., p. 1.

² Es importante aclarar desde este momento que en realidad todo el Derecho de sociedades puede tener cierta relevancia para la protección de los socios minoritarios. Y ello porque las reglas relativas a la estructura, el funcionamiento o el control de una sociedad de capital constituyen un conjunto de reglas de controles y contrapesos («*checks and balances*») que pueden incidir directa o indirectamente en la protección de la minoría. Sin embargo, existen mecanismos específicos que requieren de una cierta actuación por parte de los socios. Son estos los que son considerados como mecanismos de protección de la minoría. Vid. PERAKIS, E.: *Rights of Minority Shareholders, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Brisbane (Australia) 2002*, Editorial Bruylant, Bruselas, 2004, p. 24.

³ DINE J.: «United Kingdom», en PERAKIS, E.: *Rights of Minority Shareholders*, op. cit., p. 743 y ss., p. 781.

⁴ A falta de un reconocimiento legal, es preciso partir del concepto doctrinal de sociedad cerrada. Ésta, según pone de manifiesto la doctrina, no viene determinada en función del tipo social

tiempo suelen consolidarse en su interior mayorías y minorías estables en conflicto. En cambio, en las sociedades abiertas —siendo paradigmáticas a este respecto las sociedades cotizadas—, las posiciones de mayoría y minoría no necesariamente permanecerán inalteradas y, en todo caso, para la buena marcha de la sociedad y su buen posicionamiento en el mercado, la mayoría tratará de evitar situaciones de opresión de los minoritarios que puedan dañar la reputación de la sociedad y desincentivar la inversión en la misma⁵.

En este contexto la opresión de la minoría mediante el atesoramiento injustificado de los beneficios sociales⁶ se dará con mucha mayor frecuencia en las sociedades cerradas que en las sociedades cotizadas en las que, con carácter anual,

elegido, sino por la estructura interna de la propiedad, por cuanto la sociedad cerrada se caracteriza por la existencia de un número reducido de socios, estrechamente vinculados entre sí, involucrados en la actividad empresarial, que obtienen sus ingresos principalmente de la sociedad, y con un mercado limitado para la transmisión de sus acciones o participaciones sociales FLEISCHER, H.: «The Law of Close Corporations», SCHAUER, M./VERSCHRAEGEN, B.(eds): *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Global Studies of Comparative Law, 24, Springer, 2017, p. 319 y ss.; ÍDEM, «Die geschlossene Kapitalgesellschaft in Rechtsvergleich», ZGR, 1/2016, p. 38 y ss.; VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de capital cerradas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 44 y ss.; MEGÍAS LÓPEZ, J.: «Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: Abuso de mayoría y de minoría», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (2014) p. 13 y ss., p. 18.

⁵ Así, tal como se apunta en la doctrina, en las sociedades cotizadas o abiertas existe un mayor incentivo para proteger a la minoría inversora debido a las necesidades de capital, lo cual lleva a proporcionar una mayor información a los socios, siendo precisamente la falta de información en relación con determinadas decisiones relevantes de la sociedad uno de los instrumentos utilizados por la mayoría para oprimir a la minoría en las sociedades cerradas. Vid. LODERER, C./WAELCHLI, U.: «Protecting Minority Shareholders: Listed versus Unlisted Firms», *Financial Management*, vol. 39, núm. 1, Primavera 2010, p. 33 y ss.

⁶ La «opresión de la minoría» parte de un conflicto de intereses entre la mayoría y la minoría en el seno de una sociedad cerrada, que reviste carácter estructural (y no meramente esporádico), y que se produce cuando la mayoría, haciendo un uso abusivo o desleal de su poder de control dentro de la sociedad, pretende satisfacer sus intereses extrasociales en detrimento de los legítimos intereses de los socios minoritarios. Desde una concepción evolucionada del interés social, consagrada en el art. 204.1 II LSC, tras la reforma operada en virtud de la Ley 31/2014, puede entenderse que cuando la mayoría utiliza su poder dentro de la sociedad para priorizar injustificadamente sus intereses extrasociales en perjuicio de los legítimos intereses sociales de los minoritarios, se produce igualmente una lesión al interés social, aun cuando propiamente no quede afectado negativamente el interés común de los socios entendido como la maximización del valor de la empresa y, por tanto, en una dimensión claramente patrimonial. Vid. CURTO POLO, M. M.: *La protección del socio minoritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 39 y ss. Una de los supuestos más frecuentes de opresión de la minoría se produce a través de un atesoramiento abusivo de los beneficios sociales, mientras que la mayoría continúa participando de los recursos sociales a través de otros mecanismos, como el incremento de las retribuciones por los cargos que ocupan dentro de la sociedad. Dado que en las sociedades cerradas es frecuente que la principal fuente de ingresos de los socios provenga de la sociedad, un acuerdo reiterado de no reparto de dividendos impuesto por la mayoría de control obligará a los socios minoritarios a buscar la salida de la sociedad mediante la venta de sus participaciones a los socios mayoritarios, que serán los únicos interesados en su adquisición y que se aprovecharán de la falta de mercado para imponer un precio excesivamente bajo. O'NEAL, F.G./THOMPSON, R.B.: *O'Neal and Thompson's Oppression of Minority Shareholders and LLC Members*, Thomson Reuters West, 2012, Chapter 3. Vid., también, FLEISCHER, H.: «Chapter 3. Shareholders Conflicts in Closed Corporations», en BACHMANN, G./EIDENMÜLLER, H./ENGERT, A./FLEISCHER, H./SCHÖN, W.: *Regulating the Closed Corporation*, De Gruyter, Berlín, Boston, 2014, p. 37 y ss.

suele reservarse una parte del resultado positivo de cada ejercicio a la distribución de dividendos entre los accionistas; y, en todo caso, al socio disconforme con la política de reparto de dividendos le quedará la opción de vender sus acciones e invertir sus recursos en sociedades que considere más rentables a corto plazo.

Por el contrario, en las sociedades cerradas es posible que la mayoría utilice su condición privilegiada para apropiarse de lo que debería ser repartido entre todos los socios, poniendo a los socios minoritarios en una situación ciertamente complicada dado que la desinversión es poco factible. Lo cual, en los supuestos más graves, provocará el estrangulamiento de los socios minoritarios y la búsqueda de una salida definitiva mediante la enajenación de sus participaciones a los socios mayoritarios a precio de saldo por la falta de mercado en el que negociarlas.

Ante las situaciones de opresión de la minoría y, en concreto, de la práctica opresiva consistente en la asfixia financiera de los socios minoritarios, se hace preciso encontrar mecanismos jurídicos que permitan tutelar los legítimos intereses de estos.

Con carácter general, en el Derecho Comparado se observan dos tipos de soluciones normativas distintas dirigidas a resolver un conflicto concreto entre los socios, según que permitan la salida del socio de la sociedad o no; es decir, se distingue según se trate de mecanismos que permiten poner término a la relación societaria como forma de defender a la minoría frente al abuso de la mayoría, o simplemente a poner solución a un conflicto concreto. Estas últimas se califican como «*relationship preserving norms*» en la medida en que regulan la solución para un conflicto concreto, pero mantienen el vínculo social inalterado para todos los socios, y vendrían a coincidir con los mecanismos generales de protección del socio frente a la violación de la ley o los estatutos y a la lesión del interés social y/o de sus intereses particulares.

Las medidas que permiten solucionar definitivamente el conflicto se conocen como «*end game norms*», en la medida en que pretenden deshacer la relación societaria, y van específicamente destinadas a la protección de la minoría en supuestos de opresión por cuanto permiten resolver definitivamente el conflicto de intereses estructural entre mayoría y minoría facilitando la salida del socio minoritario.

En el Derecho Comparado esta idea explica los remedios jurídicos existentes en EEUU e Inglaterra para la protección de la minoría, que, sin duda, son los más conocidos. Pero también existen en algunos ordenamientos de Europa continental como Holanda o Alemania⁷.

⁷ Los mecanismos específicos para lograr la salida del socio oprimido en el Derecho Comparado son fundamentalmente la doctrina de la opresión en el Derecho anglosajón y la creación legal o jurisprudencial de un derecho de salida de la sociedad por justa causa que se ha venido desarrollando en el Derecho continental. CURTO POLO, M. M.: *La protección del socio minoritario*, op. cit., p. 235 y ss.

En Derecho español tradicionalmente no han existido previsiones legales específicas contra la opresión de la minoría. Con todo, la jurisprudencia ha venido recurriendo al abuso del derecho como recurso para dejar sin efecto determinados acuerdos sociales que se han considerado abusivos y, particularmente, cuando tal abuso consiste en un atesoramiento injustificado de beneficios sociales que defrauda las legítimas expectativas de lucro del socio minoritario⁸. En cambio, no se ha construido jurisprudencialmente ningún mecanismo de tutela que permita la salida del socio minoritario poniendo una solución definitiva al conflicto⁹. Y ello a pesar de que desde hace tiempo se viene poniendo de relieve la insuficiencia de los medios tradicionales de tutela de la minoría basados en el principio de igualdad de tratamiento de los socios y la posible impugnación de los acuerdos sociales contrarios a la buena fe y el abuso del derecho¹⁰. De ahí que la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión haya venido abogando por la introducción de reglas específicas que permitan poner una solución definitiva en los supuestos más graves a los abusos de las mayorías en las sociedades de capital, en general, y de las sociedades cerradas en particular¹¹.

El reconocimiento del derecho de separación del socio en el art. 348 bis LSC, principalmente a partir de la reforma operada mediante la Ley 11/2018, de 28 de diciembre¹², obliga a matizar la afirmación de que tales remedios específicos tendentes a la solución definitiva del conflicto frente a la opresión de la minoría no están disponibles en Derecho español¹³. Con todo, conviene analizar detalladamente este artículo, por cuanto, como veremos, la regulación realizada por el

⁸ Vid. PULGAR EZQUERRA, J.: «Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría», en RONCERO SÁNCHEZ, A. (Coord.): *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 303 y ss., p. 304; GALLEGO CÓRCOLES, A.: «La impugnación de acuerdos de la Junta general por abuso de mayoría», *RDM*, 308/2018, p. 179 y ss., p. 200-201; HERNANDO CEBRIÁ, L.: *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 93 y ss. IDEM, «Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital», *RdS*, 37/2011, p. 173 y ss.; GINÉS CATELLET, N.: «Impugnación de acuerdos sociales y abuso del derecho: Algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa», *RdS*, 40/2013, p. 273 y ss., p. 276 y ss.

⁹ No ha ocurrido así en la doctrina, sin embargo. A estos efectos conviene recordar a los autores que han venido defendiendo la existencia del derecho de separación por justos motivos como causa legal no escrita de separación de un socio de la sociedad de responsabilidad limitada. ALFARO, J.: «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», *RDM*, 1996, p. 1079 y ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, p. 153.

¹¹ Y deben ser reglas, no basta con los principios generales, por cuanto ya existe en nuestro Derecho el principio general de buena fe y fidelidad entre socios (arts. 7.1. 1258 y 1666.2 CC), y la prohibición de abuso del derecho (art. 7.2 CC y 115.1 LSA). VICENT CHULIÁ, F.: «Prólogo», en VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, 2007, p. 15-17.

¹² Y, con carácter sectorial, en el art. 15 de la Ley 2/2007, de sociedades profesionales

¹³ Por el contrario, a nuestro modo de ver, en su redacción primigenia, el art. 348 bis LSC no constituía propiamente un instrumento de protección de la minoría frente a un supuesto de opresión pues faltaba una premisa básica en la configuración del supuesto de hecho, cual es la existencia de un ejercicio abusivo o desleal del poder de la mayoría. Vid. *Infra* epígrafe II.5.

legislador español de este instrumento jurídico para la protección del socio minoritario es susceptible de mejora.

Esta solución específica al problema de la opresión de la minoría frente al atesoramiento abusivo de los beneficios sociales es compatible —por expresa disposición del legislador—, con otros remedios generales de protección de los socios; y, en particular, con la posibilidad de impugnar los acuerdos abusivos conforme al art. 204.1 II LSC, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, así como con la exigencia de responsabilidad frente a los administradores sociales (art. 348 bis 1 II LSC). Lo cual permitirá una aplicación gradual de los distintos remedios jurídicos existentes en nuestro Derecho teniendo en cuenta la gravedad y duración de los distintos supuestos de conflictos horizontales de intereses entre los socios.

II. EL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO POR NO REPARTO DE BENEFICIOS SOCIALES. ANÁLISIS DEL ART. 348 BIS LSC TRAS LA REFORMA

1. La reforma del art. 348 bis LSC operada mediante la Ley 11/2018, de 28 de diciembre

Antes de proceder al análisis de la causa de separación contemplada en el art. 348 bis LSC parece conveniente realizar una exposición somera del iter legislativo del precepto, deteniéndonos con carácter particular en la reforma operada a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se aprueba la versión vigente del precepto que será objeto de nuestro estudio.

Como es sabido, el art. 348 bis LSC tiene algunos antecedentes históricos en nuestro Derecho proyectado¹⁴. Con todo, pese a estos precedentes, no será hasta

¹⁴ En primer lugar hay que remontarse al art. 87 del Anteproyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1994, conforme al cual «A partir del tercer ejercicio desde la constitución o desde la transformación en sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad estará obligada a distribuir como dividendo un tercio, al menos, de los beneficios legalmente repartibles obtenidos durante el ejercicio social, siempre que, antes de la aprobación de las cuentas anuales, lo soliciten socios que representen el cinco por ciento del capital social». ROJO, A.: «La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Problemas de política y de técnica legislativas», en BONARDELL/MERJAS/NIETO (coord.): *La reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 35 y ss., p. 75; JUSTE MENCÍA, J.: «La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos», septiembre 2011, disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la_empresa_familiar_ante_el_nuevo_derecho_de_separacion_por_falta_de_reparto_de_dividendos.pdf.

Una norma semejante fue incluida en el art. 150 de la Propuesta de Código de sociedades mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 16 de mayo de 2002, si bien admitiendo pacto en contrario en los estatutos y aplicándolo a cualquier clase de sociedad mercantil: «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. 1. Salvo disposición contraria de los estatutos sociales, a partir del quinto ejercicio, a contar desde la constitución, el socio de cualquier clase de sociedad mercantil tendrá derecho a separarse de la sociedad en el caso de que no se acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios legalmente repartibles obtenidos durante el ejercicio social anterior. 2. El plazo para

el año 2011 cuando se introdujo esta causa de separación en la legislación española. Tal aconteció a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, que entró en vigor el 2 de octubre de 2011. La inclusión precipitada de esta norma¹⁵ en nuestro ordenamiento a través de una Ley destinada a adaptar nuestro ordenamiento a una Directiva específicamente destinada a las sociedades cotizadas y la concreta redacción de esta causa de separación, con todas las dudas y problemas prácticos que se derivarían de ella, motivaron un intenso debate inmediatamente después de su entrada en vigor¹⁶.

En una práctica con escasos precedentes, el legislador español decidió suspender la vigencia del art. 348 bis LSC mediante la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital hasta el 31 de diciembre de 2014¹⁷. Posteriormente, dicha suspensión fue prolongada hasta el 31 de diciembre de 2016 mediante el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; de modo que hasta el 1 de enero de 2017 esta causa de separación no ha tenido una vigencia continuada.

Con todo, a pesar de las críticas recibidas y de la suspensión, todo apuntaba a que el deseo del legislador era mantener el precepto, si bien con ciertas reformas. A estos efectos conviene recordar que en el Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 se contiene una regla semejante al precepto que comentamos¹⁸.

el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado o debido celebrarse la Junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los socios de las agrupaciones de interés económico». VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías...*, op. cit., p. 132 y ss.

¹⁵ Esta norma se introdujo de manera apresurada a través de la Enmienda núm. 21 del Grupo Parlamentario Popular, en la sesión en el Congreso de 30 de mayo de 2011, sin ser objeto de debate durante la tramitación parlamentaria.

¹⁶ Incluso se argumentó que el precepto incurría en varias tachas de inconstitucionalidad. IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)», *Derecho de los Negocios*, septiembre-octubre 2012, p. 7 y ss. De hecho, pronto hubo iniciativas legislativas para su reforma. En este sentido hay que atender a la Proposición no de Ley sobre la modificación del art. 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 21 de febrero de 2012 (BOCG, 6 de marzo de 2012, Serie D, núm. 49, p. 22).

¹⁷ Sobre el significado de dicha «suspensión», vid. VILARRUBIAS GUILLAMET, F./FAURIA PLANAS, A.: «Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos», *RdS*, 41, julio-diciembre, 2013, p. 429 y ss.

¹⁸ Conforme al artículo 271-6 (separación por falta de reparto de beneficios en las sociedades de capital) «1. A partir del quinto ejercicio desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, el socio que hubiera votado en contra de la propuesta de aplicación del resultado, tendrá derecho de separación en el caso de que la Junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, una cuarta parte de los beneficios propios de la explotación del objeto social, que sean legalmente repartibles, siempre que se hayan obtenido dichos beneficios durante los dos

Durante el escaso tiempo que estuvo inicialmente en vigor (del 2 de octubre de 2011¹⁹ al 23 de junio de 2012), el art. 348 bis LSC fue objeto de algunos pronunciamientos judiciales²⁰, pero fue fundamentalmente a partir del 1 de enero de 2017²¹ cuando se despertaron todas las alarmas ante la vigencia, que ahora sí, parecía definitiva de un precepto que no dejaba de suscitar una ardua polémica doctrinal con importantes consecuencias prácticas, tal como se había demostrado en los distintos pronunciamientos judiciales de los que había sido objeto mientras estuvo inicialmente en vigor²².

De ahí que no se tardara ni un año en proponer su reforma²³. El 1 de diciembre de 2017 el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición de Ley para

ejercicios anteriores. 2. El derecho de separación no podrá ejercitarse si existiese un acuerdo de refinanciación homologado por el juez, o si la sociedad se encuentra en concurso. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas». Con independencia de otras diferencias, conviene apuntar que en este caso se supeditaba el ejercicio del derecho de separación a la concurrencia de ulteriores requisitos respecto a los previstos originalmente en el art. 348 bis LSC, por cuanto se exigía que hubiera habido beneficios repartibles durante los dos ejercicios anteriores y se tenían en cuenta las situaciones de insolvencia de la sociedad. Tal como rezaba la Exposición de Motivos, de esta manera se quería lograr un equilibrio entre los intereses de la sociedad en un destino razonable de los resultados y el interés del socio en lograr el reparto de dividendos. Así, se indicaba en el Motivo III-78 del citado Anteproyecto, que «se ha considerado oportuno mantener el derecho de separación que trae causa en la falta de reparto de beneficios en las sociedades de capital, si bien se han restringido las circunstancias de cuantía y tiempo que habilitan el derecho con el fin de establecer un mayor equilibrio entre el legítimo interés de la sociedad a aplicar razonablemente el resultado y el del socio a hacer efectiva su participación en el beneficio repartible, evitando a la vez los eventuales abusos de mayoría que se concretan en reiteradas estrategias de neutralización del derecho económico de los socios en minoría». Por otro lado, no se preveía derogación estatutaria. Tampoco estaba prevista en el art. 271-6 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

¹⁹ Entrada en vigor de este artículo conforme a la Disposición Final Sexta de la Ley 25/2011.

²⁰ Puesto que resultó aplicable a los supuestos en los que el derecho de separación surgido como consecuencia de los acuerdos adoptados en las Juntas celebradas en dicho período se había comunicado a la sociedad dentro de dicho lapso temporal, o en el mes siguiente al de la fecha de su suspensión. LUCEÑO OLIVA, J. L.: La suspensión del derecho al dividendo», periódico *Cinco Días*, 16.06.2012. Por ello fue objeto de algunos pronunciamientos judiciales (SJM Barcelona, 25.9.2013 (JUR 2013\330448), SAP La Coruña, 21.3.2014 (JUR 2014\247258); SAP San Sebastián de 18 de noviembre de 2013 (JUR 2014\166415), SJM de Palma de Mallorca de 30 de junio de 2014 (JUR 2015\283869), SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de diciembre de 2015 (JUR 2016\66100), SJM núm. 12 de Madrid, de 15 de diciembre de 2014 (JUR 2016\109614)).

²¹ DE LA PUENTE ALFARO, F.: «Doctrina de la DGRN sobre el artículo 348 bis Ley de Sociedades de Capital», *La Ley*, núm. 9141, 16 de febrero de 2016. Vid. igualmente, RRDGRN de 28 de noviembre de 2017 (Jur. 2017/58870 y 58871).

²² Cabe recordar que la jurisprudencia menor ha entendido que el art. 348 bis es aplicable en relación con los acuerdos sobre aplicación del resultado adoptados en las Juntas generales celebradas a partir del 1 de enero de 2017 con independencia del ejercicio concreto del que se derive tal resultado. Vid. SJM núm. 9 de Barcelona de 1 de marzo de 2018 (JUR 2018\104216).

²³ Con anterioridad, la Comisión de Economía, Industria y Competitividad, en su sesión del día 4 de abril de 2017, aprobó la Proposición no de Ley sobre la Ley de Sociedades de Capital, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana y publicada en el «BOCG. Congreso de los Diputados», serie D, núm. 122, de 14 de marzo de 2017, en sus propios términos, por la que se insta al Gobierno a: «1. Suspender inmediatamente la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital mediante la aprobación de un Real Decreto-ley. 2. Impulsar la aprobación de un nuevo redactado del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, durante la tramita-

modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Dicha Proposición de Ley se integrará después, por iniciativa del propio Grupo Parlamentario Popular, en el Proyecto de Ley por la que se modifica el Código de Comercio, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad (procedente del Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre), cuya tramitación fue aprobada por el Congreso de los Diputados en sesión de 13 de diciembre de 2017. En dicho proyecto de ley se persigue la adaptación de nuestro ordenamiento a la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos. Adaptación que obligaba a modificar algunos artículos del Código de Comercio, de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley de Auditoría de Cuentas. Con todo, pese a no guardar relación con el resto de artículos cuya modificación era preceptiva a efectos de lograr la adaptación, en el trámite de Enmiendas en el Congreso, el Grupo Parlamentario Ciudadanos (Enmienda n.º 19) y el Grupo Parlamentario Popular (a través de la Enmienda n.º 108) proponen introducir una nueva Disposición Final por la que se modifique el art. 348 bis LSC, prácticamente en el mismo sentido, salvo en lo relativo al porcentaje de dividendo mínimo a repartir que se reduce del 25% propuesto por el Grupo Ciudadanos al 20 % pretendido por el Grupo Popular²⁴. El Grupo Parlamentario Popular además propone reformar el art. 276 LSC, justificando la reforma de forma exhaustiva²⁵. No se justifica, sin embargo,

ción como Proyecto de Ley de dicho Real Decreto-ley, con el fin de evitar el incremento de litigios debido a la poca claridad del artículo.».

²⁴ BOCG 15.03.2018.

²⁵ Se indica al respecto lo siguiente: *«La modificación propuesta introduce un plazo legal máximo para que las sociedades de capital abonen los dividendos cuyo reparto hubiera acordado la Junta general.*

En efecto, para garantizar la plena eficacia de la protección al socio minoritario es necesario fijar un plazo máximo legal para el abono de los dividendos. El motivo es que, en ausencia de un plazo máximo legal, el plazo de abono será determinado sin restricción alguna por la Junta, por mayoría de votos o por mayoría reforzada si así lo prevén los estatutos sociales.

Por lo tanto, un primer objetivo de la medida es el de garantizar la necesaria protección del accionista minoritario, al tiempo que se preserva la autonomía de decisión de la Junta sobre el momento en que se abonarán los dividendos (pudiéndose fijar plazos inferiores al máximo legal).

La medida también pretende reforzar la seguridad jurídica para las sociedades al precisar el plazo máximo legal para abonar los dividendos, en particular en el supuesto de aplicación del artículo 348 bis. En este sentido, se opta por un plazo máximo legal amplio con el objeto de permitir a la empresa acomodar sus pagos a sus necesidades de tesorería, sin por ello desvirtuar la protección al accionista minoritario. El plazo máximo legal de doce meses propuesto coincidirá aproximadamente con el tiempo que transcurra entre la celebración de dos juntas ordinarias en ejercicios sucesivos, dado que la Junta ordinaria se reúne necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio (artículo 164 de la LSC), lo que parece razonable a efectos de fijar un límite legal.

De hecho, la fijación de un plazo legal máximo para el abono de dividendos para el conjunto de sociedades de capital tendrá implicaciones positivas indirectas al contribuir a la mejora del índice de gobernanza corporativa del «Doing Business» del Banco Mundial. La relevancia de realizar reformas puntuales encaminadas a mejorar el indicador del «Doing Business» debe contemplarse desde la perspectiva del impacto global que puede tener la adopción de varias de estas reformas; y

de manera extensa la reforma del art. 348 bis LSC, limitándose a señalar el Grupo Popular que *«La propuesta va encaminada a encontrar un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y la legítima aspiración de los accionistas a participar de los beneficios cuando ello sea posible y razonable, es decir, mantener el espíritu del artículo, protegiendo a los minoritarios, pero sin que pueda ocasionar daños irreparables a las sociedades»*²⁶.

Será en el último trimestre del año 2018 cuando dicho Proyecto de Ley recibirá un impulso definitivo que lleve a su aprobación a finales de ese mismo año, con la particularidad de que en esta tramitación no se hará ninguna justificación ulterior de la reforma del art. 348 bis LSC, ni de los cambios que se realizan en estos trámites, lo cual queda reflejado en el preámbulo de la norma finalmente aprobada, en el que no se hace ninguna alusión a la modificación de este precepto²⁷. Paralelamente

también teniendo en cuenta que lo relevante es la posición relativa de un país respecto al resto, y que otros países ponen atención en adoptar medidas puntuales que mejoren su posición en el *ranking*.

La modificación también podría mejorar la clasificación de España en otros indicadores de clima de negocios, como el «Global Competitiveness Report» del «World Economic Forum», que incluye un índice de protección de los intereses de los accionistas minoritarios».

²⁶ Por su parte, el Grupo Parlamentario Ciudadanos indica que: *«Se modifica la redacción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, sobre el derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos, con la intención de equilibrar mejor los intereses de los socios minoritarios sin poner en riesgo la continuidad de empresas viables».*

La enmienda trata de aportar mayor claridad a la redacción del artículo para reducir la litigiosidad y establecer una serie de condiciones para proteger la estabilidad financiera de las sociedades, dando respuesta a diversas dudas interpretativas que habían llevado a la suspensión del citado precepto casi desde el momento de su entrada en vigor.

En este sentido se condiciona la aplicación del artículo a la ausencia de disposiciones estatutarias en sentido contrario; se exige un período más prolongado de obtención de beneficios; se reduce el porcentaje mínimo de beneficios a repartir de un tercio a un cuarto; se elimina la referencia a los «beneficios propios de la explotación del objeto social»; se exceptúa las situaciones concursales y preconcursales de dicho derecho de separación para no contribuir a la descapitalización y reducción de liquidez de las empresas y se amplía el ámbito de la excepción subjetiva, actualmente limitada a las sociedades cotizadas, a las sociedades admitidas a cotización en sistemas como el Mercado Alternativo Bursátil (MAB)».

²⁷ El 26 de octubre de 2018 se publica en el BOCG el informe de la ponencia en el que se da cuenta de las enmiendas al proyecto admitidas. No se hace alusión a la aprobación de la enmienda 108 del Grupo Popular en relación con el artículo segundo, sino al final de las relativas a las disposiciones finales. Sin embargo, en el artículo segundo se introducen los apartados dos (bis) por el que se modifica el art. 276, y el apartado dos (*quáter*) relativo a la modificación del art. 348 bis. No se justifica en modo alguno en la exposición de motivos ni su introducción ni por qué no se ha seguido la propuesta de introducirla como disposición final.

El 31 de octubre de 2018 se publica la aprobación del proyecto de ley por la comisión con competencia legislativa plena. En la EM se hace alusión a la necesidad de incorporar la Directiva 2014/95, que justifica la modificación de algunos preceptos del CCom, LSC y Ley de Auditoría de Cuentas. Dentro de los preceptos reformados de la LSC se incluyen el art. 276 y 348 bis, cuya reforma no viene demandada por la adaptación a la Directiva. No se justifica su inclusión en el artículo segundo.

Se remite al Senado con carácter de urgente. El 13 de noviembre se publican las enmiendas en el Senado. El Grupo Parlamentario Popular presenta la Enmienda 10 para introducir *«salvo disposición contraria de los estatutos»*, aclarando que por mejor técnica legislativa esto debe aparecer al principio del artículo. También presenta la Enmienda 11 para modificar la Disposición transitoria a fin de dejar claro que la modificación del art. 348 bis tiene aplicación inmediata. El Grupo de

el Grupo Parlamentario Popular retiró su Proposición de Ley de modificación del art. 348 bis LSC el 14 de septiembre de 2018²⁸.

Efectivamente, la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, no contiene en su Preámbulo ni una sola alusión a la reforma del art. 348 bis. Ante este silencio del legislador, y en vista de la práctica identidad de la propuesta de redacción del art. 348 bis LSC con la de la Proposición de Ley del 1 de diciembre de 2017, deberá atenderse a la motivación de ésta para entender el propósito del legislador a la hora de acometer la reforma.

En la motivación de tal propuesta de 1 de diciembre de 2017 se parte de la idea de que el art. 348 bis LSC se introdujo como mecanismo de defensa de los socios minoritarios ante un atesoramiento abusivo de la mayoría de los beneficios sociales. Con todo, se es consciente de los problemas que está planteando dicho precepto en la práctica. Por un lado, porque puede originar la situación inversa de abuso de la minoría que, utilizando el derecho de separación de forma abusiva, puede controlar la decisión sobre el reparto de dividendos en la sociedad; lo cual puede poner en peligro la estabilidad de la situación financiera de la sociedad al verse obligada a destinar sus recursos, bien al reparto de un dividendo anual mínimo, bien a reintegrar el valor de las participaciones o acciones a quienes opten por separarse de la sociedad ante la falta de reparto del dividendo. Se justifica además la reforma en la situación económica actual, en la que muchas sociedades, pese a obtener beneficios, carecen de liquidez para satisfacer el dividendo mínimo legal, y su situación tampoco les permite restituir las aportaciones de sus socios en caso de que estos ejerciten su derecho de separación por no haberse acordado el reparto del referido dividendo mínimo, pudiendo la aplicación del precepto abocar a muchas sociedades a la necesidad de solicitar el concurso de acreedores ante la falta de liquidez. Por otro lado, se apunta a los problemas de interpretación que originan ciertas expresiones del precepto originario.

Frente a la posibilidad de suspender de nuevo su vigencia, se considera más oportuno proceder a su modificación para aportar una solución definitiva al conflicto, teniendo en cuenta, por un lado, la modificación del art. 204.1 LSC, introducida mediante la Ley 31/2014, por la se establece que se podrá impugnar un acuerdo social, aun cuando no lesione el patrimonio social, pero venga impuesto de manera abusiva por la mayoría. Por otro, la necesidad de asegurar un cierto margen de decisión a la sociedad, en relación con la aplicación del beneficio por

Esquerra Republicana la Enmienda 15, en relación con ciertas especialidades para los grupos de sociedades. El Grupo Popular presenta también la Enmienda 16, para introducir ciertas especialidades en relación con los grupos de sociedades, y la Enmienda 17 para excluir del ámbito de aplicación de la norma las Sociedades Anónimas Deportivas. Conforme al Informe de la ponencia publicado el 16 de noviembre de 2018 se aceptan, entre otras, estas cuatro enmiendas del GPP. No la de Esquerra Republicana. En el preámbulo se hace alusión a las disposiciones transitorias, pero no se justifica el art. 348 bis LSC. Será esa redacción, con las modificaciones introducidas en el Senado, la que apruebe finalmente el Congreso el 13 de diciembre de 2018 y dé origen a la Ley 11/2018, de 28 de diciembre (BOE 29 de diciembre de 2018).

²⁸ BOCG núm. 184-2, de 14 de septiembre de 2018.

cuanto el reconocimiento sin más del derecho de separación por la falta de reparto de dividendos podría fomentar la descapitalización empresarial, en la medida en que supone un importante obstáculo a que la sociedad decida la reinversión total de los beneficios o el desapalancamiento financiero en vez de la distribución de beneficios. Y, por último, la constatación de que es frecuente que los contratos de financiación incluyan limitaciones al reparto de dividendos, por lo que la entrada en vigor de esta norma, tal como estaba redactada originariamente, podía perjudicar la financiación empresarial, o perjudicar a modelos de negocio que requieren estabilidad y compromiso inicial de permanencia en el capital, aun cuando no se distribuyan beneficios.

Por ello, el objetivo de la nueva redacción propuesta es encontrar un equilibrio entre la sostenibilidad financiera de la sociedad y la legítima aspiración de los accionistas a participar de los beneficios cuando ello sea posible y razonable; es decir, mantener el espíritu del artículo, protegiendo a los minoritarios, pero sin que pueda ocasionar daños irreparables a las sociedades.

Como se verá seguidamente, en efecto a través de la reforma, se han logrado solventar algunas de las disfunciones que originaba en la práctica el ejercicio del derecho de separación reconocido en el art. 348 bis LSC en su redacción original. Con todo, quedan abiertas algunas cuestiones de especial importancia de las que trataremos de dar cuenta en la exposición que sigue.

Para su correcto entendimiento será necesario recurrir en varias ocasiones a esta justificación de la reforma que acompañaba la proposición de ley del 1 de diciembre de 2017. Será éste uno de los pocos textos que puedan orientarnos en la interpretación del vigente art. 348 bis LSC. Por el contrario, el recurso al Derecho Comparado no aportará demasiada luz. Recordemos que el art. 348 bis LSC no tiene precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno²⁹, por cuanto en ellos se ha optado por otorgar protección a los socios minoritarios a través de otros mecanismos³⁰.

Por último, es preciso señalar que el legislador ha querido que la entrada en vigor de la reforma del art. 348 bis LSC sea inmediata, y no se prorrogue hasta el 1 de enero de 2019, como ocurre con el resto de las modificaciones realizadas a través de la Ley 11/2018. En este sentido, dispone la Disposición Transitoria de dicha norma que: «*Por excepción, las modificaciones introducidas por esta Ley mediante el artículo segundo apartado seis en el artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, serán de aplicación a las Juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor*». De modo que, siguiendo la solu-

²⁹ ILLESCAS ORTIZ, R.: «¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?», *DN*, núm. 254, p. 5.

³⁰ Mecanismos que, como se ha dicho anteriormente, se concretan en la doctrina de la opresión en los países de ámbito anglosajón y en el derecho de separación por justa causa, reconocido legal o jurisprudencialmente, en algunos países de nuestro entorno.

ción adoptada jurisprudencialmente de estar a la fecha de celebración de la Junta general, habrá que aplicar el art. 348 bis LSC en su versión vigente en relación con los acuerdos adoptados en las Juntas celebradas desde el 30 de diciembre de 2018 en adelante con independencia de cuál sea el ejercicio social sobre cuyo resultado se acuerde en dicha Junta.

2. Carácter renunciable del derecho de separación reconocido en el art. 348 bis LSC

La primera modificación de especial trascendencia práctica a la que ha sido sometido el art. 348 bis LSC a través de la reforma operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, es la previsión expresa del carácter renunciable del derecho de separación mediante cláusula estatutaria acordada por unanimidad.

La omisión de tal condición en la redacción precedente había originado un importante debate en la doctrina que ahora debemos entender superado. La cuestión del carácter derogable y renunciable de las causas de separación no es nueva ni atañe únicamente a la contemplada en el art. 348 bis LSC. Con todo, a raíz de la introducción de este artículo en nuestro ordenamiento volvió a plantearse vivamente entre la doctrina. Y ello porque, ante la previsión de las graves consecuencias que el ejercicio del derecho de separación podría tener para la sociedad, se planteaba la conveniencia de reconocer la posibilidad de desactivarlo mediante previsión estatutaria.

Con carácter general, hemos de partir de la idea de que, dada la caracterización del derecho de separación como derecho individual, difícilmente podrá ser considerado como derogable por voluntad de la mayoría; afirmación que tiene un reconocimiento generalizado en la doctrina³¹.

Partiendo de esta premisa, los autores se encuentran divididos en relación con el carácter renunciable del mismo, por cuanto hay algunos que defienden que tal renuncia sería posible si estuviera expresamente establecida la posibilidad de introducir pactos en contrario, de forma que la regla general será la irrenunciabilidad y la excepción debe venir expresamente permitida³². Mientras que otros parten de la afirmación de que únicamente estará excluida la renuncia cuando la norma en la que viene establecido el derecho de separación indique la imposibilidad de dejarlo sin efecto mediante pacto en contrario, pues en este caso nos encontraríamos ante una norma imperativa cuya eficacia no podrá ser derogada por acuerdo de los socios³³.

³¹ CAMPINS VARGAS, A.: «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?», diario *La Ley*, núm. 7824, de 23 de marzo de 2012.

³² Vid. BRENES CORTÉS, J.: *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1999, p. 154, con ulterior bibliografía citada.

³³ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa al reparto de dividendos en las sociedades no cotizadas (art. 348 bis LSC)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p.176, nota 40, con la bibliografía señalada. En la práctica registral RIVERO, C.: «Separación por falta de distribución de

Tales apreciaciones generales en relación con el derecho de separación se concretaron igualmente en el posicionamiento de la doctrina respecto al carácter renunciante del derecho de separación reconocido en el art. 348 bis LSC en su redacción general. De esta forma muchos autores entendían que, en la medida en que no estaba prohibido expresamente dejarlo sin efecto mediante pacto en contrario y, dado que se trata de un derecho individual disponible, sería renunciante mediante previsión estatutaria en contra introducida por unanimidad³⁴. Otros en cambio se mostraban reticentes a admitir tal posibilidad³⁵. De esta manera, los imperativistas y positivistas encontraron un campo actual donde quedó patente su división³⁶.

En este debate no ayudaba demasiado el recurso a los antecedentes legislativos de la norma por cuanto algunos contemplaban la posibilidad de dejar sin efecto el derecho de separación mediante disposición estatutaria³⁷, mientras que otros guardaban silencio al respecto.

Y, sin embargo, las consecuencias prácticas de este debate eran de una importancia extrema por cuanto a nadie se le ocultaba la necesidad de coordinar el ejercicio del derecho de separación consagrado en el art. 348 bis LSC con las condiciones que en muchas ocasiones son requeridas para lograr la financiación necesaria para asegurar la supervivencia de la sociedad³⁸. Y ello porque una cláu-

dividendos: Se levanta la suspensión de la vigencia del art. 348 bis LSC», *Boletín de Sociedades, Gómez Acebo & Pombo*, núm. 4/2017.

³⁴ PULGAR EZQUERRA, J.: «Reparto legal mínimo de dividendos: Protección de socios y acreedores (Solvency test)», *RDBB*, núm. 147, julio-septiembre, 2017, p. 139 y ss., p. 148; ALFARO, J./CAMPINS, A.: «Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital», en AAVV., *Liber amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Civitas, Madrid, 2014, p. 65 y ss., p. 82-83; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: «Acerca del régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales y acciones y sobre la separación y la exclusión de socios de sociedades de capital en la propuesta de Código Mercantil», en ROJO, A./CAMPUZANO, A.B.: *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, vol. 1, 2015, p. 819 y ss., p. 841.

³⁵ VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: «La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas», *RDM*, núm. 283, enero-marzo 2012, p. 55 y ss., p. 64; RODAS PAREDES, P.: *La separación del socio en la Ley de Sociedades de Capital*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 79; BRENES CORTÉS, J.: «Derecho de la minoría al dividendo: El controvertido art. 348 bis LSC», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, p. 131 y ss., p. 144.; ÍDEM, «El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades», *RdS*, núm. 37, julio-diciembre 2011, p. 19 y ss., p. 33; FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I.: «La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital», *RdS*, 41, julio-diciembre 2013, p. 281 y ss., p. 298. SILVAN, F./PÉREZ, I.: «Derecho de separación y dividendos: el controvertido artículo 348 bis LSC», diario *La Ley*, núm. 7813, de 7 de marzo de 2012; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S./FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC», *La Ley Mercantil*, núm. 33, febrero 2017, p. 1-13; ZARZALEJOS TOLEDANO, I.: «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos», *La Ley Mercantil*, núm. 16, julio-agosto, 2015, pág. 3.

³⁶ VICENT CHULIÁ, F.: «Prólogo» en VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías...*, op. cit., p. 20. En Derecho alemán solo cabe modificar una disposición legal en estatutos cuando se ha previsto así expresamente. SCHMIDT, K.: *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2002, p. 467.

³⁷ El art. 150 de la propuesta del Código de Sociedades Mercantiles de 2002 sí lo preveía.

³⁸ La práctica ha desarrollado ciertas alternativas al carácter renunciante del derecho reconocido

sula recurrente en los acuerdos de refinanciación es la prohibición de repartir dividendos entre los socios mientras no se logre el cumplimiento del mismo³⁹. No parece que hubiera problemas para conseguir tal coordinación por la vía de los pactos parasociales⁴⁰. Pero el problema era lograr su eficacia externa⁴¹.

El art. 348 bis LSC en su redacción vigente reconoce la posibilidad de que tal causa de separación resulte inoperante en virtud de disposición estatutaria en contra⁴². Asimismo será posible que, aún reconociéndose el derecho de separación, se alteren los presupuestos para que se active su ejercicio. Con todo, en la medida en que se trata de un derecho individual, será preciso recabar el consentimiento unánime de todos los socios tanto para la supresión como para su modificación⁴³. No obstante, tal consentimiento unánime no será preciso en el supuesto en que se haya reconocido al socio que no hubiera votado a favor del acuerdo de supresión o de modificación el derecho a separarse de la sociedad (art. 348 bis 2 LSC).

Por otro lado, cabe mencionar que en la mente del legislador estaba también presente la posibilidad de introducir la supresión o la restricción de esta causa de separación mediante pacto parasocial. En la motivación que acompañaba la Proposición de Ley del 1 de diciembre de 2017 se indicaba al respecto que, *«dado que el derecho de separación es disponible individualmente por los socios, dicho derecho puede ser eliminado o restringido, bien por vía estatutaria cuando todos los socios por unanimidad así lo decidan, o por pactos parasociales»*. Con todo, en este segundo supuesto se seguirá planteando el problema de su oponibilidad frente a terceros.

en el art. 348 bis LSC. Así en la SJM de Vitoria de 3 de febrero de 2017, confirmada por la SAP Vitoria de 20 de septiembre de 2017 (JUR 2017\296027), se pone de manifiesto cómo la Junta puede asumir la obligación de no repartir dividendos, con un pacto en el acuerdo de refinanciación que prevea el pago por las entidades financieras a cargo de la sociedad de la liquidación a los socios que se separen.

³⁹ PULGAR EZQUERRA, J.: «Reparto legal mínimo de dividendos...», *op. cit.*, p. 146.

⁴⁰ JUSTE MENCÍA, J.: «La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, septiembre 2011, p. 4; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: Una revisión general», *RdS*, núm. 49, enero-abril 2017, p. 27 y ss., p. 43.

⁴¹ CAMPINS VARGAS, A.: «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?, diario *La Ley*, núm. 7824, de 23 de marzo de 2012. RONCERO SÁNCHEZ: «Tres cuestiones polémicas sobre el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en <https://elderecho.com/tres-cuestiones-polemicas-sobre-el-art-348-bis-de-la-ley-de-sociedades-de-capital>.

⁴² Tal como indica la Proposición de Ley de 1 de diciembre de 2017, *«Se condiciona la aplicación del artículo a la ausencia de disposiciones estatutarias en sentido contrario; así, será una norma dispositiva más que imperativa y se aplicaría el principio de autonomía de las partes que recoge el artículo 28 LSC. Simultáneamente, se exige unanimidad para la aprobación de dichas disposiciones estatutarias, reconociendo, en su defecto, el derecho de separación de los socios que hayan votado en contra (asimilándolo a otras causas de separación previstas en el artículo 346 LSC)»*.

⁴³ Vid. art. 347 LSC.

3. Análisis del art. 348 bis LSC

3.1. *Ámbito de aplicación*

El art. 348 bis LSC tiene su ámbito de aplicación específico en relación con las sociedades cerradas⁴⁴. No obstante, dada la ausencia de reconocimiento legislativo de tal categoría societaria, a esta conclusión hemos de llegar atendiendo no solo a la finalidad del precepto, sino también a las exclusiones de su ámbito de aplicación que se han ido sucediendo en el tiempo desde la promulgación de este artículo.

Desde su redacción original estaban excluidas expresamente las sociedades cotizadas. Con todo, se planteaba la cuestión de si tal exclusión alcanzaba igualmente a las sociedades que participan en un mercado secundario alternativo⁴⁵. Cuestión que ha quedado resuelta a través de la reforma de 2018 en la que expresamente se excluye del ámbito de aplicación a las sociedades que participan en el Mercado Alternativo Bursátil.

Tal como se indica en la justificación de la Proposición de Ley de 1 de diciembre de 2017, se amplía el ámbito de la excepción subjetiva, actualmente limitada a las sociedades cotizadas, a las sociedades admitidas a cotización en un sistema multilateral de negociación, como podría ser el Mercado Alternativo Bursátil (MAB), entendiéndose que constituyen un mecanismo alternativo para la liquidación de la inversión.

En efecto, el carácter excepcional del derecho de separación determina que no sea conveniente reconocer la posibilidad de salida del socio mediante este mecanismo cuando tiene a su disposición otros instrumentos que facilitan su salida de la sociedad sin entrañar tanto riesgo para la supervivencia de la sociedad y la protección de los acreedores. En la medida en que sea posible el recurso a la «*Wall Street Rule*» en un entendimiento amplio, no debe reconocerse al socio disidente con las decisiones de la mayoría el derecho de separación.

Por otra parte, se han ido acogiendo en el tiempo otras exclusiones al ámbito de aplicación del art. 348 bis LSC. Por un lado, a través de distintos textos normativos se han articulado ciertas excepciones subjetivas que, pese

⁴⁴ Este es el hábitat natural general del derecho de separación. EMPARANZA, A.: «Comentario al art. 346 LSC», en ROJO, A./BELTRÁN, E.: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, tomo II, *op. cit.*, p. 2472.

⁴⁵ Existían serias dudas al respecto por cuanto se consideraba que las sociedades que operan en el Mercado Alternativo Bursátil (MAB) no son cotizadas en sentido propio, y este sistema de intercambio de acciones no garantiza la liquidez que sí tiene el mercado bursátil. PULGAR EZQUERRA, J.: «Reparto legal mínimo...», *op. cit.*, p. 150; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S./FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una propuesta alternativa...», *op. cit.*, p. 6; BRENES CORTÉS, J.: «El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: La entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», *RDM*, núm. 305, julio-septiembre, 2017, p. 37 y ss., p. 51.

a la omisión del legislador de 2018, continúan teniendo plena vigencia por la necesidad de realizar una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento. Así, quedan excluidas las Sociedades Laborales (art. 16.2 Ley 44/2015, de 14 de octubre), si bien solamente en relación con los socios trabajadores⁴⁶; así como la SAREB⁴⁷. También, en virtud de la Disposición Final Cuarta del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, se ha añadido una Disposición Adicional Undécima a la Ley de Sociedades de Capital, conforme a la cual no resultará de aplicación el art. 348 bis de la LSC a las entidades de crédito, a los establecimientos financieros de crédito, a las empresas de servicios de inversión a las que les resulte de aplicación el Reglamento (UE) n.º 575/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012; a las entidades de pago y a las entidades de dinero electrónico. Tal como se indica en la Exposición de Motivos de este Real Decreto, se añade así un nuevo supuesto en el que no es posible la separación del accionista por falta de distribución de dividendos para el caso de los socios de las entidades de crédito y otras entidades financieras que no sean sociedades cotizadas.

Por otro lado, el art. 348 bis. 5 e) LSC en su redacción vigente contempla la exclusión de las Sociedades Anónimas Deportivas. Tal exclusión, introducida en trámite de enmiendas de la reforma en el Senado, se justifica en razón de que los socios en este tipo de sociedades no adquieren las acciones esperando dividendos, sino que lo hacen por motivos que tienen que ver con la sostenibilidad del club, tanto a nivel económico como deportivo⁴⁸.

Excluidas las sociedades enumeradas previamente, el art. 348 bis LSC se aplicará en relación con las sociedades de capital no cotizadas, que son las que vienen a conformar las llamadas sociedades cerradas por contraposición a las sociedades abiertas. Y ello con independencia de su tamaño, objeto o duración⁴⁹. No obstante, el legislador español ha introducido ciertas exclusiones atinentes a la situación económica de la sociedad, a fin de lograr su objetivo de compatibilizar la legítima expectativa de obtención de dividendos del socio con la viabilidad económica de

⁴⁶ Pese a que no aparece justificada expresamente dicha exclusión, cabe entender que se está pensando en que el atesoramiento de beneficios puede favorecer la conservación de la empresa, al tiempo que se tiene en consideración que los socios trabajadores recibirán en todo caso una remuneración de la sociedad en la forma de salarios.

⁴⁷ La Disposición Adicional Séptima.3 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, excluyó la aplicación del art. 348 bis LSC a esta sociedad.

⁴⁸ Intervención de la Sra. Palmer Tous en el Congreso el 13 de diciembre de 2018. *Vid.* Diario de las Sesiones del Congreso de los Diputados de 13 de diciembre de 2018 (BOCG núm. 171, p. 24).

⁴⁹ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA entiende que solamente sería aplicable el art. 348 bis LSC en relación con las sociedades de duración indefinida por cuanto en las de duración determinada el socio conoce de antemano la fecha de recuperación, en su caso, de su inversión en el capital social. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, *op. cit.*, p. 63. Sin embargo, a nuestro modo de ver, nada impide que el socio quiera salirse de la sociedad con anterioridad aprovechando un momento coyuntural en el que su participación puede tener un valor alto.

la empresa, y tratar con ello de superar las críticas que había suscitado el precepto en su redacción anterior.

De esta manera se dispone expresamente que el derecho de separación del socio por esta causa no surgirá en los tres casos siguientes: a) Cuando la sociedad se encuentre en concurso. b) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del Juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho Juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. c) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrevocabilidad fijadas en la legislación concursal.

Con todo, más que ante auténticas exclusiones, nos encontramos ante determinados supuestos en los que, aun entrando la sociedad afectada dentro del ámbito de aplicación del precepto, queda suspendido el derecho de separación reconocido en el mismo en consideración a la situación económica en la que se encuentra, y en tanto en cuanto se prolongue en el tiempo la misma. En efecto, en estas situaciones de dificultad económica resulta completamente injustificado proceder al reparto de dividendos en la medida en que en tales supuestos es preciso primar los intereses de los acreedores y el interés social en la conservación de la empresa sobre los intereses particulares de los socios⁵⁰.

Por ello, una vez superada la causa que motiva la inaplicación de la norma, y a salvo de que la situación de la sociedad evolucione hacia otra de las que motiva la inaplicación del precepto⁵¹, la causa de separación establecida en el art. 348 bis LSC será plenamente aplicable, siempre que se cumplan los presupuestos temporales y objetivos que se fijan en la norma para su ejercicio; lo cual será bastante improbable que se cumpla de una manera inmediata dadas las dificultades económicas por las que ha atravesado la sociedad, que motivaron que se incurriera en alguna de las causas determinantes de la suspensión del derecho de separación.

Es importante destacar que ante la disyuntiva ante la que se encontraba el legislador español en relación con la posibilidad de optar por fórmulas abiertas que enervaran el nacimiento del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos, en los supuestos en que el atesoramiento estuviera justificado por el interés social o, por el contrario, de optar por el establecimiento de reglas de

⁵⁰ No cabe duda de que en la configuración de estas exclusiones ha jugado un papel decisivo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE de 22 de noviembre de 2011 (2016/0359) (COD).

⁵¹ Por ejemplo, que el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos o del acuerdo de refinanciación determine la declaración del concurso, o que el concurso declarado termine con la liquidación de la sociedad.

exclusión que aseguraran una mayor seguridad jurídica en la aplicación del precepto, el legislador se ha decantado por esta segunda opción. Lo cual, sin duda, facilita la aplicación de la causa de separación del art. 348 bis LSC tanto en sede judicial como extrajudicial. Pero, al mismo tiempo, parece que quedaría anulada la posibilidad de entender excluidos del ámbito de aplicación de la norma otros supuestos en los que el interés de la sociedad aconsejaría un reforzamiento de los fondos propios a fin de reforzar su situación económica presente o futura y que no entran dentro de las exclusiones expresamente contempladas.

3.2. *Presupuestos para el ejercicio del derecho de separación reconocido en el art. 348 bis LSC*

3.2.1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

Sólo socios o accionistas podrán ejercitar el derecho de separación⁵², puesto que difícilmente puede reconocerse este derecho al usufructuario o acreedor pignoraticio que, pese a tener reconocidos ciertos derechos dentro de la sociedad, no tienen la cualidad de socios.

Como una novedad de gran relevancia práctica se introduce expresamente la atribución del derecho de separación al socio de una sociedad dominante, obligada a formular cuentas consolidadas, cuando la Junta general de la citada sociedad no acordara el reparto del dividendo en los términos señalados en el art. 348 bis.4 LSC, que contiene algunas especialidades respecto a la norma general en relación con los presupuestos materiales⁵³.

Este reconocimiento ya venía siendo demandado en la doctrina por entender que es necesario proteger al socio minoritario⁵⁴ de la sociedad dominante ante una práctica frecuente en los grupos de sociedades consistente en hacer aflorar los beneficios en las sociedades filiales para impedir la concurrencia de los presupuestos materiales que darían origen al derecho de separación para los socios de la sociedad matriz. Con todo, la excepcionalidad del derecho de separación obligaba a ser cautos respecto a la posible aplicación analógica a estos supuestos del art. 348 bis LSC⁵⁵.

⁵² ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S./FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una propuesta alternativa...», *op. cit.*, p. 5.

⁵³ Supuesto introducido en el Senado por aprobación de la Enmienda núm. 16, formulada por el Grupo Parlamentario Popular y que aparece someramente justificada como «mejora técnica».

⁵⁴ Socio minoritario o socio externo que debemos conceptuar teniendo en cuenta el criterio de ausencia de participación en el círculo de poder del grupo, conforme viene señalando nuestra doctrina. EMBID IRUJO, J. M.: «Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos», en AAVV, *I gruppi di società*, vol. II, Milán, 1996, p. 1215.

⁵⁵ GUERRERO LEBRÓN, M. J.: «El artículo 348 bis LSC como mecanismo de protección del socio externo ante una gestión desleal del grupo», *RdS*, núm. 54, 2018, p. 69 y ss.; IRÁCULIS, N.: «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: Controvertida construcción de este mecanismo de protección», *RDM*, abril-junio 2018, p. 231 y ss., p. 242.

3.2.2. PRESUPUESTOS FORMALES

Con carácter general, dispone el art. 346.1 LSC que el derecho de separación en relación con las causas legales previstas en el precepto corresponde a los socios **que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo**, incluidos los socios sin voto. En consecuencia, se reconoce una legitimación amplia para el ejercicio del derecho de separación puesto que tendrán tal derecho no solo los socios que votaron en contra del acuerdo, sino también los que se abstuvieron o votaron en blanco, los ausentes y los titulares de acciones o participaciones sin voto, o quienes tuvieran suspendido este derecho, como los accionistas morosos. No parece necesario que conste en acta la oposición del socio que pretende separarse al acuerdo adoptado del que se deriva su derecho de separación, aunque sea conveniente a efectos probatorios⁵⁶.

El artículo 348 bis en su redacción precedente introducía importantes particularidades a esa regla general por cuanto otorgaba el derecho de separación a los socios **que hubieran votado a favor de la distribución de los beneficios sociales** cuando la Junta general no hubiera acordado el reparto como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior que fueran legalmente repartibles. Esta redacción planteaba importantes cuestiones en relación con la atribución subjetiva del derecho de separación⁵⁷.

⁵⁶ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 110-111.

⁵⁷ Por un lado, dado que se exigía una manifestación de voluntad expresa y en sentido positivo a favor de un acuerdo concreto por parte del socio, se planteaba el interrogante de qué tratamiento había de darse a los socios que no ejercitaron su derecho de voto, bien porque no lo tenían (accionistas morosos, accionistas sin voto), bien porque no quisieron ejercitarlo, o no lo pudieron ejercitar porque no disponían del porcentaje exigido estatutariamente para asistir a la Junta general y no pudieron agrupar sus acciones a tal fin; o bien porque la Junta en la que debía aprobarse la aplicación del resultado no fue convocada o no llegó a celebrarse (a favor de una atribución amplia del derecho de separación en estos casos (salvo en el supuesto de que el socio no tenga atribuido derecho de voto), RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 78 y ss.). Íntimamente ligada a esta cuestión surgía igualmente la pregunta de si era necesario que el socio que hubiera votado a favor de la propuesta de reparto de dividendos hiciera constar de algún modo su desacuerdo con el resultado de la votación. No se exigía al socio que quisiera ejercitar su derecho de separación la constancia en acta de su oposición al acuerdo, si bien resultaba recomendable, pero la oposición se manifestaba muy útil a la hora de ejercitar el derecho de separación (Art. 97.1.7 RRM. Vid. la SAP Barcelona de 26 de marzo de 2015; o las dos RRDGRN de 28 de noviembre de 2017). Por otro, también se planteaba el interrogante en relación con la atribución del derecho de separación al socio que había votado a favor de la distribución de beneficio propuesta, pero que no llegaba al monto mínimo establecido en el art. 348 bis LSC, que permitía activar el derecho de separación del socio. En este sentido se ha venido reconociendo jurisprudencialmente el derecho de separación al socio que, pese a votar a favor de una propuesta de distribución de dividendos que no alcanzaba el mínimo legal, hizo constar en el acta la insuficiencia del dividendo repartido (SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2015, caso LAMIRSA). Por el contrario, no debería tener derecho de separación quien habiendo votado a favor de tal acuerdo no hubiera hecho constar su protesta por la insuficiencia del dividendo, por cuanto parece que iría contra la doctrina de los actos propios que el socio ejercitara el derecho de separación con fundamento en un acuerdo cuya adopción ha hecho posible y sin haber puesto ninguna objeción al mismo.

Por último, existían dudas acerca de si surgía el derecho de separación cuando no se hubiera

En su redacción vigente, el art. 348 bis LSC concede, salvo disposición contraria de los estatutos, el derecho de separación al socio **que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos** en el caso de que la Junta no acordara la distribución del dividendo mínimo establecido en el precepto⁵⁸.

En consecuencia, se impediría su ejercicio a los socios que no tengan reconocido derecho de asistencia, porque difícilmente habrán podido hacer constar en acta su protesta⁵⁹. E, igualmente, no surgiría el derecho de separación cuando la Junta general en la que habría de decidirse sobre la aplicación del resultado no llegara a celebrarse. En tal supuesto, entendemos que el socio debe solicitar la convocatoria judicial de la Junta general⁶⁰ antes de ejercitar un derecho de separación que, tal como reza el precepto, solo nace como consecuencia de la adopción de un determinado acuerdo en Junta general⁶¹.

La redacción del precepto puede plantear algunas dudas en relación con el reconocimiento del derecho de separación cuando la propuesta de aplicación del resultado no contemplara la distribución de dividendos, sino otro destino, como

sometido a la Junta general ninguna propuesta de distribución de beneficios sociales, sino que, por el contrario, la propuesta de aplicación del resultado tenía otro contenido como, por ejemplo, la constitución o aumento de reservas voluntarias o de remanente; puesto que, en puridad, en estos supuestos el socio no había podido votar a favor de la distribución de dividendos. Dado que no siempre el socio podría haber realizado una propuesta alternativa de reparto de dividendos, era necesario interpretar el artículo en sentido amplio para posibilitar dar cabida a las distintas posibilidades en las que el acuerdo sobre la aplicación del resultado no implicara el reparto del dividendo mínimo establecido en el precepto (FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I.: «La separación y exclusión de socios...», *op. cit.*, p. 299; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, *op. cit.*, p. 46. BRENES CORTÉS, J.: «El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos...», *op. cit.*, p. 60).

⁵⁸ A través de esta fórmula se estaría reconociendo el derecho de separación a los socios presentes en la Junta que, teniendo reconocido derecho de voto, hubieran hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos, con independencia de que hubieran votado en contra o se hubieran abstenido o hubieran votado en blanco. Aunque también podrían entenderse legitimados a los socios que, pese a votar a favor del acuerdo de distribución de dividendos, consideran el monto distribuido insuficiente porque no cumple el *quántum* mínimo establecido en el precepto. Posibilidad ésta que plantea problemas en relación con el tratamiento que haya de darse al dividendo acordado y repartido una vez el socio disconforme ejerce el derecho de separación. A este respecto se ha señalado, en relación con la redacción anterior, que el socio separado no podrá cobrar el dividendo acordado o, si lo cobró, tendrá que devolverlo porque de lo contrario se estaría enriqueciendo injustificadamente. Con todo, distingue el autor dos supuestos según que se le hayan entregado ya o no al momento de separarse. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, *op. cit.* p. 105-106. También se reconoce el derecho de separación a quienes, pese a no tener reconocido el derecho de voto, tienen derecho de asistencia y, por tanto, estando presentes, pueden haber hecho constar en acta su protesta por «la insuficiencia de los dividendos reconocidos».

⁵⁹ Por ejemplo, por no cumplir con el porcentaje mínimo exigido estatutariamente tratándose de una sociedad anónima, conforme al art. 179.2 LSC, y no haber podido agrupar sus acciones para cumplir tal exigencia.

⁶⁰ RODAS PAREDES, P.: *La separación del socio...*, *op. cit.*, p. 82.

⁶¹ En contra, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, *op. cit.*, p. 79 y ss.

la constitución de reservas voluntarias. El hecho de que se exija que el socio haga constar en acta su protesta por la *insuficiencia* de los dividendos *reconocidos* podría llevar a mantener que solo surgiría el derecho de separación cuando el dividendo acordado no cumpla el *quántum* mínimo establecido en el precepto, pero no cuando se acordara explícita o implícitamente su ausencia por haberse votado en contra del reparto de dividendos o se hubiera decidido otra modalidad de aplicación del resultado⁶². Sin embargo, una interpretación lógica y teleológica del precepto nos lleva a afirmar la existencia del derecho de separación en todo caso en que el acuerdo de aplicación del resultado no contemple la distribución como dividendo de, al menos, el mínimo indicado en la norma, y siempre que se cumplan el resto de requisitos en ella establecidos⁶³.

Por último, conviene indicar que, a diferencia de lo que ocurre en materia de impugnación de acuerdos abusivos⁶⁴, en la aplicación del art. 348 bis LSC no se tiene en cuenta el sentido del voto en los ejercicios precedentes de quien ejercita el derecho de separación. De modo que puede ocurrir que el socio separado haya venido manifestándose de acuerdo con la aplicación del resultado a reservas, pero que en un determinado momento haya optado por el reparto del beneficio como dividendo, y no siendo acordado éste en los términos señalados en el art. 348 bis LSC, ejercite el derecho de separación conferido en este artículo.

Mención especial merecen los presupuestos establecidos para el surgimiento del derecho de separación del socio minoritario de una sociedad matriz en un grupo de sociedades obligado a presentar cuentas consolidadas. Y ello porque, conforme al art. 348 bis.4 LSC, no se exige la concurrencia de todos los presupuestos establecidos en el apartado primero⁶⁵.

⁶² Dicha afirmación podría verse respaldada por la omisión del legislador de la previsión contemplada en la Proposición de Ley de 1 de diciembre de 2017, que contemplaba el derecho de separación del socio que hubiera hecho constar en acta su protesta «por la *insuficiencia de los dividendos reconocidos o su ausencia*».

⁶³ Por otro lado, cabe recordar que ésta había sido igualmente la interpretación del art. 348 bis LSC en su redacción anterior, existiendo acuerdo en que, pese a la literalidad del precepto, el derecho de separación surgía igualmente en los supuestos en que no se hubiera votado un acuerdo de distribución de dividendos, sino que el acuerdo de aplicación del resultado hubiera tenido otro contenido.

⁶⁴ A este respecto es preciso señalar que los tribunales han sido reticentes a declarar que el atesoramiento de beneficios es abusivo cuando el socio minoritario ha tolerado durante largo tiempo el no reparto de dividendos y no existe una causa justificativa de su cambio de postura. Vid. SSAP de Barcelona de 21.09.2000 (AC 2000\2056) o de Valencia de 06.02.2008 (JUR 2008\167454). Con todo, dicha línea jurisprudencial no ha sido seguida en otras ocasiones. Vid. SAP de Barcelona de 07.05.2014 (AC 2014\1115).

⁶⁵ En concreto, señala el precepto que «*cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la Junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores*».

Si atendemos a la redacción de dicho apartado y comparamos los presupuestos establecidos en el mismo para el surgimiento del derecho de separación para el socio externo de la sociedad dominante con los requisitos generales para el nacimiento del derecho de separación del apartado primero, observamos que son tres los presupuestos (y no uno) cuya concurrencia en apariencia no es preceptiva para que el socio minoritario de una sociedad dominante pueda separarse. Uno formal, por cuanto no se exige que el socio haya hecho constar su protesta en acta por la insuficiencia del reparto de dividendos. Uno material, cual es que no es precisa la distribución como dividendo del veinticinco por ciento de los beneficios repartibles alcanzados durante un período de cinco años. Y uno temporal, por cuanto no se exige el transcurso de cinco años contados desde la inscripción de la sociedad. De tal modo que podríamos considerar que para que el socio minoritario de la sociedad dominante pueda separarse por sequía de dividendos bastará con que no se acuerde el reparto de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios repartibles del ejercicio anterior, habiéndose obtenido resultados positivos atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores, sin que sea preciso dejar constancia de la protesta por la insuficiencia del reparto, y con independencia de que hayan transcurrido cinco años desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Con todo, pese a la ausencia de justificación en la tramitación de la reforma del art. 348 bis LSC en relación con este apartado, creemos que el requisito al que se está refiriendo el legislador es únicamente el requisito formal, de modo que son aplicables todos los presupuestos objetivos y temporales dispuestos con carácter general en el apartado primero. El que no se exija la constancia en el acta de la protesta del socio de la sociedad dominante por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tiene todo su sentido en un grupo de sociedades en el que el socio externo de la sociedad dominante no va a participar en las Juntas generales de las sociedades dominadas en las que se decidirá sobre la aplicación de los beneficios que se haya decidido que afloren en dichas sociedades, de modo que no puede exigírsele que haga constar en el acta de la Junta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos. De lo contrario, se imposibilitaría el ejercicio del derecho de separación del socio minoritario de la sociedad dominante en el supuesto de sequía de dividendos. Por el contrario, en relación con el socio minoritario de la filial serán de plena aplicación todos los presupuestos del apartado primero del art. 348 bis LSC.

3.3.3. PRESUPUESTOS TEMPORALES

El derecho recogido en el art. 348 bis LSC será ejercitable una vez transcurrido el quinto ejercicio, contado desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

La redacción anterior del precepto, conforme a la cual el derecho de separación reconocido en el artículo sería ejercitable «*a partir del quinto ejercicio*», contado desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, había generado cierto debate por cuanto no quedaba claro si cabía admitir que el derecho de separación fuera ejercitable en el supuesto de que no se acordase la distribución del dividendo mínimo establecido en relación con el resultado del cuarto ejercicio contado desde la inscripción de la sociedad sobre el que habría que decidir en el quinto. Sin embargo, buena parte de la doctrina y la jurisprudencia entendían que debían haber transcurrido cinco ejercicios⁶⁶ sin haber distribuido el dividendo mínimo inicialmente. Luego, se aplicaría en relación con los acuerdos adoptados para la aplicación del resultado del quinto ejercicio, que podrán tomarse desde el inicio del sexto ejercicio⁶⁷. Se trata éste de un plazo justificado en orden a la consolidación inicial del ente social creado y que se reitera en otros preceptos con similar finalidad⁶⁸.

Tal como consta en la justificación que acompaña la Proposición de Ley de 1 de diciembre de 2017, «*con la sustitución de la expresión «a partir del quinto ejercicio» por «transcurrido el quinto ejercicio», se trata de evitar que el derecho pueda reclamarse al comienzo del quinto ejercicio respecto de las cuentas del cuarto*».

Por otro lado, la inscripción en el Registro Mercantil, que ha de considerarse como *dies a quo* para el cómputo de los cinco años, no solamente será la de la constitución originaria de la sociedad, sino también la causada por ciertas modificaciones estructurales operadas sobre sociedades ya constituidas de las que surge un nuevo ente social, como ocurre en los supuestos de fusión o de escisión con constitución de nuevas sociedades que caen bajo el ámbito de aplicación del art. 348 bis LSC⁶⁹. Más infrecuente será el supuesto en el que el cómputo de los cinco años deba iniciarse a raíz de la inscripción de la transformación de una sociedad existente a la que no es de aplicación el art. 348 bis LSC en otro tipo social en los que el socio disconforme con el reparto de dividendos tiene reconocido el derecho de separación; lo cual acontecerá en los supuestos de transformación heterogénea. En estos casos entendemos que, pese al mantenimiento de la personalidad jurídica, el cómputo de los cinco años deberá iniciarse desde que tuvo

⁶⁶ Los cuales no necesariamente deberán ser completos por cuanto, en el supuesto de que la inscripción de la sociedad no hubiera ocurrido a principios de año, y el ejercicio social correspondiera con el año natural por no haber previsión estatutaria al respecto, el primer ejercicio necesariamente sería de duración inferior a un año.

⁶⁷ SJM núm. 9 de Barcelona de 25 de septiembre de 2013 (JUR 2013\330448).

⁶⁸ Vid. art. 108.4 LSC.

⁶⁹ Con todo, se plantean las mismas dudas que con respecto a la redacción anterior. Vid. al efecto, BRENES CORTÉS, J.: «Derecho de la minoría al dividendo: El controvertido art. 348 bis LSC», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre 2012, p. 131 y ss., p. 140; SILVÁN RODRÍGUEZ, F./PÉREZ HERNANDO, I.: «Derecho de separación y dividendos: El controvertido art. 348 bis LSC», diario *La Ley*, núm. 78137, de marzo de 2012, p. 5.

lugar la inscripción de la transformación en virtud de la cual queda sometida a la aplicación del art. 348 bis LSC⁷⁰.

3.3.4. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

Con arreglo a la redacción original del art. 348 bis LSC, a partir del quinto año desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, surgía el derecho de separación si no se había acordado la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que fueran legalmente repartibles. La literalidad del precepto había originado muchas dudas, además de varias críticas ciertamente fundamentadas.

Una de las mayores incertidumbres venía constituida por la expresión «*beneficios propios de la explotación del objeto social*», cuya concreción resultaba de especial trascendencia por cuanto constituía el valor absoluto respecto del cual habría de computarse el dividendo mínimo de un tercio cuyo reparto enervaba el surgimiento del derecho de separación. De modo que una interpretación demasiado amplia determinaba una mayor posibilidad de que el dividendo acordado no alcanzase la fracción indicada y fuese más probable el ejercicio del derecho de separación, con todos los riesgos que arrostraba para la sociedad y los terceros⁷¹.

⁷⁰ También de esta opinión RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 117-118; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Los derechos al dividendo y de separación...», op. cit., p. 44.

⁷¹ En este sentido se había apuntado la oportunidad de constreñir **los beneficios propios de la explotación del objeto social** a los beneficios ordinarios, dejando fuera los extraordinarios. En la justificación de la Enmienda núm. 21 del Grupo Parlamentario Popular, por la que se introdujo por vez primera el 30 de mayo de 2011 la propuesta de introducir un nuevo art. 348 bis en la LSC, se señalaba lo siguiente: «*De otra parte, con la fórmula que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión «beneficios propios de la explotación» del objeto social, específicamente introducida con esa finalidad, proviene del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital*». Con todo, al no ser éste un concepto presente en el Plan General Contable vigente al momento de la introducción del art. 348 bis en la Ley de Sociedades de Capital, existían ciertas dudas acerca de qué debía entenderse por tales beneficios extraordinarios. La SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2015, en su Fundamento de Derecho Séptimo *in fine* indica que: «*En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de “beneficio propio de la explotación del objeto social”, dado que sí define qué ha de entenderse por “beneficio” o “ingreso extraordinario”. De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 —el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor—, definía “ingresos extraordinarios” como aquellos “beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa”, añadiendo que “como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia”*. El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a “ingresos excepcionales”, que son de-

De tal monto era necesario calcular el tercio del beneficio que constituía el dividiendo mínimo que debía ser distribuido para enervar el derecho de separación, siendo libremente disponible los dos tercios restantes.

Pero, sin duda, la mayor crítica que generaba el precepto era el automatismo con el que estaba concebido el reparto de dividendo a fin de evitar que el socio disconforme ejercitara su derecho de separación, pues, a partir del quinto año, si la sociedad no quería verse expuesta al riesgo de descapitalización generado por el ejercicio del derecho de separación de los socios, tenía que proceder anualmente al reparto del dividendo mínimo establecido en el precepto, siempre que hubiera obtenido beneficios, con independencia de su situación económica, de sus planes de inversión o de la necesidad de asegurarse la autofinanciación mejorando su capacidad de supervivencia futura⁷².

A fin de mitigar el rigor de la aplicación del precepto con las negativas consecuencias que la misma podría tener para la solvencia económica de la sociedad, la doctrina, seguida en algunas ocasiones en la práctica, había realizado distintas propuestas, como la improcedencia de proceder al pago del valor razonable de las acciones o participaciones del socio separado cuando la

finidos como “beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa”, encontrándose entre ellos “los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes”. En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado “beneficio extraordinario”. No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia”. Conforme a dicha sentencia, solamente habían de excluirse del concepto “beneficios propios de la explotación del objeto social» los ingresos extraordinarios, entre los cuales se incluirían los ingresos que fueran ajenos a la actividad típica de la empresa, tuvieran una cuantía significativa en relación con el importe neto de la cifra de negocios y tuvieran su origen en operaciones que se produzcan excepcionalmente. En el caso concreto no se entendieron como beneficios extraordinarios los ingresos financieros procedentes de excedentes de tesorería, la indemnización por retraso en la construcción de una nave industrial en la que se desarrollaría el objeto social y una subvención pública concedida por la realización de actividades de I+D, siendo ésta una actividad propia de la demandada. Esta conceptualización de los «beneficios propios de la explotación» fue acogida y precisada en las dos RRDGRN de 28 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5870 y 5871).

Por otro lado, existían dudas acerca de si el **objeto social** debía ser entendido como la actividad ordinaria desarrollada por la sociedad o, por el contrario, habría que atenerse únicamente a la señalada en estatutos. Ante las dudas se apuntaba que era necesario favorecer al socio minoritario entendiendo el beneficio derivado de la explotación del objeto social en un sentido amplio (MELÉNDEZ, J. R.: «La obligación de reparto de dividendos en las sociedades capitalistas no cotizadas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, de 27 de febrero de 2017; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Los derechos al dividendo y de separación...», *op. cit.*, p. 46-47; O con apoyo a la facilidad probatoria del art. 217 LEC. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, *op. cit.*, p. 121).

⁷² En consecuencia, se atendía únicamente al test del balance, sin tener en consideración el test de solvencia, y se primaban los intereses económicos de los socios por encima de los de la propia sociedad; de modo que cuando el valor del patrimonio neto fuera superior al capital social (art. 273.2 LSC), la sociedad venía obligada a repartir necesariamente un tercio del beneficio obtenido, so pena de verse sometida a un riesgo de descapitalización como consecuencia del ejercicio del derecho de separación de los socios disconformes con la política económica de la sociedad.

sociedad se encontrara en situación de insolvencia real o inminente⁷³; o la inaplicación del art. 348 bis cuando la sociedad estuviera en concurso por entender que en este supuesto primarían los intereses de la sociedad y de los acreedores sobre los de los socios⁷⁴. E, incluso, se entendía que tampoco sería aplicable cuando existieran acuerdos de refinanciación no susceptibles de rescisión concursal por ser conformes con el art. 71 bis y DA 4.⁷⁵ Y se apuntaban igualmente posibles reformas como condicionar el no reparto y, por tanto, el ejercicio del derecho de separación, a que no lo ejerciten un porcentaje de socios determinado⁷⁶; introducir parámetros financieros para permitir el no reparto⁷⁷, o condicionar el ejercicio del derecho de separación a la no lesión del interés social a fin de no perjudicar la refinanciación de la compañía⁷⁸. Todo ello en el convencimiento de que la aplicación automática del precepto podía tener consecuencias indeseadas en la medida en que hacía peligrar la viabilidad de la empresa⁷⁹.

Con todo, no faltaban autores que consideraban que no se lesionaba el principio de libertad de empresa por entender que los intereses de la minoría y de la mayoría quedaban equilibrados en la medida en que no se obligaba a repartir todos los beneficios sociales, sino solamente algunos, en concretas circunstancias y en determinada proporción⁸⁰.

A las dudas y críticas planteadas en relación con la redacción anterior del art. 348 bis LSC, el legislador de 2018 ha tratado de darle respuesta introduciendo cambios ciertamente significativos en relación con los presupuestos objetivos que determinan el nacimiento del derecho de separación.

⁷³ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 156.

⁷⁴ DE LA PUENTE ALFARO, F.: «Doctrina de la DGRN sobre el artículo 348 bis, Ley de Sociedades de Capital», *La Ley*, núm. 9141, 16 de febrero de 2016.

⁷⁵ Vid. SSTs de 10 de abril (RJ 2015\1517) y de 17 de abril de 2015 (RJ 2015\1201), conforme a las cuales en una situación próxima a la insolvencia no deberían repartirse dividendos. En este sentido, algunos autores apuntaban la necesidad de introducir la ausencia de justificación como cláusula general que permitiría determinar el nacimiento del derecho de separación ante la falta de reparto de dividendos. ALFARO, J.: «¿Qué hacemos con el art. 348 bis LSC?», Blog Almacén de Derecho, de 27 de diciembre de 2012. Así lo apuntaba el art. 271-6 ALCM.

⁷⁶ RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 185.

⁷⁷ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Los derechos al dividendo y de separación...», op. cit., p. 49-50.

⁷⁸ RUIZ NÚÑEZ, M.: «Artículo 348 bis de la LSC: Interés individual vs interés social», *RdS*, núm. 49, enero-abril 2017, p. 199 y ss., p. 209-210.

⁷⁹ Ya en relación con los precedentes legislativos de este artículo se había apuntado que no puede ser absoluto. BISBAL, J.: «Los derechos económicos del socio», en BONARDELL/MEJÍAS/NIETO (coord.): *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, p. 251 y ss., p. 257.

⁸⁰ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)», *DN*, núm. 263-264, septiembre-octubre, 2012, p. 7 y ss., p. 15; CABAÑETE POZO, R.: «La defensa del socio minoritario por falta de distribución de dividendos», *RdS*, mayo-agosto 2017, p. 153 y ss., p. 161-162. Haciéndose eco de esta opinión RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 42.

En primer lugar se exige un período de tres años continuados de obtención de beneficios, frente a la situación precedente, que exigía solamente la obtención de beneficios en el ejercicio anterior. En consecuencia, para poder exigir el reparto como dividendo de parte del beneficio del ejercicio anterior tiene que haberse dado igualmente un resultado positivo en los dos años precedentes. De manera que la irrupción de un año con pérdidas obliga a reiniciar de nuevo el cómputo de dicho plazo.

Aun cuando se siga viendo un cierto automatismo en esta regulación, lo cierto es que se mejora considerablemente la legislación precedente, conforme a la cual bastaba con que transcurrieran cinco años desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil para que los socios pudieran exigir anualmente el reparto del dividendo mínimo en el supuesto de existir beneficios. Se consigue con la nueva regulación un mejor equilibrio entre los intereses de los socios en lograr un lucro dentro de la sociedad y el interés de la sociedad en no ver comprometida su supervivencia por cuanto, tras tres años continuados de obtención de resultados positivos, el hecho de repartir el dividendo mínimo establecido en el art. 348 bis LSC no necesariamente producirá un deterioro en su situación patrimonial. Con todo, de nuevo habrá que atender a las especiales circunstancias en las que se encuentre la sociedad, por cuanto será posible que existan razones suficientes para proceder al atesoramiento. En tal caso, habiéndose optado tras la valoración oportuna por el no reparto de dividendos, podría ocurrir que el ejercicio del derecho de separación por el socio disconforme pueda ser considerado un ejercicio abusivo del derecho. Con todo, será preciso aplicar este límite al derecho de separación de forma especialmente cautelosa a fin de que el derecho reconocido en el art. 348 bis LSC no quede desprovisto de eficacia.

Por otro lado, se reduce el porcentaje mínimo de beneficios a repartir de un tercio a un cuarto, moderando así el impacto del reparto sobre la liquidez de la empresa. De especial importancia es la cautela adicional introducida con la reforma de 2018, que permite cumplir con dicho porcentaje en términos de la media ponderada de los cinco últimos ejercicios⁸¹. De esta forma, aun cuando se cumpliera el primer presupuesto de obtención de beneficios durante tres años continuados, estaría justificado el no reparto como dividendo de la parte correspondiente del beneficio del último ejercicio si durante los cuatro ejercicios precedentes se hubiera repartido un dividendo conjunto del veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos. O bien, en el caso de que el monto total de dicho dividendo fuera inferior, se enervaría el derecho de separación acordando el reparto de la cantidad restante en el quinto ejercicio para alcanzar dicho veinticinco por ciento. De esta manera se pretende dar cierta continuidad al reparto de dividendos, pero garantizando que dicho reparto pueda ser menor en algunos años en los que existan mayores necesidades de inversión.

⁸¹ Dicho criterio ya había sido propuesto por ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S./FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una propuesta alternativa...», *op. cit.*, p. 8.

Otra novedad importante es la eliminación de la referencia a los «*beneficios propios de la explotación del objeto social*» que había provocado gran inseguridad jurídica. Conforme a la nueva regulación, el socio minoritario podrá participar en el reparto del conjunto del resultado del ejercicio, incluidos los resultados extraordinarios o excepcionales, que constituyen en todo caso un concepto residual. De esta forma se amplía el beneficio distribuible en favor de los socios, debiendo entenderse superada la interpretación restrictiva seguida en relación con la redacción anterior⁸². Tal ampliación del concepto de beneficio repartible alcanza todo su sentido si tenemos en cuenta el criterio anterior conforme al cual no será necesario proceder al reparto de dividendos en un determinado ejercicio si durante los cuatro ejercicios precedentes se ha repartido un dividendo conjunto del veinticinco por ciento del beneficio obtenido durante los cinco últimos años. De modo que si en un determinado ejercicio durante dicho lapso temporal se han obtenido unos ingresos extraordinarios y se ha procedido al reparto de todo o parte del beneficio alcanzado, es posible que la sociedad no tenga que repartir dividendos durante los cuatro ejercicios subsiguientes por cumplirse este criterio de la media ponderada.

4. Procedimiento para el ejercicio del derecho de separación por no reparto de beneficios sociales y efectos

El derecho de separación reconocido en el art. 348 bis LSC debe ejercitarse en el plazo de un mes desde la celebración de la Junta, o desde su última sesión⁸³, a través de un medio escrito que permita probar el ejercicio de tal derecho y su fecha⁸⁴. Con todo, parece que el escrito no sería necesario si en la misma Junta no sólo se hizo constar la protesta por la insuficiencia del dividendo reconocido, sino que también se ejercitó de manera inmediata el derecho de separación dejándose constancia del mismo⁸⁵.

Conviene plantearse en este punto la cuestión de la determinación del momento en que produce sus efectos la separación del socio, por cuanto, en buena lógica, constituirá éste el punto de no retorno a partir del cual la sociedad está obligada a facilitar la salida del socio, sin posibilidad de llegar a ningún acuerdo por el que quede enervada la causa de separación. De modo que la determinación del momento en que se produce la separación del socio está directamente relacionada con la de concretar la posibilidad que tiene la Junta general de enervar la causa

⁸² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, 2.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 481

⁸³ El *dies a quo* del cómputo es, por tanto, distinto al establecido con carácter general en el art. 348 LSC, dado que los acuerdos de aplicación del resultado no se inscriben en el Registro Mercantil. De hecho, parece que esta especialidad es la que tuvo fundamentalmente en cuenta el legislador para la ubicación sistemática del precepto.

⁸⁴ Art. 348.2 LSC.

⁸⁵ En contra, BRENES CORTÉS, J.: «El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos...», *op. cit.*, p. 62.

que ha originado el derecho de separación mediante la adopción de un acuerdo de reparto del dividendo mínimo establecido legalmente.

A este respecto existen dos posturas diferentes. Por un lado, la de quienes consideran que el ejercicio del derecho de separación tiene un efecto automático, desde su conocimiento a la sociedad, dado que se trata de una declaración de voluntad recepticia⁸⁶. De tal forma que se mantiene que, aunque cabe dejar sin efecto el acuerdo que dio origen al derecho de separación, esta enervación de la causa tendrá efectos *ex nunc*, de modo que no afectará a la plena efectividad del derecho ya ejercitado del que la sociedad tenga conocimiento⁸⁷.

Por otro, hay autores que consideran que la separación solo surte sus efectos el día en que se produce el reembolso o la consignación del valor de las participaciones sociales de las que el socio sea titular. De modo que hasta ese momento el socio mantiene su posición jurídica dentro de la sociedad y ésta puede adoptar un acuerdo que enerve la causa que motivó la separación⁸⁸. Posición ésta que, como la anterior, también ha tenido reconocimiento jurisprudencial⁸⁹.

En favor de la primera postura se argumenta que la misma parece confirmarse por las sentencias recaídas acerca del tratamiento concursal del crédito del socio en relación con el valor razonable. Si con posterioridad al ejercicio del derecho de separación, y sin que el socio se haya visto satisfecho con la entrega del valor de sus participaciones, la sociedad entra en concurso, el derecho de crédito del socio separado no tendrá la calificación de subordinado porque ya no es socio⁹⁰.

⁸⁶ FARRANDO MIGUEL, I.: *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1998, p. 157; FAJARDO GARCÍA, I.: *El derecho de separación del socio en la Sociedad Limitada*, op. cit., p. 80. STS de 23 de enero de 2006 (RJ 2006\256), SAP de Cádiz de 16 de abril de 2015 (JUR 2015\139070) y RGDRN de 20 de septiembre (RJ 2017\4382) y 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5831).

⁸⁷ BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.: *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 148.

⁸⁸ MARTÍNEZ SANZ considera se puede dejar sin efecto el derecho de separación una vez ejercitado si la Junta adopta otro acuerdo hasta que se produce el reembolso y apoya su argumento en que, mientras tal hecho no se produzca (y siempre que la acción no haya caducado), el socio tiene legitimación activa para impugnar el acuerdo que motivó su separación porque es socio, citando al efecto la sentencia del OLG de 26 de marzo de 1999. MARTÍNEZ SANZ, F.: *La separación del socio...*, op. cit., pp. 158-159; BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.: *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. cit., p. 149 y ss.; BRENES CORTÉS, J.: *El derecho de separación del accionista*, op. cit., p. 455 y ss.

⁸⁹ SAP de Zaragoza de 17 de junio de 2002 (JUR 2002\225352).

⁹⁰ SSAP de La Coruña de 21 de marzo de 2014 (JUR 2014\247258) y de 1 de febrero de 2018 (JUR 2018\70004). También RRDGRN de 20 de septiembre (RJ 2017\4382) y 11 de diciembre de 2017 (RJ 2017\5831).

Vid. BRENES CORTÉS, J.: «Clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa ex artículo 348 bis LSC. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (núm. 12/2018, de 15 de enero de 2018) (JUR 2018, 28220) », *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 29/2018, 1 de julio de 2018.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, este argumento no es suficiente para concederle efectos automáticos al derecho de separación por cuanto si el derecho del socio por el reembolso no tiene la condición de subordinado no es porque no sea socio, sino porque, a raíz de la reforma del art. 92.5.º LC, quedan exceptuados de la subordinación los créditos diferentes de los préstamos u otros con análoga finalidad de la que sean titulares los socios a los que se refiere el art. 93.2.1.º y 3.º LC⁹¹.

Por el contrario, entendemos que, dado que la separación del socio supone una disolución parcial de la sociedad, la declaración de voluntad de éste no es más que el elemento desencadenante del procedimiento a seguir a fin de permitir su salida de la sociedad, de manera análoga a lo que acontece con el acuerdo de disolución del ente social. De forma que hasta que no se haya culminado tal procedimiento satisfaciéndole al socio el valor de sus participaciones o procediendo a su consignación judicial, no se producirá la baja como socio y seguirá disfrutando de los derechos que le corresponden dentro de la sociedad, si bien de manera claudicante.

Dicha solución es la que ofrecía expresamente el art. 152 de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 2002⁹² y también ofrece el ALCM⁹³. Ambos textos proyectados fijan el momento en que el socio queda separado de la sociedad el día en que tiene lugar el reembolso o el valor de las partes sociales de las que fuera titular.

Este momento determina el *dies ad quem*; la sociedad podrá enervar la causa que ha motivado la separación; de modo que el ejercicio del derecho de separación quedará sin efecto cuando la sociedad adopte un acuerdo de reparto del dividendo mínimo establecido en el art. 348 bis LSC⁹⁴. Ciertamente esta posibilidad será de gran utilidad para la sociedad que, a la vista del número de socios que hayan ejercitado el derecho de separación por no reparto del dividendo del art. 348 bis LSC, en aras a evitar la descapitalización de la sociedad, puede optar por dar cumplimiento a las expectativas de lucro de los socios, evitando su salida.

⁹¹ PULGAR EZQUERRA, J.: «Reparto legal mínimo de dividendos...», *op. cit.*, p. 163. PULGAR EZQUERRA no ve correcto que dicho crédito quede excluido de su clasificación como subordinado y, por tanto, sea calificado como ordinario, conforme al art. 92.5 LC, pues entiende que no debería permitirse que la cuota de liquidación se satisfaga con anterioridad a todos los acreedores sociales, conculcándose el art. 391.2 LSC, y propone *de lege ferenda* que «el crédito de reembolso del socio separado en un escenario concursal debería constituir un crédito extraconcursal que, por tanto, no formaría parte de la masa pasiva y no podría ser satisfecho hasta la conclusión del concurso» PULGAR EZQUERRA, J.: «Reparto legal mínimo...», *op. cit.*, pág. 163.

⁹² Conforme al cual «el socio quedará separado de la sociedad el día en que tenga lugar el reembolso o la consignación del valor de las partes sociales de que fuera titular».

⁹³ Artículo 271-23. Eficacia de la separación y de la exclusión.

1. El socio quedará separado o excluido de la sociedad a partir del momento del reembolso o de la consignación del valor de la parte social de la que fuera titular.

⁹⁴ Más dudoso es que se indemnice a los socios por los posibles daños y perjuicios que hayan sufrido. A favor de tal solución, *vid.* RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa al reparto...*, *op. cit.*, p. 99.

Con todo, no se nos oculta que, debido a que la duración del procedimiento de salida del socio puede dilatarse en el tiempo, ello puede provocar una gran inseguridad jurídica, así como una situación ciertamente difícil en el seno de la sociedad por cuanto los socios que han mostrado su deseo de separarse siguen ostentando todos sus derechos.

En este sentido consideramos muy oportuna la solución otorgada en el ALCM, por cuanto se dispone en el art. 271-10.2 ALCM que el derecho de separación del socio afectado no podrá ejercitarse cuando el acuerdo de no distribución de beneficios en los términos legales haya sido dejado sin efecto, o cuando se haya adoptado un acuerdo de disolución de la sociedad, siempre que alguno de estos hechos haya tenido lugar en el plazo de los dos meses siguientes a la adopción del acuerdo del que surge el derecho de separación.

Como consecuencia del ejercicio del derecho de separación, el socio afectado tendrá derecho al reembolso del valor razonable de sus participaciones o acciones, las cuales podrán ser adquiridas en la sociedad, dentro de los límites de la autocartera, o bien amortizadas, con la consiguiente reducción del capital social. Como hemos visto, será en el momento en el que se produzca el reembolso o la consignación judicial cuando el socio pierda tal condición.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como el holandés, el alemán o el italiano, no está prevista legalmente en el nuestro la posibilidad de que sean los socios que permanecen dentro de la sociedad, todos o algunos, los que adquieran las participaciones o acciones del socio que se separa. Ello permite la salida del socio de la sociedad sin afectar al capital social y, por tanto, a las garantías de terceros. Nada obsta para que así se haya recogido en cláusula estatutaria o pacto parasocial; pero, en defecto de los mismos, habrá que aplicar el procedimiento recogido legalmente.

En consecuencia, en defecto de pacto, el efecto derivado del ejercicio de derecho de separación en el Derecho español tiene consecuencias más perniciosas para los terceros que en otros ordenamientos, por cuanto, bien de manera inmediata como consecuencia de la reducción de capital subsiguiente a la amortización, bien de manera mediata en determinados casos como consecuencia de la aplicación de la normativa legal de la autocartera, el capital social se verá reducido con la afectación de su efecto de garantía crediticia frente a terceros⁹⁵.

⁹⁵ Con todo, la afectación a los acreedores será más inmediata en el supuesto de reducción de capital con amortización de acciones o participaciones por cuanto se trata de una reducción efectiva de capital. En cambio, cuando se opte por la adquisición por la sociedad de sus acciones o participaciones, será necesario dotar una reserva indisponible por el valor de las mismas mientras no sean enajenadas, garantizando así una correspondencia patrimonial. Con todo, no puede olvidarse que esta última solución también será más beneficiosa para la propia mayoría opresora por cuanto, tratándose de acciones, dispone el art. 148 a) LSC que los derechos económicos inherentes a las acciones propias serán atribuidos proporcionalmente al resto de las acciones.

Por otro lado, un elemento esencial en el ejercicio del derecho de separación será la valoración de las participaciones sociales del socio que se separa. Tal como establece el art. 356.1 LSC, *«dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, los socios afectados tendrán derecho a obtener en el domicilio social el valor razonable de sus participaciones sociales o acciones en concepto de precio de las que la sociedad adquiere o de reembolso de las que se amortizan»*.

En efecto, una vez que la sociedad recibe la manifestación de voluntad del socio o socios que desean separarse, se debe iniciar el procedimiento para que la disolución parcial de la sociedad sea efectiva. Y del tenor del precepto enunciado se deriva que un hito fundamental en dicho procedimiento es la determinación del valor de reembolso. La consecuencia del ejercicio del derecho de separación por el socio disidente es el surgimiento del derecho al reembolso del valor razonable de su participación social como mecanismo que le permite obtener la desinversión en la sociedad⁹⁶. Pero este derecho de crédito solamente surgirá una vez que haya finalizado el procedimiento establecido para determinar el valor de reembolso.

La valoración habrá de hacerse conforme al valor razonable. Dicho valor razonable equivale al valor real señalado con anterioridad a la reforma operada por la DA 10.^a de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, que vino a sustituir el término de valor real por el de valor razonable⁹⁷. Y se define como el precio que el socio recibiría por la venta de su participación en el capital social, mediante una transacción ordenada entre participantes en el mercado en la fecha de valoración o el importe por el que puede ser intercambiada dicha participación social entre partes interesadas, debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua⁹⁸.

Conforme al art. 353.1 LSC⁹⁹, dicho valor razonable podrá ser acordado entre la sociedad y el socio afectado (o por el procedimiento o la persona que acuerden

⁹⁶ MEGÍAS LÓPEZ llama la atención sobre el hecho de que esta consecuencia es común a los supuestos de separación y de exclusión del socio, lo cual a su juicio es criticable porque el punto de partida no es equivalente, pues, tal como señala, *«en ambos casos y en el contexto de abuso que estamos analizando, el conflicto interno genera un comportamiento extrasocial que origina a su vez la puesta en marcha del mecanismo de salida; pero mientras que en uno de ellos la salida es del sujeto perjudicado —separación del socio oprimido—, en el otro se resuelve el vínculo societario del sujeto que causa el perjuicio —exclusión del socio obstruccionista—. Falta sin duda coherencia si la separación y exclusión por tal causa permite obtener al socio separado y al excluido el mismo valor por su participación»*. MEGÍAS LÓPEZ, J.: «Opresión y obstruccionismo», *op. cit.*, p. 47.

⁹⁷ STS de 28 de febrero de 2011 (RJ 2011\2489).

⁹⁸ Punto 6.º 2 de la Primera parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. *Vid.*, a modo de ejemplo, SAP Madrid, de 13 de diciembre de 2017 (JUR 2018\40957), que define el valor razonable como *«el equivalente al precio que percibiría en una transacción ordenada entre participantes en el mercado en la fecha de valoración»*.

⁹⁹ Art. 353.1 LSC: *«A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valo-*

entre las partes) y, en defecto de acuerdo, será el que determine el experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio social (art. 353 LSC)¹⁰⁰.

No está determinada legalmente la duración del período de negociación sobre el valor razonable entre el socio y la sociedad¹⁰¹, pero cualquiera de ellos puede dar por finalizado dicho proceso en el momento en que solicite el nombramiento del experto independiente al registrador mercantil del domicilio social. Será entonces el experto nombrado el que deba fijar el valor razonable con carácter único para todos los socios que hayan ejercitado su derecho y que no hubieran llegado a un acuerdo con la sociedad¹⁰², recabando de ésta cuantas informaciones y documentos considere útiles y procediendo a todas las verificaciones que estime necesarias (art. 354.1 LSC)¹⁰³ y sin estar obligado a aplicar un criterio normativo técnico concreto¹⁰⁴. Para la realización del mismo dispondrá de un plazo máximo de dos meses, a contar desde su nombramiento, debiendo remitir el informe realizado por conducto notarial a la sociedad y a los socios afectados, acompañando copia, y depositará otra en el Registro Mercantil (art. 354.2 LSC). En todo caso, la valoración realizada por el experto independiente será impugnabile ante los tribunales¹⁰⁵.

rarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración».

¹⁰⁰ El precepto ha sido redactado conforme a la Disposición final 4.^a quince de la Ley de Auditoría de Cuentas (RCL 2015, 1124) y la nueva redacción surte efectos desde el 17 de junio de 2016. La modificación ha venido a sustituir la necesidad de nombrar un auditor de cuentas distinto al de la sociedad, designado por el Registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración, por el nombramiento de un experto independiente designado por el mismo procedimiento. Este cambio abre el abanico de profesionales a los que puede solicitarse la valoración.

¹⁰¹ Negociación que, en principio, será individual entre la sociedad y cada socio que haya ejercitado su derecho de separación, por cuanto cada socio será libre de aceptar el precio que considere razonable e, incluso, un descuento a cambio de verse liberado de la responsabilidad que le viene impuesta legalmente a los socios de una sociedad de responsabilidad limitada (art. 357 LSC), y, en caso de haberse pactado así estatutariamente, a los socios de una sociedad anónima.

¹⁰² FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I.: «La separación y exclusión de socios...», *op. cit.*, p. 312.

¹⁰³ No será este experto independiente quien tenga competencia para decidir acerca de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del art. 348 bis LSC, sino que tal comprobación habrá sido realizada con anterioridad a su nombramiento por el Registrador mercantil. *Vid.* al respecto, dos RRDGRN de 28 de noviembre de 2017. Competencia ésta del Registrador mercantil que no está exenta de polémica.

¹⁰⁴ GARCÍA-TUÑÓN, A. M.: «Los derechos al dividendo y de separación...», *op. cit.*, p. 58, nota 62; ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S./FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una propuesta de redacción alternativa...», *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁵ Lo cual no será infrecuente dada la complejidad y los distintos métodos de valoración de las acciones y las participaciones sociales. *Vid.*, ad ex., SAP de Mallorca de 11 de septiembre de 2018 (JUR 2018/281856).

Un interrogante de especial importancia es el del carácter imperativo del valor razonable. A estos efectos cabe señalar que expresamente se reconoce el carácter dispositivo del mismo en la Ley de Sociedades Profesionales por cuanto, conforme al art. 37.1 de la Ley 2/2007, «*el contrato social podrá establecer libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponde a las participaciones del socio profesional separado o excluido, así como en los casos de transmisión mortis causa y forzosa cuando proceda*».

Sin embargo, no existe tal reconocimiento con carácter general para las sociedades de capital, por lo que de tal omisión cabe deducir el carácter imperativo del mismo. En este sentido, la mayor parte de la doctrina considera que el socio tiene derecho al valor razonable, sin que quepa establecer cláusulas estatutarias por las que se fije otro valor, como por ejemplo el valor contable; entendiéndose que el art. 37.1 de la Ley 2/2007 constituye una norma excepcional, aplicable sólo a las sociedades profesionales y a la cuota de liquidación de sus socios profesionales (no las de los posibles socios capitalistas de la sociedad)¹⁰⁶.

De modo que, aunque sea posible llegar de forma individual a una valoración distinta en virtud de un acuerdo entre el socio y la sociedad, si éste no ha sido posible, el socio tendrá derecho a obtener el valor razonable, sin que sea posible establecer en estatutos un criterio de valoración distinto¹⁰⁷. Con todo, sí parece admisible establecer estatutariamente el procedimiento y los criterios para la determinación de dicho valor razonable¹⁰⁸.

¹⁰⁶ En este sentido, el prof. VICENT CHULIÀ considera que el derecho al valor razonable es irrenunciable por ser contrario a principios generales de nuestro ordenamiento [buena fe (art. 7), máxima reciprocidad de prestaciones en contratos onerosos (art. 1289 CC)], valoración contable con criterios objetivos (art. 39 CCom de 1989), equidad (art. 3.2 CC) o prohibición de enriquecimiento injusto. Prólogo al libro de RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 19. También en este sentido, apoyando su argumentación en el Derecho comparado, VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: «La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas», *RDM*, núm. 283, enero-marzo 2012, p. 55 y ss.

¹⁰⁷ RODAS PAREDES distingue entre el acuerdo entre la sociedad y el socio (que es el único admitido en el art. 353 LSC) y el acuerdo en estatutos; de forma que será posible establecer un valor distinto en virtud del acuerdo entre la sociedad y el socio en el momento en que éste ejercita el derecho de separación, pero no establecerlo con carácter general en estatutos. RODAS PAREDES, P.: *La separación del socio...*, op. cit., p. 120 y ss. Por el contrario, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA insiste en la libertad de pactos en estatutos (art. 28 LSC), de modo que considera que no parece que haya obstáculo para que las partes hayan establecido en estatutos otro valor para el caso de separación del socio, que no necesariamente debe ser el valor razonable, sino que puede ser, ad. ex., el valor contable, señalando al efecto la SAP Madrid de 24 de julio de 2015. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa...*, op. cit., p. 133 y ss.

¹⁰⁸ En este sentido los arts. 114.2 b) y 175.2 b) del Reglamento del Registro Mercantil, modificados por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, sobre publicidad de los protocolos familiares, autorizan el acceso registral al establecimiento por pacto unánime entre los socios de los criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones previstos para el caso de transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, o bien para la concurrencia de la obligación de transmitir de conformidad con el art. 188.3 del RRM. Vid., igualmente, RDGRN de 2 de noviembre de 2010 (RJ 2011\415).

En todo caso, lo que no parece de recibo es aplicar un descuento en la valoración por participación minoritaria o por falta de liquidez¹⁰⁹. Si esto es cierto con carácter general, a mayor abundamiento dicha prohibición será aplicable en el supuesto en el que el derecho de separación ha sido ejercitado por causa de la opresión a la que se ve sometido el socio minoritario en una sociedad cerrada. Ciertamente en este supuesto el socio obtendrá una mejor valoración de su inversión que la que habría obtenido en el supuesto de que la única vía de salida fuera la transmisión de su participación a la mayoría¹¹⁰, porque ésta, aprovechándose de las circunstancias, hubiera valorado de forma muy inferior la participación del socio¹¹¹. Pero será éste precisamente un elemento que la mayoría deberá tener en cuenta a la hora de adoptar los acuerdos que conformen la voluntad social y que pueden fundamentar el nacimiento del derecho de separación.

En el plazo de dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, los socios tendrán derecho a obtener el precio establecido en el domicilio social, y, si no reclamaran tal cantidad, los administradores deberán consignarla en una entidad bancaria del domicilio social a nombre de los socios¹¹². El reembolso será

¹⁰⁹ ALFARO/CAMPINS: «Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario (A propósito de la SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2009), RDS, núm. 35, 2010-2, p. 308. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.: «Derecho de separación del socio profesional y valoración de sus participaciones sociales (Comentario de la sentencia del Tribunal supremo de 14 de abril de 2014), RDM, núm. 294, octubre-diciembre, 2014. ALFARO, J./CAMPINS VARGAS, A.: «La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión», en AA.VV., *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. III, Madrid, McGraw-Hill, 2002, p. 3151 y ss. En la jurisprudencia STS de 28 de febrero de 2011 y STS de 2 de diciembre de 2012.

¹¹⁰ Vid. SAP (Sección 11) de Madrid, de 13 de diciembre de 2017, comentada por ALFARO J., «Valoración de empresas: Una sentencia apabullante», 15 de febrero de 2018, en <https://derecho-mercantilespana.blogspot.com/2018/02/valoracion-de-empresas-una-sentencia.html>

¹¹¹ La transmisión de su participación a un tercero no sólo se ve dificultada en razón de los especiales caracteres de la sociedad cerrada, sino que además difícilmente posibilitará al socio minoritario la obtención de un valor satisfactorio por su participación en la medida en que se aplicará un importante descuento por la posición jurídica que transmite dentro de la sociedad. BRENES CORTÉS, J.: *El derecho de separación...*, op. cit., p. 21. Vid. SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2017: «La venta en mercado abierto es una opción para el demandante, pero no es una opción real para recibir el valor razonable de la participación. Es notorio que las participaciones minoritarias no encuentran fácilmente un mercado (lack of marketability discount) y acusan un significativo descuento sobre el valor estrictamente proporcional al equity value total de la compañía (minority discount)». Vid. Comentario, ALFARO, J.: «Valoración de empresas: Una sentencia apabullante», cit. Entiende MEGÍAS LÓPEZ que no cabe descartar el supuesto en que, aún pudiendo transmitir a un tercero, el socio minoritario ejerce su derecho de separación para obtener una mayor rentabilidad a su participación a través de puro chantaje. MEGÍAS LÓPEZ, J.: «Opresión y obstruccionismo...», op. cit.,

¹¹² A diferencia de lo que ha ocurrido con el art. 279 LSC, que ha sido reformado para ampliar el plazo de pago del dividendo acordado, no se ha introducido reforma alguna en el art. 356 LSC, por lo que el plazo de desembolso del valor razonable será de dos meses desde la recepción del informe de valoración. Por el contrario, en la doctrina se había propuesto ampliar el plazo de pago del reembolso hasta cinco años, contados desde el ejercicio del derecho de separación. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S./FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una propuesta de redacción alternativa...», op. cit., p. 12.

en principio en dinero, aunque cabe que se realice en especie si existe acuerdo con el socio¹¹³.

El carácter excepcional del derecho de separación se explica precisamente porque, como consecuencia de tener que hacer frente a esta obligación de reembolso, la sociedad puede ver comprometida su solvencia y su supervivencia para el futuro. Y es éste uno de los aspectos del art. 348 bis LSC que han recibido mayores críticas por parte de la doctrina, fundamentalmente en su redacción previgente.

Ciertamente en la legislación societaria se contemplan ciertas cautelas para la protección de los acreedores como consecuencia del ejercicio del derecho de separación de los socios. Por un lado, es posible que tengan reconocido derecho de oposición. De este modo, cuando estuviere reconocido el derecho de oposición de los acreedores, conforme a los arts. 333 a 335 LSC, y fuera necesaria la reducción del capital social por haberse optado por la amortización de la participación del socio¹¹⁴, el reembolso o la consignación del valor razonable solo podrá producirse transcurridos tres meses desde que se notificara personalmente a los acreedores o se publicara en el BORME y en la página *web* de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un diario de los de mayor circulación en la localidad en que radique el domicilio de la sociedad. Si, por el contrario, durante este plazo los acreedores hubieran ejercitado el derecho de oposición, el pago del valor razonable, y consecuente reducción del capital social, no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad preste garantía a satisfacción del acreedor o, en otro caso, hasta que notifique a dicho acreedor la prestación de fianza solidaria en favor de la sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla por la cuantía del crédito de que fuera titular el acreedor y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento (art. 337 LSC).

Por otro lado, en las sociedades de responsabilidad limitada, conforme al art. 357 LSC, los socios a quienes se les hubiere reembolsado el valor de las participaciones amortizadas estarán sujetos al régimen de responsabilidad por deudas sociales establecido para el caso de reducción de capital por restitución de aportaciones en el art. 331.1 LSC; de forma que responderán solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros durante un plazo de cinco años contados a partir de tal momento¹¹⁵.

¹¹³ Dado que, a diferencia de lo que ocurre en la liquidación, no todos los socios estarán afectados, no será preciso el consentimiento unánime (art. 393.1 LSC). Sobre la posibilidad de que se reembolse el valor de las participaciones o acciones al socio separado en especie, *vid.* ORTEGA PARRA, S., *La participación del socio en las ganancias sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 323 y ss.; CABAÑETE POZO, R.: «La defensa del socio minoritario...», *op. cit.*, p. 170.

¹¹⁴ Ello por cuanto si se hubiera optado por la adquisición de las acciones o participaciones por la sociedad, las garantías de los acreedores no se verían afectadas en la medida en que la adquisición se debe financiar con cargo a beneficios o reservas libres y se debe dotar una reserva por el valor de la adquisición.

¹¹⁵ Posibilidad que en el supuesto de la Sociedad Anónima se podrá establecer por pacto estatutario.

Con todo, pese a dichas cautelas legales para la protección de los acreedores, lo cierto es que no vienen establecidas con carácter general y en modo alguno garantizan que la sociedad no se vea descapitalizada como consecuencia del ejercicio del derecho de separación. De ahí que el automatismo de tal derecho reconocido en el art. 348 bis LSC se compadezca mal con el principio de conservación de la empresa. No obstante, conviene precisar la mejora conseguida con la reforma del art. 348 bis operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en la medida en que ha excluido de su ámbito de aplicación a las empresas que se encuentran en una situación de concurso o de insolvencia actual o inminente¹¹⁶. En todo caso, conforme al art. 358.2 LSC si, como consecuencia de la reducción, el capital social descendiera por debajo del mínimo legal, se estará a lo dispuesto en materia de disolución.

5. Fundamento del art. 348 bis LSC

Una vez examinados los presupuestos de aplicación del art. 348 bis LSC, parece llegado el momento oportuno para detenernos a reflexionar sobre el fundamento del derecho de separación reconocido en él.

Sin duda alguna, como todo supuesto de derecho de separación, el derecho reconocido en el art. 348 bis constituye un mecanismo de tutela de la minoría disconforme frente a la decisión adoptada por la mayoría en el seno de la sociedad en la que participan. Por otro lado, sin llegar a reconocerse un dividendo legal mínimo¹¹⁷, lo cierto es que el derecho reconocido en el precepto servirá como me-

¹¹⁶ Ya antes de la reforma algunos autores abogaban por la aplicación analógica del art. 321 LSC, de modo que consideraban que no era posible proceder al reembolso del valor razonable en los supuestos en los que el patrimonio neto fuera negativo. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I.: «La separación y exclusión...», *op. cit.*, p. 315.

¹¹⁷ Cuestión ésta debatida en la doctrina en la que se diferencian claramente dos posturas. Por un lado, la de aquellos que consideran que el art. 348 bis LSC recogería excepcionalmente un supuesto de dividendo legal mínimo protegido por el arma más poderosa que la ley puede atribuir a un socio, que es el derecho de separación (ILLESCAS ORTIZ, R.: «Hacia la desnaturalización de la sociedad anónima», *AAVV. Liber amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Civitas, Madrid, 2014, p. 655 y ss., p. 665; PULGAR EZQUERRA, J.: «Reparto legal mínimo...», *op. cit.*, p. 143; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa al reparto...*, *op. cit.*, p. 31 y ss., quien lo califica como «un tercer derecho» entre el derecho al dividendo en abstracto y el derecho al dividendo acordado; RECALDE CASTELLS, A.: «Comentario al art. 160. Competencia de la Junta», en JUSTE MENCÍA, J.: (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 33 y ss., p. 33; FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I.: «La separación y exclusión de socios...», *op. cit.*, p. 298). Por el contrario, otros autores niegan que el art. 348 bis LSC otorgue carta de naturaleza a un derecho del socio a un dividendo mínimo (GONZÁLEZ CASTILLA, F.: »Reformas en materia de separación y exclusión de socios», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./FARRANDO MIGUEL, I./GONZÁLEZ CASTILLA, F.: *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 303 y ss., p. 324; PORFIRIO CARPIO, L. J.: «Sociedades anónimas: ¿derecho a las ganancias contra derecho al dividendo? ¿derecho a las ganancias versus derecho al dividendo?, *RCDI*, núm. 748, marzo-abril 2015, p. 785 y ss., p. 810; ORTEGA PARRA, S.: *La participación del socio...*, *op. cit.*, p. 61.). Opinión esta última que compartimos, fundamentalmente teniendo en cuenta los antecedentes legislativos de la norma. Dado que la reforma del art. 348 bis LSC reproduce la Proposición de Ley del 1 de

canismo de presión de la mayoría por cuanto, a fin de evitar una salida masiva de los socios que pueda poner en peligro la conservación de la empresa, la mayoría intentará lograr el mayor acuerdo posible a la hora de acordar sobre la aplicación del resultado.

Sin embargo, en la redacción precedente era difícil encontrar un fundamento suficiente al reconocimiento de este remedio extremo de protección de la minoría. El derecho de separación constituye un recurso último que solo debe ser reconocido en los supuestos en que se alteren de forma sustantiva las condiciones del contrato social y, consecuentemente, las legítimas expectativas de los socios al integrarse a la sociedad¹¹⁸. Sin embargo, tal como el precepto estaba redactado en la versión original, bastaba con que se cumplieran los presupuestos contemplados en la norma (transcurso de cinco años desde la constitución de la sociedad, existencia de beneficios derivados de la explotación del objeto social en el quinto ejercicio o posteriores, y no reparto de dividendos entre los socios en un tercio de los beneficios resultantes de la explotación del objeto social) para que se pudiera activar automáticamente el derecho de separación del socio que había votado en contra de tal aplicación del resultado, sin necesidad de constatar cuál era la situación financiera de la sociedad en el momento de tomar la decisión, cuál había sido su situación económica en el pasado, o cuáles eran sus previsiones de futuro¹¹⁹; y sin requerir ulteriores valoraciones de la conducta de los socios mayoritarios o de un incumplimiento serio de las legítimas expectativas del socio minoritario¹²⁰.

diciembre de 2017 conviene atender entonces a la justificación dada en aquel momento acerca de la necesidad de modificar el artículo citado. Y, en concreto, a los efectos que ahora nos interesan, se señala en la justificación de la Propuesta lo siguiente: «(...) En definitiva, lo que recoge el artículo 348 bis LSC no es el nacimiento legal de un derecho concreto al dividendo que haga obligatorio para la sociedad su abono, pues ello resultaría contrario a la autonomía de la Junta y a la libertad de empresa, sino que el legislador ha previsto un derecho individual y disponible de separación que faculta para, en determinadas circunstancias, salir de la sociedad».

¹¹⁸ PERALES VISCASILLAS, P.: *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital*, La Ley, 2001, p. 25. PERALES VISCASILLAS, P.: *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 114 y ss.; BRENES CORTÉS, J.: *El derecho de separación...*, op. cit., p. 95 y ss., p. 153. MARTÍNEZ SANZ, F.: *La separación del socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 4 y ss. BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.: *Separación y exclusión de socios...*, op. cit., p. 26. FARRANDO MIGUEL, I.: *El derecho de separación del socio...*, op. cit., p. 157; FAJARDO GARCÍA, I.: *El derecho de separación del socio en la Sociedad Limitada*, op. cit., p. 80.

¹¹⁹ Vid. RUIZ NÚÑEZ, M.: «Artículo 348 bis de la LSC: Interés individual vs interés social», *RdS*, núm. 49, enero-abril 2017, p. 199 y ss.

¹²⁰ Desde luego, en la mente del legislador parecía estar presente la idea de que las expectativas de lucro del socio se verían defraudadas por el no reparto recurrente de dividendos. Así, la Enmienda 21 del Grupo Parlamentario Popular por la que se adicionó el precepto comentado indicaba lo siguiente: «El derecho del socio a las ganancias sociales se vulnera frontalmente si, año tras año, la Junta general, a pesar de existir beneficios, acuerda no repartirlos. La “Propuesta del Código de Sociedades Mercantiles”, de 2002 (art. 150), ya incluyó una norma semejante a la que este Grupo propone introducir en la Ley de Sociedades de Capital a fin de hacer efectivo este derecho. La falta de distribución de dividendos no sólo bloquea al socio dentro de la sociedad, haciendo ilusorio el propósito que le animó a ingresar en ella, sino que constituye uno de los principales factores de conflictividad. El reconocimiento de un derecho de separación es un mecanismo técnico muy adecuado para garantizar un reparto parcial periódico y para reducir esta conflictividad.

Desde esta perspectiva se había contemplado un nuevo límite al poder de decisión de la mayoría que no encontraba justificación suficiente en el fundamento del derecho de separación, ni, en definitiva, en las normas generales aplicables al funcionamiento de un contrato de sociedad capitalista; de modo que algunos autores veían una norma limitativa de la libertad de empresa que no estaba debidamente fundamentada¹²¹.

La situación ha mejorado sustancialmente con la reforma introducida a finales de 2018. Conforme a la redacción actual para que se active el derecho de separación del socio disconforme con la decisión de no reparto de dividendos tampoco se requiere una valoración de la conducta de la mayoría en relación con la aplicación del resultado ni del comportamiento del socio disidente en el pasado; tampoco se atiende a la situación económica de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo (una vez que se constate que no está en alguno de los supuestos de exclusión del precepto) y a la existencia de una justificación suficiente en relación con el no reparto. Sin embargo, por el juego de los límites temporales y cuantitativos establecidos en relación con el reparto de beneficios, cabe inferir que el derecho de separación establecido en este precepto es una importante arma conferida a la minoría frente a una situación opresiva causada por la mayoría en relación con el reparto de dividendos. Y ello porque cabe presumir que, ante la consecución de un resultado positivo durante tres años consecutivos, un acuerdo de no reparto no estaría justificado más que por la finalidad de lograr el estrangulamiento financiero de los socios minoritarios. Lo cual no siempre será así, por cuanto puede haber una justificación suficiente del atesoramiento acordado¹²². Pero nuestro legislador ha optado por la seguridad jurídica que proporciona el establecimiento de un criterio temporal y cuantitativo al que queda sometido el ejercicio de un derecho individual, como es el derecho de separación, en lugar de optar por fórmulas abiertas que dejarían un importante margen de discrecionalidad al juez y podrían dificultar la salida del socio minoritario.

*Con esta solución se posibilita el aumento de los fondos propios, permitiendo que las sociedades destinen dos tercios de esas ganancias a la dotación de reservas, y se satisface simultáneamente la legítima expectativa del socio». Sin embargo, pese a lo indicado, dado que no se exigía reiteración en el no reparto de dividendos, difícilmente podía entenderse que el reconocimiento del derecho de separación estuviese fundamentado en un incumplimiento de las expectativas económicas del socio lo suficientemente serio para justificar el ejercicio de un remedio extremo. Así lo entiende ILLESCAS, R.: «¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?», *Derecho de los Negocios*, noviembre 2011, pp. 5-6. Más benévolo al respecto se muestra VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: «La separación por justa causa...», *op. cit.*, p. 285 y ss.*

¹²¹ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: «Sobre el derecho obligatorio al dividendo. ¡Qué barbaridad!, ¿Hay Derecho?, *Blog sobre la actualidad jurídica y política*, <http://hayderecho.com>, 27 de julio de 2011; BRENES CORTÉS, J.: «El derecho de separación, principales novedades...», *op. cit.*, p. 19 y ss.

¹²² Incluso será posible que se rechace el ejercicio del derecho de separación por abuso del derecho, por tratarse de una manifestación de la tiranía de la minoría. SJM núm. 9 de Barcelona de 1 de marzo de 2018 (JUR 2018\104216). En la doctrina, GONZÁLEZ CASTILLA, F.: «Reformas en materia de separación y exclusión...», *op. cit.*, p. 324; GARCÍA MANDALONIZ, M.: «Derecho de separación y appraisal right: del abuso a la minoría al abuso de la minoría», *Cuadernos de la Cátedra Garrigues. Derecho de sociedades, gobierno corporativo y relaciones con inversores*, vol. 2, marzo 2015, p. 111.

A través de la reforma operada se habría introducido, por tanto, en nuestro ordenamiento, el derecho de separación como remedio frente a la opresión de la minoría, en cuanto conflicto estructural entre los socios, si bien para un supuesto concreto y dentro de unos límites expresamente establecidos.

Ya algunos autores habían querido ver en el art. 348 bis LSC, en su redacción original, un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento del derecho de separación como mecanismo de tutela del socio minoritario ante comportamientos opresivos de la mayoría¹²³. E, incluso, algunos habían ido más allá considerando que podía constituir el fundamento para articular una justa causa de separación del socio ante supuestos de opresión no expresamente previstos ni legal ni estatutariamente¹²⁴.

A nuestro modo de ver, el art. 348 bis LSC en su redacción original recogía una causa de separación que en puridad no tenía que ver con una modificación estatutaria de calado ni una alteración sustancial de las circunstancias del contrato que justificara que no se pudiera obligar al socio a permanecer en la sociedad, y que, tal como hemos visto, constituye el fundamento de la existencia del derecho de separación. Por el contrario, en dicho artículo se entendía que la lesión del interés de lucro que tendría el socio al adherirse a la sociedad (y que justificaría la activación del derecho de separación) se producía por el mero acuerdo adoptado conforme a las mayorías ordinarias de no reparto de dividendos a partir del quinto ejercicio, sin que ni siquiera se exigiera un comportamiento reiterado en este sentido, que podría fundamentar la exigencia de una frustración grave de la ex-

¹²³ VÁZQUEZ LÉPINETTE, quien considera que el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital regula expresamente el derecho de separación del minoritario por un supuesto concreto de abuso de mayoría, pero que podría hacerse una extensión analógica a otros casos de opresión, dependiendo de si se entiende la conducta abusiva como un incumplimiento esencial del contrato de sociedad. VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: «La separación por justa causa...», *op. cit.*, p. 184-186.

¹²⁴ En este sentido, ALFARO y CAMPINS consideran que, aunque hubiera sido más aconsejable introducir una cláusula general, incluyendo la falta de reparto injustificada como un grupo de casos señero de opresión de la minoría que diera derecho a ésta a separarse, se podría extraer dicha cláusula general del art. 348 bis LSC, de modo que se podría hablar de un derecho de separación en cualquier otro conflicto permanente y duradero entre mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento abusivo (antiestatutario o ilegal de forma sistemática) de la mayoría, mediante el recurso a la aplicación analógica. Con ello, ya tendríamos en la propia Ley los mimbres para poder afirmar la existencia de un derecho legal de separación por justos motivos (tanto por modificación sustancial del contrato social —deducida de los supuestos regulados en el art. 346 LSC—, como por opresión de la mayoría —ex artículo 348 bis LSC.) Y citan en apoyo de esta tesis la jurisprudencia que está empezando a reconocer un derecho de separación en casos análogos a los previstos en la Ley, equiparando un supuesto de filialización a una modificación sustancial del contrato social (SAP Valencia 4.5.2011 y STS 10.3.2011). ALFARO, J./CAMPINS, A.: «Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos...», *op. cit.*, p. 78. Esta causa legal no escrita también es defendida por FRAMINÁN. FRAMINÁN SANTÁS, F.: *La exclusión del socio en las Sociedades de responsabilidad limitada*, Comares, Granada, 2005. Por su parte, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA considera que el art. 348 bis LSC constituye una alternativa al reconocimiento legal del derecho de separación por justa causa, que puede coexistir con el art. 348 LSC. E, igualmente, puede coexistir con otras alternativas como la indemnización de daños y perjuicios, las compras y ventas forzosas de la participación del socio disconforme, etc. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa al reparto...*, *op. cit.*, p. 83-85.

pectativa de lucro. Pero, a nuestro modo de ver, tampoco estaba presente en dicho artículo el elemento de opresión o conducta desleal o abusiva de la mayoría que justificara la posibilidad de separarse de la sociedad por el socio minoritario, por cuanto, tal como estaba regulado, no se exigía un acuerdo reiterado en el tiempo contrario al reparto de beneficios sociales.

En este sentido se apuntaba por la doctrina que precisamente la introducción de la causa de separación prevista en el art. 348 bis LSC sería uno de los factores que permitiría afirmar que el derecho de separación se habría convertido en un instrumento polifuncional que ya no obedecía a un criterio único (cual es la necesidad de otorgar al socio minoritario un camino de salida cuando se hubieran alterado con carácter esencial las condiciones pactadas originariamente), sino que obedecía, en su caso, a diversas finalidades específicas, cuyo único factor común sería que efectivamente quienes lo ejerzan dejarían de ser miembros de una sociedad de capital¹²⁵.

A nuestro parecer, lo que ocurría es que este artículo constituía una disfuncionalidad de nuestro Derecho societario que estaba abocada a desaparecer en un futuro inmediato por su falta de encaje en la estructura de las sociedades de capital.

Y efectivamente, si bien no ha desaparecido, sí ha sido objeto de una profunda reforma que consideramos permite una mejor coordinación del derecho de separación reconocido en el precepto con el régimen jurídico aplicable al derecho de separación en nuestro sistema. Y ello porque, al exigir una reiteración en la obtención de beneficios, cabría entender que el acuerdo de no reparto produciría una desviación sustancial respecto a las premisas que inicialmente llevaron al socio a adherirse a la sociedad, con independencia de que la misma no se opere a través de una modificación estatutaria. Partiendo de la idea de que el ánimo de lucro constituye con carácter general un elemento esencial del contrato de sociedad, las decisiones recurrentes contrarias al reparto de dividendos constituirían una afectación a los presupuestos esenciales que determinaron la entrada del socio en la sociedad, de modo que fundamentarían el ejercicio del derecho de separación del socio en tales supuestos. E, igualmente, permitirían presuponer que el acuerdo de no reparto, en las circunstancias señaladas en el precepto, constituiría el arma elegida por la mayoría para lograr el estrangulamiento financiero de los minoritarios con vistas de lograr su salida a un precio enormemente bajo por cuanto los socios, ante la carencia de otras opciones, venderán sus participaciones a los socios mayoritarios con un importante descuento. Finalidad que, como vimos, es precisamente la que caracteriza cualquier supuesto de opresión de la mayoría.

Sin embargo, no parece que esta causa de separación pueda aplicarse analógicamente a cualquier otro supuesto en que sea oportuno facilitar la salida del socio con una compensación justa. El carácter excepcional del derecho de separación

¹²⁵ RODAS PAREDES, P.: *La separación del socio...*, op. cit., p. 33-34.

nos lleva a negar la posibilidad de que el art. 348 bis LSC permita articular en nuestro ordenamiento una causa genérica de separación por justa causa. Ciertamente, como hemos visto, esta figura no es desconocida en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, sin que hasta el momento los tribunales hayan llegado a aplicarla en la práctica¹²⁶. Pero falta un reconocimiento legal expreso de la misma.

III. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO, J.:

- «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada», *RDM*, 1996, p. 1079 y ss.
- «Valoración de empresas: Una sentencia apabullante», *Blog Almacén de Derecho*, de 15 de febrero de 2018.

ALFARO, J./CAMPINS, A.:

- «Abuso de la mayoría en el reparto de dividendos y derecho de separación del socio en las sociedades de capital», en AAVV., *Liber amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Civitas, Madrid, 2014, p. 65 y ss.
- «La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión», en AA.VV., *Derecho de sociedades: Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. III, Madrid, McGraw-Hill, 2002, p. 3151 y ss.
- «Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario (A propósito de la SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2009)», *RDS*, núm. 35, 2010-2, p. 308 y ss.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S./FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC», *La Ley Mercantil*, núm. 33, febrero 2017, p. 1 y ss.

BISBAL, J.: «Los derechos económicos del socio», en BONARDELL/MEJÍAS/NIETO (coord.), *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1994, p. 251 y ss.

¹²⁶ Vid. sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 13 de julio de 2007 (JUR 2007/291796).

BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.: *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

BRENES CORTÉS, J.:

— «El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades», *RdS*, núm. 37, julio-diciembre 2011, p. 19 y ss.

— «Derecho de la minoría al dividendo: El controvertido art. 348 bis LSC», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre 2012, p. 131 y ss.

— «El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: La entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», *RDM*, núm. 305, julio-septiembre, 2017, p. 37 y ss.

— «Derecho de la minoría al dividendo: El controvertido art. 348 bis LSC», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, p. 131 y ss., p. 144.

— *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1999.

— «Clasificación concursal del crédito de reembolso del socio que se separa ex artículo 348 bis LSC. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (núm. 12/2018, de 15 de enero de 2018 (JUR 2018, 28220))», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 29/2018, 1 de julio de 2018.

CABAÑETE POZO, R.: «La defensa del socio minoritario por falta de distribución de dividendos», *RdS*, mayo-agosto 2017, p. 153 y ss.

CAMPINS VARGAS, A.: «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?», *Diario La Ley*, núm. 7824, de 23 de marzo de 2012.

CERRAI/MAZZONI: «La tutela del socio e delle minoranze», *Rivista delle Società*, 1993, p. 1 y ss.

CURTO POLO, M. M.: *La protección del socio minoritario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DE LA PUENTE ALFARO, F.: «Doctrina de la DGRN sobre el artículo 348 bis, Ley de Sociedades de Capital», *La Ley*, núm. 9141, 16 de febrero de 2016.

EMBED IRUJO, J. M.: «Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos», en AAVV, *I gruppi di società*, vol. II, Milán, 1996, p. 1215 y ss.

M.^a MERCEDES CURTO POLO

EMPARANZA, A.: «Comentario al art. 346 LSC», en ROJO, A./BELTRÁN, E, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, tomo II, *op. cit.*, p. 2472 y ss.

FAJARDO GARCÍA, I.: *El derecho de separación del socio en la Sociedad Limitada*, Práctica de Derecho, Valencia, 1996.

FARRANDO MIGUEL, I.: *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Civitas, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I.: «La separación y exclusión de socios en las sociedades de capital», *RdS*, 41, julio-diciembre 2013, p. 281 y ss.

FLEISCHER, H.:

— «Chapter 3. Shareholders Conflicts in Closed Corporations», en BACHMANN, G./EIDENMÜLLER, H./ENGERT, A./FLEISCHER, H./SCHÖN, W.: *Regulating the Closed Corporation*, De Gruyter, Berlin, Boston, 2014, p. 37 y ss.

— «Die geschlossene Kapitalgesellschaft in Rechtsvergleich», *ZGR*, 1/2016, p. 38 y ss.

— «The Law of Close Corporations», SCHAUER M./VERSCHRAEGEN, B.(eds.), *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Global Studies of Comparative Law, 24, Springer, 2017, p. 319 y ss.

FRAMINÁN SANTÁS, F.: *La exclusión del socio en las Sociedades de responsabilidad limitada*, Comares, Granada, 2005.

GALLEGO CÓRCOLES, A.: «La impugnación de acuerdos de la Junta general por abuso de mayoría», *RDM*, 308/2018, p. 179 y ss.

GARCÍA MANDALÓNIZ, M.: «Derecho de separación y *appraisal right*: del abuso a la minoría al abuso de la minoría», *Cuadernos de la Cátedra Garrigues. Derecho de sociedades, gobierno corporativo y relaciones con inversores*, vol. 2, marzo 2015, p. 111.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: *Derecho de Sociedades Mercantiles*, 2.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GINÉS CATELLET, N.: «Impugnación de acuerdos sociales y abuso del derecho: Algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa», *RdS*, 40/2013, p. 273 y ss., p. 276 y ss.

GONZÁLEZ CASTILLA F.: «Reformas en materia de separación y exclusión de socios», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./FARRANDO MIGUEL, I./GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*, 2.^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 303 y ss.

GUERRERO LEBRÓN, M. J.: «El artículo 348 bis LSC como mecanismo de protección del socio externo ante una gestión desleal del grupo», *RdS*, núm. 54, 2018, p. 69 y ss.

HERNANDO CEBRIÁ, L.:

— «Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital», *RdS*, 37/2011, p. 173 y ss.

— *El abuso de la posición jurídica del socio en las Sociedades de capital*, Bosch, Barcelona, 2013.

IBÁÑEZ GARCÍA, I.:

— «La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)», *DN*, núm. 263-264, septiembre-octubre, 2012, p. 7 y ss.

— «Sobre el derecho obligatorio al dividendo. ¡Qué barbaridad!, ¿Hay derecho?, *Blog sobre la actualidad jurídica y política*, <http://hayderecho.com>, 27 de julio de 2011.

— «La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)», *Derecho de los Negocios*, septiembre-octubre 2012, p. 7 y ss.

ILLESCAS ORTIZ, R.:

— «¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado?», *DN*, núm. 254, p. 5-6.

— «Hacia la desnaturalización de la sociedad anónima», *AAVV. Liber amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Civitas, Madrid, 2014, p. 655 y ss.

IRÁCULIS, N.: «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: Controvertida construcción de este mecanismo de protección», *RDM*, abril-junio 2018, p. 231 y ss.

JUSTE MENCÍA, J.: «La empresa familiar ante el nuevo derecho de separación por falta de reparto de dividendos», *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, septiembre 2011, disponible en https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/la_empresa_familiar_ante_el_nuevo_derecho_de_separacion_por_falta_de_reparto_de_dividendos.pdf.

M.^a MERCEDES CURTO POLO

LODERER, C./WÄELCHLI, U.: «Protecting Minority Shareholders: Listed versus Unlisted Firms», *Financial Management*, vol. 39, núm. 1, Primavera 2010, p. 33 y ss.

LUCEÑO OLIVA, J. L.: «La suspensión del derecho al dividendo», periódico *Cinco Días*, 16.06.2012.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A.: «Los derechos al dividendo y de separación a la luz del art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: Una revisión general», *RdS*, núm. 49, enero-abril 2017, p. 27 y ss.

MARTÍNEZ SANZ, F.: *La separación del socio en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

MEGÍAS LÓPEZ, J.: «Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: Abuso de mayoría y de minoría», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII (2014) p. 13 y ss.

MELÉNDEZ, J. R.: «La obligación de reparto de dividendos en las sociedades capitalistas no cotizadas», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 927, de 27 de febrero de 2017, file:///H:/SOCIEDADES%20MPI%20final/20170227%20AJA%20927%20-%20Jos%C3%A9%20Ram%C3%B3n%20Mel%C3%A9ndez.pdf;

O'NEAL, F. G./THOMPSON, R. B.: *O'Neal and Thompson's Oppression of Minority Shareholders and LLC Members*, Thomson Reuters West, 2012.

ORTEGA PARRA, S.: *La participación del socio en las ganancias sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PERAKIS, E.: *Rights of Minority Shareholders, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law, Brisbane (Australia) 2002*, Editorial Bruylant, Bruselas, 2004.

PERALES VISCASILLAS, P.:

— *La separación de socios y partícipes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital*, La Ley, 2001.

PORFIRIO CARPIO, L. J.: «Sociedades anónimas: ¿derecho a las ganancias contra derecho al dividendo?, ¿derecho a las ganancias versus derecho al dividendo?», *RCDI*, núm. 748, marzo-abril 2015, p. 785 y ss.

PULGAR EZQUERRA, J.:

— «Reparto legal mínimo de dividendos: Protección de socios y acreedores (Solvency test)», *RDBB*, núm. 147, julio-septiembre, 2017, p. 139 y ss.

— «Impugnación de acuerdos sociales: en particular abusos de mayoría», en RONCERO SÁNCHEZ, A. (Coord.), *Junta General y Consejo de Administración en la Sociedad Cotizada*, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 303 y ss.

RECALDE CASTELLS, A.: «Comentario al art. 160. Competencia de la Junta», en JUSTE MENCÍA, J. (Coord.), *Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 33 y ss.

RIVERO, C.: «Separación por falta de distribución de dividendos: Se levanta la suspensión de la vigencia del art. 348 bis LSC», *Boletín de Sociedades*, Gómez Acebo & Pombo, núm. 4/2017.

RODAS PAREDES, P.: *La separación del socio en la Ley de Sociedades de Capital*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: *La separación como alternativa al reparto de dividendos en las sociedades no cotizadas* (art. 348 bis LSC), Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

ROJO, A.: «La Sociedad de Responsabilidad Limitada: Problemas de política y de técnica legislativas», en BONARDELL/MEJÍAS/NIETO (coord.), *La reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 35 y ss.

RONCERO SÁNCHEZ: Tres cuestiones polémicas sobre el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en <https://elderecho.com/tres-cuestiones-polemicas-sobre-el-art-348-bis-de-la-ley-de-sociedades-de-capital>.

RUIZ NÚÑEZ, M.: «Artículo 348 bis de la LSC: Interés individual vs interés social», *RdS*, núm. 49, enero-abril 2017, p. 199 y ss.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. C.:

— «Derecho de separación del socio profesional y valoración de sus participaciones sociales (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2014), *RDM*, núm. 294, octubre-diciembre, 2014.

— «Acerca del régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales y acciones y sobre la separación y la exclusión de socios de sociedades

M.^a MERCEDES CURTO POLO

de capital en la propuesta de Código Mercantil», en ROJO, A./CAMPUZANO, A. B., *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum*, vol. 1, 2015, p. 819 y ss.

SCHMIDT, K.: *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2002.

SILVÁN, F./PÉREZ, I.: «Derecho de separación y dividendos: el controvertido artículo 348 bis LSC», diario *La Ley*, núm. 7813, de 7 de marzo de 2012, p. 5 y ss.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.:

— «La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas», *RDM*, núm. 283, enero-marzo 2012, p. 55 y ss.

— *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, 2007.

VICENT CHULIÁ, F.: «Prólogo», en VÁZQUEZ LÉPINETTE, T.: *La protección de las minorías societarias frente a la opresión*, Thomson Civitas, 2007, p. 15-17.

VIERA GONZÁLEZ, A. J.: *Las sociedades de capital cerradas*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

VILARRUBIAS GUILLAMET, F./FAURIA PLANAS, A.: «Alcance de la suspensión del derecho de separación del socio por falta de reparto de dividendos», *RdS*, 41, julio-diciembre, 2013, p. 429 y ss.

ZARZALEJOS TOLEDANO, I.: «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos», *La Ley Mercantil*, núm. 16, julio-agosto, 2015, p. 3.

(Trabajo recibido el 21/05/2019
y aceptado para su publicación el 27/05/2019)

**SEGURIDAD JURÍDICA Y SOSTENIBILIDAD
¿ES POSIBLE UN DESARROLLO SOSTENIBLE SIN
UN SOPORTE DE SEGURIDAD JURÍDICA?, O SIMPLE
Y LLANAMENTE, ¿ES POSIBLE EL DESARROLLO
SIN SEGURIDAD JURÍDICA?**

IGNACIO NAVAS OLÓRIZ

Abogado

Notario honorario

RESUMEN

Los conceptos de seguridad jurídica y sostenibilidad están íntimamente relacionados. Sin seguridad la sostenibilidad se queda en enunciado. El desarrollo social ha de ser sostenible. En nuestro sistema es exigible el equilibrio regulatorio, que ha fracasado en el ámbito documental, procesal y legal. Los efectos beneficiosos de la seguridad jurídica están desigualmente repartidos. Enorme dificultad en conseguir fijeza, conocimiento y estabilidad de las leyes.

Palabras clave: seguridad jurídica, sostenibilidad, desarrollo social, estabilidad.

IGNACIO NAVAS OLÓRIZ

**LEGAL SECURITY AND SUSTAINABILITY
IS SUSTAINABLE DEVELOPMENT POSSIBLE
WITHOUT LEGAL SECURITY SUPPORT? OR
PURELY AND SIMPLY, IS DEVELOPMENT POSSIBLE
WITHOUT LEGAL SECURITY?**

IGNACIO NAVAS OLORIZ

*Attorney
Honorary Notary*

ABSTRACT

The concepts of legal security and sustainability are intimately related. Without security, sustainability remains in question. Social development must be sustainable. In our system regulatory equilibrium is required, which has failed in the documentary, procedural and legal scope. The beneficial effects of legal security are unequally distributed. Huge difficulty in getting fixity, knowledge and stability of the laws.

Key words: legal security, sustainability, social development, stability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA COLINDANCIA, DESDE UN PUNTO DE VISTA *AD EXTRA*.—III. SEGUNDA APROXIMACIÓN A LA COLINDANCIA ENTRE AMBOS CONCEPTOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SOSTENIBILIDAD. VISIÓN *AD INTRA*.—IV. SITUACIÓN ACTUAL.—V. PERSPECTIVA GLOBAL.—VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos días tuve la oportunidad de reflexionar acerca de estos extremos en unas jornadas organizadas por el Consejo General del Notariado y la SEGIB, Secretaría General Iberoamericana, en las que participé como miembro de una de las mesas redondas montadas.

Aquellas reflexiones son las que a continuación expongo:

Seguridad jurídica:

El artículo 9 de la CE de 1978, en su apartado 3, establece que «*la Constitución garantiza*» entre otros derechos «... *la seguridad jurídica*...», pero no contiene —como no podía ser de otro modo— un concepto de la misma.

El Consejo de Estado señaló en su memoria de 1992 que «*la seguridad jurídica, garantizada en el artículo 9.3 CE, significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ellas se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un estado de Derecho, donde no cabe la posibilidad de que se viva “sine lege certa, sine iure certo”*».

Certeza y estabilidad son las dos características que deben coexistir en un estado de Derecho que aspire a dar o a asegurar la Seguridad Jurídica.

Sostenibilidad:

La sostenibilidad o desarrollo sostenible equivale a un modelo de consumo eficiente y compatible con los límites planetarios.

Como vemos esta equivalencia se refiere: 1) al consumo y 2) al desarrollo, al crecimiento, pero sin despilfarro energético.

El desarrollo sostenible, la sostenibilidad como concepto aplicable a cualquier actividad humana, pretende desvincular el crecimiento económico del uso de los recursos naturales y de la contaminación, del uso depredador del planeta, del abuso con una única finalidad, la rentabilidad económica.

La pregunta es: ¿qué tienen en común ambos conceptos? ¿Cuál es la frontera o lindero que comparten? ¿De que manera pueden influirse y beneficiarse mutua y recíprocamente?

Trataré de responder a estas interrogantes y lo haré desde una doble perspectiva: ad extra y ad intra.

II. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA COLINDANCIA, DESDE UN PUNTO DE VISTA AD EXTRA

La seguridad jurídica, tal y como nos enseña el TC, ha de permitir promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin perjuicio del valor que por sí misma tiene (STC 27/1981, de 20 de julio).

Sin seguridad jurídica es muy improbable que pudiera existir desarrollo, pues éste exige inversiones y requiere certezas como elemento esencial en la configuración de las expectativas que el propio desarrollo genera.

El desarrollo, como objetivo o finalidad de la política económica de cualquier gobierno, no debe ni puede ser concebido sin referirlo, sin vincularlo, a las personas, al conjunto de la ciudadanía a la que ha de beneficiar, por lo que tarde o temprano —tarde en los regímenes autoritarios y temprano en las democracias liberales— los ciudadanos se convierten en interlocutores interactivos, en agentes dinamizadores del desarrollo. Esa conversión se produce precisamente por ser los ciudadanos sujetos del mismo y comprender de inmediato que el enorme esfuerzo a realizar y las millonarias inversiones que hay que desembolsar requieren un marco de seguridad jurídica que permita prever el resultado que se espera: mayor riqueza y mayor confort ciudadano.

El buen resultado de esa política económica supone a su vez seguir por el sendero marcado por ella; dinámica que como una espiral sin fin consigue a su vez generar los instrumentos que reforzarán esa seguridad jurídica inicial que permitió la inversión para el desarrollo.

Podríamos decir que es un proceso de retroalimentación dinámica en función del resultado. A mayor seguridad jurídica mayor desarrollo. A mayor desarrollo

nuevas necesidades en materia de seguridad jurídica. Es una espiral que progresiva e imparablemente se va afianzando y sofisticando.

Esa política de desarrollo habitualmente se organiza a través de la fiscalidad, las subvenciones y las bonificaciones y desgravaciones, lo que supone comprometer al inversor privado en esa finalidad colectiva y, obviamente, ningún agente económico, ningún inversor, invierte sin estar seguro de que ganará o al menos recuperará lo invertido. No hay inversión sin certeza y estabilidad. Ni siquiera lo harían los gobiernos que han aplazado o cancelado sin contemplaciones las políticas sociales en base a que generan déficit contable.

Esos recortes, al igual que las sorpresivas cancelaciones de las orientaciones en política económica, por ejemplo en energías alternativas, o las abstenciones en políticas crediticias, generan inseguridad jurídica, y además desigualdad, empobrecimiento y paro en un sector de la población que se ve obligado a dejar de cumplir con sus obligaciones financieras o crediticias. Ese incumplimiento, a su vez, determina que el sector acreedor, al ver en peligro sus inversiones, acuda en tropel a los mecanismos diseñados legalmente para dar seguridad jurídica al crédito, y en consecuencia se masifique la reclamación, surja el empantanamiento judicial y se evidencien los desequilibrios normativos que alertan sobre una actividad legislativa insostenible.

Es en ese momento cuando resalta la paradoja consistente en que se subordine ese valor constitucional —la seguridad jurídica— a la protección de los intereses de los grandes agentes financieros que paradójicamente fueron los que pusieron el sistema en riesgo, los que con su «creatividad» financiera generaron la crisis sistémica.

En esta sede conviene recordar que durante los años de la crisis todo era justificable siempre que se mantuvieran en una urna de cristal legislativa el crédito y con él la hipoteca y el sistema de ejecución de la LEC.

El crédito, su garantía y el proceso de fabricación del bien (vivienda) sobre el que descansa ésta evidenciaron la insostenibilidad del sistema de seguridad jurídica.

Al igual que ocurrió en Ecuador con la subida del crudo y su consiguiente repercusión sobre la construcción de inmuebles hasta 2015; o en el Perú de 2014 con los beneficios fiscales a la construcción; o en la Argentina de 2016; en la Colombia de 1998 o en los EEUU de 2008, etc.

En todas ellas se arrasaron los paisajes mas hermosos de las costas, se construyeron viviendas que no tenían demanda vivencial, sólo reclamo especulativo, y el beneficio fue para unos pocos, pero el coste lo sufrieron todos, se repartió entre todos. El beneficio se privatizó, el coste, los sacrificios, se mutualizaron.

¿Es sostenible ese proceso?

El dinero para financiar esa espiral crediticia y constructiva casi se regalaba, las tasaciones se hacían por encargo y la hipoteca se convirtió en el convidado a la mesa de la inmensa mayoría de los hogares.

Estalló la crisis financiera que se llevó por delante una enormidad de puestos de trabajo, el paro se instaló en nuestra sociedad con carácter endémico, los créditos no pudieron pagarse y las ejecuciones hipotecarias se popularizaron.

La CE prohíbe la especulación y contiene como principio inspirador de la legislación el derecho a una vivienda digna. La legislación, como vulgarmente se dice, no estuvo a la altura de las circunstancias. ¿Es sostenible todo ese proceso?

Las personas que han sufrido esa tragedia perciben que la Seguridad Jurídica sólo despliega «sus» efectos protectores de un lado, el del inversor. Ese desequilibrio regulatorio ha puesto en evidencia que los controles eran ineficientes e insuficientes.

Así pues:

- No es sostenible la regulación: es depredadora o al menos permite el agotamiento de un recurso natural como es el paisaje y nuestro entorno natural que queda subordinado al interés, a la codicia de unos pocos.
- No son sostenibles los controles de seguridad jurídica: son ineficientes y no pudieron parar ese abuso esquilatorio.
- No han sido sostenibles las consecuencias: el sistema ha sido incapaz de responder de manera adecuada. Ha mantenido la ineficiencia, poniendo parches absolutamente inadecuados.
- No ha sido sostenible el análisis político: las conclusiones de la Comisión del Congreso sobre la burbuja inmobiliaria y la crisis crediticia y bancaria son un relato políticamente exculpatorio y de ciencia ficción.

III. SEGUNDA APROXIMACIÓN A LA COLINDANCIA ENTRE AMBOS CONCEPTOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y SOSTENIBILIDAD. VISIÓN AD INTRA

Al principio de esta colaboración me refería a la certeza y estabilidad como conceptos integrantes de la seguridad jurídica, pues bien, esos conceptos también lo son de la sostenibilidad, del desarrollo sostenible que requiere certeza en la

inversión y estabilidad en el proceso de desarrollo para obtener previsibilidad en el resultado y eficiencia o estabilidad en las consecuencias de ese resultado¹.

Nuestro Sistema, en el que incluyo a nuestra regulación constitucional y al Ordenamiento Jurídico, funciona como un eco-sistema en el que la cadena trófica nos revela los vínculos «alimenticios» entre descomponedores (agentes financieros provocadores de la crisis), consumidores (hipotecados) y productores (agentes económicos, jurídicos y sociales auxiliares del sistema). Al igual que en la corriente trófica, ésta es una corriente de energía que se inicia con la oferta crediticia o fotosíntesis: esa energía mediante el préstamo garantizado por la hipoteca (nutrición) es transferida de un organismo a otro (hipotecados).

El ecosistema jurídico-económico se compone de organismos que podríamos denominar autótrofos o que se alimentan a sí mismos produciendo su propio alimento, serían:

- los bancos reguladores (fotosintéticos o fotoautótrofos)
- y el sistema financiero en general que se cobija dentro de su manto protector (quimioautótrofos).

Los primeros utilizan la energía del Sistema —económica y jurídica—, para que a través de esa fotosíntesis que supone el monopolio en la producción de la moneda, convertir la ficción en dinero y fijar la política económica de los gobiernos.

Los segundos, utilizan otras rutas, sintetizan la energía de ese dinero al que tienen un acceso privilegiado y muy barato, en compuestos financieros a partir de moléculas similares o dinero virtual que servirá de alimento a los consumidores.

Los heterótrofos o consumidores son los que se alimentan crediticiamente de aquellos otros, utilizando la materia dineraria fabricada por aquellos organismos para obtener de ella energía inversora y la materia necesaria para alimentar sus necesidades. A éstos los podríamos subdividir en primarios (solicitante del crédito o hipotecado), secundarios (agentes intermediarios, agentes jurídicos y judiciales, y agentes económicos), y terciarios (fondos de inversión).

¹ Desde un punto de vista ortodoxo, en las facultades de Economía siempre se ha enseñado que la incertidumbre afecta negativamente a la inversión de las empresas y a la creación de empleo. Pero hemos de tener en cuenta que en esta época líquida todo ha cambiado, y así en 2018 (moción de censura) la tasa de inversión fue del 22% del PIB, y por tanto superior al 20% del PIB en 2015, año menos convulso que el 18. La tasa de ahorro de las familias en el 18 fue del 5%, la mitad que en 2015, antes de comenzar la época de convulsión política (nuevos partidos, procés catalán, etc.), es decir, cuando más incertidumbre se generó. Todas estas características ¿obligarán a revisar los paradigmas económicos?

Como ven sólo hay que hacer un pequeño esfuerzo de imaginación y de humor para equiparar la cadena trófica alimenticia con la cadena trófica financiero-jurídica. El dinero, la seguridad, la vivienda, o cualquier otra necesidad primaria es deseada, apetecida, por una sociedad compuesta de individualidades consumistas, que solicitan dinero que el propio sistema les asegura que podrán devolver; el sistema es utilizado y manipulado por los grandes agentes económicos que saben que pueden aprovecharse al no existir controles adecuados y provocan una crisis que pone en riesgo la supervivencia del propio sistema, que logran conservar expulsando del mismo a aquellas individualidades consumistas financieramente fracasadas.

La codicia se instala en los balances contables con la absolución del sistema. Se dice que es la única solución para su mantenimiento; las individualidades consumistas, al no poder hacer frente a sus compromisos financieros, comprueban que para ellos sí que funcionan los controles y el sistema de garantías; pierden su vivienda que, para mayor escarnio, es digerida por el propio sistema mediante su enajenación a precio de saldo a otros quimioautótrofos creados para esa finalidad de oportunidad inversora (fondos de inversión).

Es evidentemente necesario y urgente llevar la sostenibilidad a esa cadena. Todavía y, a pesar de las protestas y promesas, no se ha hecho.

IV. SITUACIÓN ACTUAL

Nuestro Ordenamiento Jurídico, al igual que el de otros países de nuestro entorno cultural, como es el caso de los latinoamericanos, es cada día más complejo, más acelerado. La producción de normas de escasa calidad técnica y de aplicación efímera es vertiginosa. La incertidumbre e indeterminación del Derecho es cada día más acusada.

FERRAJOLI habla de crisis del Derecho².

HABERMAS, en su libro «La necesidad de revisión de la izquierda»³, señala que podemos hablar de crisis del Derecho si: a) puede hablarse de una creciente indeterminación interna de la jurisprudencia, que a su vez, b) pueda interpretarse como reflejo jurídico de desarrollos políticos y sociales que resulten irreversibles, y c) exija del juez una interpretación constructiva que represente un desarrollo del Derecho sin que, d) para tal ponderación se disponga de criterios intersubjetivamente validables y democráticamente legitimados.

Nuestro sistema encontraba su fundamento en la referencia a principios constitucionales que reflejan valores de igualdad, como la justicia. Decía ZAGREBELS-

² FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

³ HABERMAS, Jürgen: *La necesidad de revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991.

KY⁴ «que la apelación a la justicia ..., ya no puede verse como un gesto subversivo y destructor del derecho..., sino que es algo previsto y admitido».

Efectivamente, el ideal de justicia ya no constituye una reivindicación política, como lo era en tiempos de la dictadura franquista, aunque sí, y en nuestro país, su organización, su control.

Nuestro sistema no es ya sólo un conjunto de reglas que fijan los límites del terreno de actuación, sino que se presenta como una exigencia ética y utópica, como una fuerza impulsora de la transformación social (CE, capt. III, arts. 39 a 52).

Por otro lado, la política a corto plazo de la mayoría de las democracias occidentales, y por supuesto de nuestro país, determina que el partido político ganador en las elecciones emita directrices legislativas de modo inmediato que producen de manera cíclica enormes cambios legislativos. Lo hemos comprobado recientemente en la Argentina de Macri, el México de López Obrador o la España de Sánchez.

Esta concepción legislativa del Derecho provoca inflación de reglas, diarreas legislativas de difícil curación, que abona la situación de crisis del Derecho de la que hablaba HABERMAS y FERRAJOLI.

Nuestro Ordenamiento, al igual que los de otras democracias, ya no se caracteriza por las notas de estabilidad y permanencia que sirvieron para dar fijeza, previsibilidad, al Derecho.

Todos ustedes estarán de acuerdo conmigo en que con esta situación es muy difícil hablar de Seguridad Jurídica y menos aún de sostenibilidad, yo diría que sería más adhocrático hablar de insostenibilidad.

Resumo: inflación, escasa calidad normativa y ausencia de información jurídica que «*precipita en las tinieblas al ordenamiento jurídico*» en frase afortunada de PÉREZ LUÑO⁵.

Los Ordenamientos Jurídicos no son sostenibles y los controles institucionales, como la Jurisprudencia, que actuaba como motor de la Seguridad Jurídica, tampoco lo es. Es contradictoria y no justifica adecuadamente los cambios.

⁴ ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, Valladolid, 1999.

⁵ PÉREZ LUÑO, A. E.: *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, 1991.

V. PERSPECTIVA GLOBAL

Nuestras sociedades multiculturales y confortables constituyen un escenario extraordinariamente atractivo para los que no disfrutan de los valores occidentales, se convierten en un imán que atrae migrantes y desplazados, con lo que aumenta la multiculturalidad y surge el temor, la inseguridad y el rechazo «al distinto».

El capitalismo financiero en el que se ha convertido el capitalismo tardío de la última década ha instalado la unidad de mercado, pero no ha podido resolver el relativismo radical de las sociedades occidentales que nos aleja, en expresión de ALMOND, de esa cultura política económica homogénea que constituye la clave del consenso sobre los fines que deben servir de base a un sistema democrático⁶. Basta con una ojeada al panorama actual: Trump, Brexit, Hungría, Italia, etc.

Poco a poco, despacio pero sin pausa, van desapareciendo los paradigmas que constituían el fundamento de la agrupación política y económica, y se trata de sustituirlos por otros particulares que ni siquiera entroncan con las tradiciones que servían como identificación cultural de los pueblos, pero todo dentro de una economía globalizada que atribuye a la instantaneidad y al beneficio económico el valor de lo absoluto.

Recapitulo: inflación legislativa, escasa calidad técnica de las normas; sociedad en cambio permanente, multicultural, con tradiciones ajenas potentes en su imposición y con las propias —las genuinas—, disueltas o descafeinadas; consumo como regla social de supervivencia colectiva.

Todas estas características deberían de reforzar el poder del juez y de la seguridad jurídica preventiva. Pero el juez, en la aplicación del Derecho, no encuentra líneas claras que fijen sus límites, ni en las leyes (que son muchas, malas, insuficientes y plagadas de fórmulas abiertas), ni en los valores socio-culturales (que no son homogéneos).

El desequilibrio regulatorio ata de pies y manos a los notarios, agentes de vanguardia de la seguridad jurídica preventiva.

En este panorama, ¿es posible encontrar factores que impulsen la previsibilidad o certidumbre en la aplicación del Derecho? ¿Que logren dotar de seguridad jurídica al desarrollo sostenible de nuestra sociedad?

Hace poco leía, no recuerdo dónde, que los fondos de inversión (buque insignia de la insostenibilidad de oportunidad en nuestro desequilibrado sistema) se

⁶ ALMOND, G.: *Political development*, Boston, citado por REMÓN PEÑALVER, Jesús: «La lucha por la seguridad jurídica», *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, número extraordinario 2006, Uría.com.

habían organizado para «vigilar» la descarbonización de las 100 empresas más contaminantes del mundo. Por otro lado, también leía el propósito del gobierno de regular de una manera más justa y equilibrada con la ciudadanía las energías renovables, o cómo el Ayuntamiento de Barcelona ha creado la mayor eléctrica pública del Estado: Barcelona Energía.

La tendencia es evidente: se trata, como ya he dicho, de desvincular el crecimiento económico del uso de los recursos naturales y de la contaminación, pero en esas noticias nada se dice de la necesidad de repartir democráticamente el crecimiento, de reorientar los beneficios del crecimiento para acabar con la desigualdad.

Fíjense que hablo de la desigualdad como «instituto», como circunstancia social y vital que se ha instalado de modo lacerante en casi todas las sociedades y que desequilibra las relaciones entre las naciones. Se ha desvinculado de las personas a las que lesiona.

La sostenibilidad ha de ser social, no puede quedar resumida —perdón por la frase coloquial— en más de lo mismo, pero con amabilidad ecológica y reducción del consumo depredador y de la contaminación atmosférica.

La sostenibilidad ha de ser —repito— social, hay que referirla también al desarrollo de los valores que han permitido a la humanidad alumbrar momentos estelares. La sostenibilidad o es igualitaria o es otra cosa.

Con ello entro en la siguiente cuestión: en ese panorama de desarrollo social sostenible, ¿para qué sirve la Seguridad Jurídica?

La Seguridad Jurídica equivale a «saber a qué atenerse», con una gran probabilidad de acierto en cualquier circunstancia.

Esa equivalencia combina tres factores esenciales: conocimiento de las leyes, estabilidad y una cierta permanencia de las mismas.

Pero es evidente que estas características no pueden seguir siendo elementos constructivos en la arquitectura contemporánea de la Seguridad Jurídica, no son suficientes, hay que añadir el equilibrio regulatorio y la transparencia en su gestión.

Así pues: conocimiento de las leyes, estabilidad de las mismas y de su interpretación por los tribunales, relativa y justificada permanencia de las disposiciones, equilibrio regulatorio y transparencia en el proceso legislativo, serían hoy, a mi parecer, los factores que enmarcarían a la Seguridad Jurídica.

El equilibrio exige una regulación tuitiva para el que más la necesite. Una regulación protectora de los derechos humanos inalienables y no subordinables

a las expectativas económicas (accesibilidad, libertad de expresión, de consumo, de acceso a la política y a los sindicatos, etc.). Una regulación atenta a los derechos que el ciudadano ostenta como consumidor y como perteneciente a una colectividad, en un mercado que se autoproclama libre.

¿Existe equilibrio en nuestra regulación procesal y de consumo?

- No en el ámbito documental público: cuando el consumidor contrata con un gran agente económico ha de aceptar el clausulado propuesto por éste.
- No en el ámbito procesal, pues el consumidor defraudado, engañado o simplemente descontento, ni tiene un acceso fácil a su defensa administrativa o judicial, ni disfruta de una posición procesal equivalente a la del agente económico demandado.
- No en el ámbito legal, en el que la regulación de los derechos del consumidor o no está coordinada entre las diferentes CCAA que disfrutan de esa competencia, o no está suficientemente desplegada. Hay que seguir avanzando.

Creo que la sostenibilidad social ha de contar con unas herramientas potentísimas y de eficacia aún inédita, y presumo que cumplirían ese papel las derivadas de un nuevo Derecho de Consumo que debería de constituir una rama autónoma y especial del Derecho que sustituya el dualismo de un Derecho civil patrimonial y un Derecho mercantil, por un Derecho Privado del Tráfico Económico, y en el que además la intervención del Estado, a través de las normas de derecho público de carácter administrativo, pueda generar y conseguir mantener vivo y eficaz ese derecho especialmente tuitivo, a través del documento público notarial.

El fracaso de la jurisdicción es patente. Es lenta e insegura, los grandes agentes económicos prefieren acudir al arbitraje y dentro de esta institución a Cortes de Arbitraje internacionales que son ajenas, muchas veces, a la cultura jurídica del país protagonista. En otras ocasiones esos grandes agentes económicos que suelen revestir forma institucional imponen reformas ajenas a la tradición legislativa y judicial de los países «ayudados» en lugar de profundizar democráticamente en las existentes.

El usuario, el consumidor, el ciudadano en definitiva, sólo disfruta —y no siempre— de ciertos efectos de la Seguridad Jurídica, pero no puede tomar decisiones sobre cómo se construye ésta ni obtener información sobre los elementos que la componen. La representación delegada a través del Parlamento está en cuestión, los partidos políticos se ven inmersos en una situación de crisis representativa; no responden a las exigencias democráticas y sociales y han defraudado en muchas ocasiones al electorado. La regulación de los *lobbys* y sus influencias sobre el legislador permanece en el mundo de las sombras, el peso que ostentan sobre jueces y tribunales permanece también en ese mundo, dando lugar

a especulaciones muy críticas. Es necesario regular un procedimiento de control e impulso que permita a la sociedad civil introducir criterios de sostenibilidad en el proceso legislativo: innovar en confort y equilibrio social; competitividad en costes y aplicación de mínimo impacto en el traslado práctico de la norma, en su aplicación a la sociedad a la que sirve.

¿Significa esto que ya no es posible construir ese valor constitucional?

El proceso legislativo en cualquier ámbito —central, autonómico y local— es hiperdinámico, desbocado.

Hoy debemos hablar con GROSSI⁷ de una legalidad fluida. La constante interpretación de las disposiciones legales debería venir a conformar un derecho vivo, en continua evolución, que muchas veces es distinto del sentido de la disposición escrita promulgada en un tiempo cierto por el legislador.

Yo me atrevería a hablar de legalidad líquida, como la modernidad líquida de la que hablaba BAUMAN, en la que todo es cambiante y sujeto a plazo de caducidad. Esta legalidad líquida es, por razones obvias, de escasa calidad e inflacionaria en su producción y alumbramiento. La jurisprudencia tampoco puede ser mejor. Estas características han puesto de relieve la crisis de la información jurídica, es difícil saber si una norma está o no vigente.

A este respecto, ya he recordado en otras ocasiones que HABERMAS⁸ señala que «el concepto de acción regulada por normas se refiere a los miembros de un grupo social que orientan su acción por valores comunes».

Las normas expresan un acuerdo existente en un grupo social; y todos los miembros de un grupo para los que rija determinada norma tienen derecho a esperar que en determinadas ocasiones o situaciones se ejecuten u omitan, respectivamente, las acciones obligatorias o prohibidas. El concepto central de observancia de una norma significa el cumplimiento de una expectativa generalizada de comportamiento.

Añade que la fase del capitalismo concurrencial que emerge como proyecto de la modernidad supone un Derecho que entregue acabadamente a los sujetos su propia capacidad de autorregulación y de juridificación de las relaciones que se suscitan en el ámbito de la esfera privada.

Por ello, el papel del Estado no es otro que el de propiciar las relaciones de intercambio sin intervenir en el proceso más que como árbitro de las controversias que se produzcan.

⁷ GROSSI: *La primera lección de Derecho*, Madrid, 2006.

⁸ HABERMAS: obra cit.

A mi juicio, el papel del Estado ha de ser un poco más potente, pero no entrometido; ha de impulsar y coordinar y equilibrar el marco de regulación, pero no debe llenar los armarios de normas. Ésta no parece ser la tendencia dominante en la actualidad, en la que la mayoría de los juristas milita en el positivismo, algunos sin saberlo.

El marco legal mediante el cual los sujetos privados se darían un orden autorregulador de sus actuaciones ha ido ganando sistematicidad con el orden jurídico codificado, el cual dista mucho de lo que significó para el derecho romano la codificación del emperador Justiniano. No es una simple compilación de normas y principios agrupados en un solo texto legal, lo cual en su época jugó un papel de excepción; el código moderno recoge y unifica toda la normativa institucionalizada en torno a las materias específicas de actuación y de intercambio comercial; los sujetos se atienen a una normativa sistematizada, no dispersa, simplificada. Pero además la codificación normativa moderna implica la instauración de principios y de reglas de interpretación técnico-jurídicas que propician la estabilización del sistema jurídico-económico, el cual requiere de un órgano especializado del Estado para su aplicación, cuya responsabilidad recae en los Tribunales de Justicia técnicamente capacitados y dotados de herramientas prácticas y teóricas para cumplir eficientemente con su misión estabilizadora del sistema concursal; más aún, capaces de garantizar la seguridad jurídica del sistema calculista limpiándolo de ambigüedades. Este y no otro debería ser el camino, dotar de herramientas prácticas y teóricas a los jueces y tribunales de justicia.

En este panorama, ¿es muy difícil, casi imposible, conseguir esa fijeza, conocimiento y estabilidad de la ley que determina la Seguridad Jurídica? En otras palabras, ¿no es posible hacer un Ordenamiento Jurídico sostenible?

Creo que sí. Concluiré afirmando esa posibilidad.

VI. CONCLUSIÓN

¿Cómo se consigue un Ordenamiento Jurídico sostenible?

Primero.— A través de los Principios Generales del Derecho, que lógicamente no constituyen una lista cerrada, sino una superestructura jurídico-social que se va formando según el sentir, la práctica y la dirección política de una sociedad y que no sólo han de informar y completar al ordenamiento, sino que la Jurisprudencia debería de utilizar de modo ordenado y justificado, como elemento interpretador de las disposiciones e integrador del Ordenamiento jurídico.

Segundo.— A través de la interpretación jurisprudencial de los jueces y de la aplicación práctica del Derecho por los notarios. No quiero darles la misma e igual importancia, el papel del juez es fundamental en esta etapa, casi podría afirmar que sin el papel interpretador y vertebrador del juez no sería posible ha-

blar de Seguridad Jurídica. El papel del notario, necesariamente más modesto, tiene también una extraordinaria importancia en el ámbito de las relaciones privadas, económicas, mercantiles y familiares, las da fijeza y añade conocimiento y seguridad, que actúan de manera profiláctica, evitando la judicialización de los conflictos.

Recuerden que en todo el proceso que he descrito hay una característica común en todas las sociedades: la falta de confianza en el Estado y, en particular, en la legislación y en los jueces. La sociedad global se ha estructurado de un modo planetariamente sectorial, en una especie de gremios colectivos de enormes dimensiones, pero de características económicas y planteamiento de problemas muy similares, que han perdido la confianza en que esos problemas puedan ser abordados de una manera eficaz por una legislación, la mayoría de las veces, poco especializada.

La función que el Título Preliminar del CC, tras la reforma de 1974, atribuye a la Jurisprudencia no es la de fuente del derecho, sino la de «complementar» el ordenamiento jurídico al «interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho» y, si a esa rebaja de funciones se le añaden la lentitud en la resolución de los conflictos, el exceso de trabajo y el peligro de la ausencia de homogeneidad en las respuestas de los diversos Tribunales Superiores en las materias de su competencia, pues decae aún más su papel.

Parece necesario un cambio a este respecto. Nuestro Ordenamiento Jurisdiccional no establece, como el anglosajón, la vinculación al precedente. Ni el TS ni el resto de tribunales están obligados a seguir ateniéndose a una práctica judicial por el hecho de que las partes del proceso hubiesen confiado en su mantenimiento. Esto es así, pero choca frontalmente con el concepto de Seguridad Jurídica del que he venido hablando.

El sometimiento o respeto al precedente no equivale a falta de independencia judicial, no equivale a subordinación de los jueces a un tribunal superior vulnerándose su independencia, ya que todos los tribunales están sometidos a la totalidad del Ordenamiento Jurídico del que la Jurisprudencia forma parte, por lo que dar un paso más y dotar a la Jurisprudencia de fuerza vinculante supondría ahondar en el principio fundamental de igualdad ante la ley, dándole auténtica efectividad, a la par que se añadiría certeza en el derecho. En este sistema, el cambio de orientación jurisprudencial sería perfectamente posible, aunque justificado y amparado en un cambio legislativo que, por supuesto, debería de estar también legitimado por una ley debatida en el parlamento, no por un Real Decreto-Ley.

La independencia judicial no puede convertirse en un ariete de la Seguridad Jurídica. No puede significar que en un mismo día se dicten resoluciones diferentes para supuestos idénticos. Eso es discrecionalidad revestida de independencia y aparente respeto al criterio de la mayoría.

Estoy convencido de que ese es el camino, y obviamente puede regularse la vinculación, como señala LÓPEZ GUERRA⁹, de tres maneras: 1) intelectualmente persuasiva; 2) disuasoria, y 3) formalmente rigurosa. Obviamente, sólo alguna de las dos últimas podría ser eficaz. No hay otro camino.

En España y creo que también en los países de Latino América hemos emprendido el camino de la descodificación, y esto, en palabras de Díez Pícazo, revaloriza la función del juez; yo añadiría que también la del notario, que da estabilidad y fiabilidad al pacto, al acuerdo entre particulares. Pero la Administración de Justicia sigue infradotada y en situación de colapso.

Alguien dijo que los jueces son como los actores de teatro: su capacidad de iniciativa depende del texto que están llamados a interpretar. Yo añadiría que los notarios han de ser como los exploradores antárticos, y elegir la ruta legal y documental que asegure a las partes la certidumbre y la estabilidad: o sea, la seguridad, aunque sea con mucho frío.

Y Tercero.— A través y fundamentalmente de una Constitución que ampare y regule las diferentes necesidades que con el tiempo vaya sintiendo el cuerpo social, la sociedad a la que regula y sirve. Es decir, una Constitución adaptable a las exigencias sociales de cada época y orientadora de los derechos y deberes, alumbrados y por alumbrar, de los ciudadanos.

Sostenibilidad y Seguridad Jurídica deberían ser conceptos conciliables a través de la interpretación jurisprudencial y a través de la aplicación práctica y regular del derecho.

*(Trabajo recibido el 17/02/2019
y aceptado para su publicación el 23/04/2019)*

⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis María: Revista de Derecho Constitucional.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y RELACIÓN JURÍDICA SUBYACENTE: POSTURA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DGRN

EDUARDO HIJAS

Notario de Las Navas del Marqués

RESUMEN

Nuestro ordenamiento, a diferencia del BGB alemán, no regula la representación voluntaria de forma separada del mandato, lo que ha ocasionado muchas distorsiones en la práctica. Hace tiempo que está superada la visión del apoderamiento como un negocio jurídico abstracto, que se mantenía al margen de los avatares de la relación jurídica que le sirve de soporte, bien sea ésta un contrato de mandato, comisión mercantil, gestión o cualquier otra. Como consecuencia de ello, la eficacia del negocio representativo se verá afectada por las extralimitaciones o abusos de poder, la contravención de las instrucciones por el apoderado o la propia extinción de la relación jurídica subyacente. Lo delicado es establecer en qué medida se aplican las normas del mandato a la representación y qué requisitos exigimos para proteger a los terceros que han confiado en el apoderamiento. Dejando al margen la autocontratación, que merece un estudio separado, se hace un repaso a la estructura de la representación voluntaria, a la luz de las últimas sentencias del Tribunal Supremo y de las resoluciones del Centro Directivo.

Palabras clave: representación, apoderamiento, mandato, poder extinguido, extralimitación, clases de representación.

VOLUNTARY REPRESENTATION AND UNDERLYING LEGAL RELATIONSHIP: RECENT POSITION OF SUPREME COURT AND DGRN

EDUARDO HIJAS

Notary of Las Navas del Marqués

ABSTRACT

Our legal system, unlike the German BGB, does not regulate voluntary representation separately from the mandate, which has caused many distortions in practice. The vision of

power of attorney has long been passed as an abstract legal business, which was kept apart from the vicissitudes of the legal relationship that supports it, be it a mandate contract, commercial commission, management or any other. As a consequence, the efficiency of the representative business will be affected by the excesses or abuses of power, violation of the instructions by the agent or the actual termination of the underlying legal relationship. The delicate thing is to establish to what extent the rules of the mandate are applied to the representation and what requirements we demand to protect the third parties that have relied on the power of attorney. Leaving self-employment aside, which deserves a separate study, a review is made of the structure of voluntary representation, in light of the latest Supreme Court judgments and the resolutions of the Management Center.

Key words: representation, power of attorney, mandate, extinguished power, over-reaching, representation classes.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—II. TEORÍAS SOBRE LA REPRESENTACIÓN Y CLASES DE REPRESENTACIÓN.—III. DEFINICIÓN DE APODERAMIENTO Y SU DISTINCIÓN DEL MANDATO.—IV. EL PODER, ¿ABSTRACTO O CAUSAL?—V. ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES. 1. Elementos personales. 2. Elementos reales. 2.1. Poder general (exposición crítica de la STS de 6 de noviembre de 2013). 2.2. Extralimitación del apoderado (la STS de 20 de mayo de 2016). 2.3. Poder general y donación. 2.4. Consentimiento general para disponer de la vivienda habitual. 3. Elementos formales. 3.1. Forma requerida (referencia a los poderes extranjeros). 3.2. La cuestión de la inscripción de los poderes mercantiles (STS de 20 de noviembre de 2018).—VI. LA SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Regulación del Código Civil y su comparación con los precedentes franceses. 3. Interpretación tradicional de doctrina y jurisprudencia, con la especialidad del factor notorio. 4. El impacto del viraje del Tribunal Supremo en 2008. 5. Posición actual de la doctrina ante el giro jurisprudencial y el matiz introducido por la DGRN.—VII. LA EFICACIA DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Está comúnmente admitido que, en Derecho Romano, el «pater familias» no podría adquirir bienes más que por sí mismo o por los suyos, de modo que la declaración de voluntad en los negocios jurídicos sólo podía ser emitida por el propio interesado. Regían los aforismos «per extraneam personam non acquiritur» y «nemo alteri stipulare potest»¹.

El derecho de los pueblos modernos, sobre la base de la tradición canónica (y en contra de los antecedentes romanos) reconoce como principio general la posibilidad de la representación, es decir, que la formación o manifestación de la voluntad (o ambas) en un negocio jurídico se realicen por persona distinta del «dominus negotii». Esto era debido a la organización vicarial de la Iglesia y el empleo continuo de las delegaciones, lo que hizo que se acuñara el aforismo «potest quis, per alium, quod potest facere per se ipsum». Excepcionalmente, era rechazada en dos casos: cuando la naturaleza jurídica del concreto negocio se opone al mismo o cuando la ley exige una declaración o manifestación personal. Las nuevas necesidades del comercio y la administración de ciudades y de «universitates» hicieron que se consolidara esta máxima.

El Código Civil francés de 1804, sin embargo, englobó la representación en la regulación del mandato, originando una confusión entre ambas figuras. A mediados del siglo XIX fue IHERING el primero en afirmar la diferencia entre ambas instituciones, de modo que la coexistencia de mandato y poder no era algo esencial. Le siguió LABAND², quien afirmó que mandato y representación eran figuras diversas, dado que el mandato se refiere al aspecto interno y la representación al

¹ Sin embargo, DE CASTRO, Federico: «Temas de derecho civil: la representación», prólogo del tomo II, *Derecho Civil de España*, Ed. Thomson Civitas, año 2008, páginas 105 y ss.; advierte que no todos los romanistas están de acuerdo en esta premisa, que fue muy criticada por Savigny.

² LABAND: «La representación en la conclusión de los negocios jurídicos según el Código General de Comercio alemán» (Z f. Handelsrecht X, pág. 183), citado por DE CASTRO: obra cit. pági-

aspecto externo. Por la influencia de estos autores, el BGB alemán y el Código Civil suizo regulan de forma separada ambas instituciones.

Nuestro Código Civil, de influencia innegablemente francesa, no contiene una regulación específica de los poderes, aunque sí del contrato de mandato (artículos 1.709 y siguientes). No obstante, existen distintos preceptos que parecen diferenciar poder y mandato:

- El artículo 1.280.5.º CC habla específicamente de los poderes cuando dice que *«deberán constar en documento público... el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero»*. El precepto se refiere al poder y no al contrato de mandato.
- El artículo 1.259 CC, también fuera de la regulación del mandato, especifica que *«ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante»*. Vemos que habla de autorización y no de mandato.
- En sede del contrato de sociedad, dispone el artículo 1.692 CC: *«el socio nombrado administrador en el contrato social puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe y su poder es irrevocable sin causa legítima. El poder otorgado después del contrato sin que en éste se hubiera acordado conferirle puede revocarse en cualquier tiempo»*. De nuevo se refiere al poder sin mandato.
- Y específicamente, en la regulación del mandato, se refiere al no representativo el artículo 1.717 CC, que trataremos más adelante.

II. TEORÍAS SOBRE LA REPRESENTACIÓN Y CLASES DE REPRESENTACIÓN

Para explicar el mecanismo de la representación se han formulado diversas teorías, de las que destacamos las principales. No se trata de meras cuestiones doctrinales, pues, como veremos, tienen importantes repercusiones prácticas:

na 121; que señala aunque antes señalara la distinción IHERING, fue LABAND el autor decisivo para la nueva orientación de la doctrina.

a) La teoría del dueño del negocio³: conforme a la misma, el representante es el portador de la voluntad del representado. Según esta teoría, el «nuntius» es un auténtico representante, de modo que la diferenciación respecto a un apoderado general no es de calidad, sino de cantidad.

b) Teoría de la declaración⁴: según la cual el representante es quien realiza por completo el negocio jurídico. Hay una separación entre el negocio (que lo lleva a cabo íntegramente el representante) y sus efectos (que se producen en la esfera del representado). Esta separación exige un hilo conductor entre ambos: el poder. La teoría que nos ocupa tiene dos importantes consecuencias:

- No está comprendida la representación indirecta ni la legal (por no existir poder).
- La representación queda circunscrita a los negocios jurídicos, con exclusión de los actos no negociales.

c) Teoría de la colaboración⁵: que impone atender al papel del representante y del representado en dicha colaboración y, en función de la intensidad de la participación de cada uno, así lo serán los efectos:

- En cuanto a los vicios del consentimiento: si las instrucciones detalladas provienen del representado habrá que apreciar íntegramente la existencia de vicios del consentimiento en el mismo. Por el contrario, si se deja un ámbito amplio de discrecionalidad al representante, lo apreciaremos en éste.
- La declaración de voluntad en el negocio es obra del representante, por lo que solamente en él podremos apreciar si ha sido realizada «iocandi causa» o existe error obstativo.
- La capacidad de obrar específica para el negocio representativo se le exige al representado, que es quien recibe sus efectos (trataremos más detenidamente esta cuestión al hablar de los elementos personales), del mismo modo que contemplaremos al representado a los efectos de apreciar la vulneración de ciertas prohibiciones (como las de comprar los bienes del 1.459 CC) o exigencias de autorizaciones especiales (si el representado es nacional no será necesaria autorización militar aunque el representante fuera extranjero).

³ DE CASTRO, Federico: *op. cit.*, páginas 106 y ss.; se la atribuye a SAVIGNY, citando además, como una variación de esta teoría, la de la ficción de WINSCHIED.

⁴ DE CASTRO, Federico: *op. cit.*, páginas 106 y ss.; expone que esta tesis es enarbolada por KOHLER.

⁵ DE CASTRO, Federico: *op. cit.*, páginas 118 y siguientes; la trata magistralmente, con todos sus efectos prácticos.

- La ponderación de la buena fe contractual, a efectos de posesión y usucapión nos lleva a entender, con DE CASTRO⁶, que dicha buena fe queda excluida por la mala fe del representado (que evidentemente no se hace merecedor de protección alguna), así como por la mala fe del representante (puesto que el representado responde de su conducta).

Respecto a las clasificaciones destacamos la que distingue entre representación legal, orgánica o voluntaria y la diferenciación entre representación directa e indirecta. Centraremos nuestro análisis en la representación voluntaria directa, basada en el apoderamiento, que tratamos a continuación. Al final del trabajo dedicaré unas líneas a la representación indirecta. La representación directa exige un elemento denominado «contemplatio domini», esto es, la manifestación del representante en el negocio representativo y el conocimiento correlativo de la otra parte contratante, de la existencia de un «dominus» detrás que recibirá los efectos del negocio. Esta «contemplatio domini» se da en la representación directa, pero no en la indirecta. Existe una figura intermedia entre ambos tipos de representación, que es el negocio a favor de persona a designar: aquí no se da una «contemplatio domini», o cuando menos no se produce de un modo completo. Una de las partes manifiesta concluir el negocio a favor de otra persona que se designará. De la relación jurídica subyacente entre el contratante a favor de tercero y dicho tercero dependerá que el bien ingrese directamente en el patrimonio de uno o de otro. De este modo, si dicha relación jurídica es un negocio fiduciario o un contrato de gestión, el bien ingresa en el patrimonio del fiduciante o de quien contrató al gestor. Si se pretende comprar para revender, el bien ingresa en el patrimonio del comprador para su posterior reventa.

III. DEFINICIÓN DE APODERAMIENTO Y SU DISTINCIÓN DEL MANDATO

La representación voluntaria se basa en el poder de representación, que concede voluntariamente el representado, a través del negocio jurídico de apoderamiento. Podemos definir el apoderamiento como una declaración unilateral de voluntad por la que una persona autoriza a otra para que concluya en su nombre uno o varios negocios/actos jurídicos, de modo que produzcan sus efectos como si la primera hubiera operado por sí misma. Por su parte, Federico DE CASTRO⁷ distingue el poder como un título de legitimación para actuar en nombre de tercero (lo cual constituye el género), del poder representativo, que autoriza para actuar en nombre y por cuenta del representado (que es la especie). Esta diferenciación encuentra su sentido en la admisión de determinados poderes concedidos para actuar en nombre del poderdante, pero en interés exclusivo del apoderado (figura conocida como «procurator in rem suam»): son ejemplos de esta figura el poder concedido a los acreedores para que vendan los bienes del deudor y se

⁶ DE CASTRO, Federico: *op. cit.*, páginas 118-120.

⁷ DE CASTRO, Federico: *op. cit.*, pág. 121.

cobren los créditos con el precio obtenido o el poder del artículo 234 del Reglamento Hipotecario.

En su diferenciación del mandato distinguimos dos corrientes:

A) La doctrina clásica (CASTÁN⁸, NÚÑEZ LAGOS⁹) diferencia claramente una y otra, sobre la base de estos postulados:

- El mandato origina una relación obligacional personal e interna entre mandante y mandatario, mientras que el apoderamiento suministra un poder jurídico de obrar, con plenos efectos en nombre del poderdante.
- El apoderamiento tiene como fin la representación, mientras que el mandato puede ser no representativo (como el caso del art. 1.717 CC).
- El mandato, al ser un contrato, requiere la aceptación expresa o tácita del mandatario, mientras que el poder es un acto jurídico unilateral dirigido a los terceros, al tráfico jurídico, sin que requiera aceptación del apoderado. Será necesario el conocimiento del apoderado para la eficacia del negocio representativo, pero no para el perfeccionamiento del poder.
- Como decía LABAND, aunque mandato y poder son figuras que pueden coincidir, sin embargo, encontramos casos de mandato sin poder (1.717 CC), así como poderes sin mandato (como el caso antes aludido de los socios gestores de la sociedad civil, con poder de representación, que, ex artículo 1.692 CC, no están vinculados por un contrato de mandato con la sociedad).

B) La doctrina más moderna (DE CASTRO¹⁰, Díez PICAZO¹¹), aun sin negar la distinción entre poder y mandato, consideran que no hay una diferenciación tan categórica, dado que la representación constituye el esquema funcional típico del supuesto de hecho del mandato. Esto lleva a considerar que, cuando la representación tenga su fundamento en una relación jurídica distinta del mandato, a esta relación le debemos aplicar la normativa del mandato si no se dispone de otra específica. Parece dar la razón a estos autores el artículo 27 de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dispone: «A falta de disposición expresa sobre las relaciones entre el poderdante y el procurador regirán las normas establecidas para el contrato de mandato en la legislación civil aplicable».

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, Derecho de obligaciones; Madrid, editorial Reus, S.A., 1993, páginas 535 y ss.

⁹ NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «El mandatario sin poder», en la *Revista de Derecho Privado*, 1946, página 609.

¹⁰ *Op. cit.*, páginas 120 y ss.

¹¹ Díez PICAZO, Luis: «El concepto jurídico de la representación en el Derecho Privado», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, número XVI, páginas 133 y ss.

Específicamente, Federico DE CASTRO¹² habla de la cuestión de la independencia conceptual del poder. Aclara que ya los autores antiguos distinguían entre el acto unilateral de dación del poder (o «procuratio constituit») y el contrato bilateral del mandato, que requiere aceptación del mandatario, distinción que, según el autor, conllevó dos desafortunadas consecuencias:

- Que se haya llegado a obviar que, en la regulación del Código civil, el mandato está contemplando, en la mayor parte de su articulado, el mandato representativo.
- Haber dado por sentado que esta separación conceptual implica la prueba del carácter abstracto del poder, cuestión ésta que trataremos en el epígrafe siguiente.

C) Por su parte, más cercano a la tesis anterior, ALBALADEJO¹³ expone que la relación de mandato surge de un contrato, mientras que el poder es una facultad que surge de un negocio unilateral de apoderamiento. Es cierto que puede darse el mandato sin poder y el poder sin mandato, pero, añade el autor, cuando el mandato se da ligado a un apoderamiento, el mismo sujeto es, a la vez, mandatario y representante directo, de modo que, como representante, puede obrar en nombre de su representado-mandante y, como mandatario, tiene la obligación de obrar por cuenta de aquél, lo que asumió como obligación.

Siguiendo estas dos últimas posturas, puede defenderse que la regulación del mandato influye en la actuación del mandatario, de modo que ciertas normas del mandato puedan invocarse para dejar sin efecto el negocio representativo (como el abuso de poder en la sentencia del TS de 2016, que se expondrá).

IV. EL PODER, ¿ABSTRACTO O CAUSAL?

Ha sido tradicionalmente debatida la naturaleza abstracta o causal del poder:

Para los partidarios de la tesis de su naturaleza abstracta, el poder viene a circular como una especie de letra de cambio, de modo que lo hecho por el representante obliga al representado, si está dentro de los límites literales de las facultades comprendidas en el poder. Como consecuencia, el negocio representativo sería válido, aunque:

- El representante use el poder en su propio y exclusivo beneficio.

¹² *Op. cit.* pág. 121

¹³ ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, parte general, tomo I, volumen II; editorial JMB, página 403.

- Se haya extinguido la relación jurídica subyacente que motivó el apoderamiento (extinción del poder, disolución de la sociedad, respecto al socio gestor...).
- O contravenga las instrucciones que le haya impartido el *dominus negotii*.

DE CASTRO¹⁴ trata la cuestión de la abstracción del poder, incardinándola en la doctrina alemana, fundamentalmente LABAND, cuyo trabajo cristalizó en el BGB alemán. Esta posición considera el apoderamiento como un negocio independiente y abstracto, consistente en una declaración de voluntad unilateral del poderdante de conferir poder representativo al apoderado. La consecuencia es que el tercero ha de atenerse sólo a la validez del negocio de apoderamiento, quedando protegido en este caso, aunque conociera la nulidad del negocio causal subyacente o el abuso o extralimitación del apoderado.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico se basa sobre postulados causalistas y así lo demuestran los antecedentes históricos, por lo que entiende el autor antes citado que esta abstracción negocial «repulsa al sistema»: no puede concebirse el apoderamiento como una «rueda loca», sin conexión con su motor (que es el negocio causal)¹⁵. Con este sistema llegaríamos al perverso efecto de dejar indefenso al representado frente a la mala fe del representante y del tercero, con la justificación de proteger al tercero. La tutela de los intereses de este último se satisface con las normas de protección de la apariencia y del tráfico jurídico. Nos referimos fundamentalmente a la doctrina de la subsistencia del poder extinguido, de los artículos 1.734 y 1.738 CC que, según la interpretación tradicional, amparaban al tercero, no solo respecto a la extinción del poder, sino también en cuanto a su extensión¹⁶. También, según DE CASTRO, quedaba protegido el tercero por la abstracción procesal del artículo 1.277 CC, que opera incluso en la práctica notarial, de modo que incumbe al *dominus negotii* hacer que se desvanezca la situación de confianza que él mismo creó. No obstante, esta interpretación tradicional ha visto cercenados sus efectos con la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, como veremos más adelante.

Con ciertos matices es similar la opinión de ALBALADEJO, que, tras exponer que el apoderamiento puede otorgarse solo o unido a otros negocios (mandato, sociedad...), y aunque estimemos que el poder requiere una relación básica subyacente en la que apoyarse, cuando esta relación no se manifieste debe presumirse que existe y es lícita (ex artículo 1.277 CC) y, en tanto no se exteriorice dicha relación, «la vida del poder se desarrollará como si fuera independiente de aquélla»¹⁷.

¹⁴ *Op. cit.*, páginas 121 a 124.

¹⁵ *Op. cit.* página 122.

¹⁶ Citar como ejemplo la clásica STS de 18 de octubre de 1965.

¹⁷ ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, Introducción y Parte General, tomo I, vol. II; Editorial JMB, página 402.

La consideración del apoderamiento como un negocio causal, y no como un negocio abstracto conceptualmente independiente del mandato subyacente, además de consolidarse en la doctrina, ha tenido su reflejo en la Jurisprudencia: así lo considera, entre otras, la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/4764), sin perjuicio de las normas de protección del tráfico a favor de los terceros de buena fe y a título oneroso.

V. ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES DEL PODER Y DEL NEGOCIO REPRESENTATIVO

1. Elementos personales

La cuestión fundamental en este epígrafe es el análisis de la capacidad necesaria para estos negocios jurídicos. A este respecto, se distingue la capacidad para otorgar el poder de la capacidad para recibirlo o, más concretamente, para otorgar el negocio representativo.

En cuanto a la capacidad para otorgar un poder, subdistinguimos:

a) La tesis que exige capacidad general para contratar en el poderdante se basa en que son dos negocios distintos el apoderamiento y el negocio representativo y —a falta de normativa reguladora— basta que el poderdante tenga la capacidad general al tiempo del otorgamiento, si bien, cuando se realice el negocio representativo deberá tener la capacidad requerida para aquél. Según esta postura es admisible que el poderdante deje preparada de antemano la posibilidad de que el representante obre en su nombre cuando aquél adquiriera la capacidad necesaria.

b) La posición mayoritaria (entre los que se encuentra ALBALADEJO¹⁸) entiende que el poderdante deberá tener la capacidad necesaria para el otorgamiento de los negocios representativos para los que haya facultado al apoderado. Se basan en criterios de prudencia (quien no tiene hoy capacidad para formalizar un negocio jurídico tampoco la tiene para decidir, de antemano, que el apoderado lo otorgue en el futuro); además exigir capacidad general puede resultar excesivo (cuando el poderdante puede celebrar con una capacidad inferior el negocio representativo) o puede resultar insuficiente (en los casos en que para el negocio representativo es necesaria una capacidad superior a la general). Otro argumento para abundar en esta tesis es la Ley 51 de la Compilación Navarra, según la cual «*toda persona capaz puede realizar, por apoderado, todos los actos que podría realizar por sí*».

Un problema clásico relativo a la capacidad para apoderar es la de si un menor emancipado puede otorgar un poder para realizar actos que exigen complemento

¹⁸ ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.* página 404.

de capacidad, con arreglo al artículo 323 CC (fue objeto de las conocidas RD-GRN de 26 de marzo de 1897 y la sentencia de 28 de septiembre de 1968). Para clarificar esta cuestión distinguiré los cuatro principales supuestos que pueden darse en la práctica:

- Poder especial para disponer de un concreto inmueble (o cualquier otro bien enumerado en el 323 CC) otorgado con el complemento de capacidad: debemos admitirlo.
- Poder especial para disponer de un concreto bien de los enumerados en el 323 CC, otorgado sin complemento de capacidad: aunque cabría sostener su ineficacia por carecer el menor emancipado de la capacidad requerida para realizar estos actos, lo cierto es que podemos admitirlo, alegando que basta con que los padres o el curador consientan al tiempo del negocio representativo, no necesariamente al tiempo del poder. Incluso, entiende ALBALADEJO¹⁹, aunque el texto del poder diga que autoriza a disponer sin complemento de capacidad, este poder no sería inválido, «sino en cuanto al exceso», de modo que cabe la venta con el poder siempre que recaiga el consentimiento de los padres o del curador.
- Poder general para disponer de los bienes del artículo 323 CC otorgado sin complemento de capacidad: es más dudoso, pero se admite siempre que los concretos negocios representativos se realicen con complemento de capacidad.
- Poder general para disponer de los repetidos bienes, otorgado con complemento de capacidad: es el caso de la mencionada sentencia de 1968. No debemos admitirlo, puesto que un complemento de capacidad genérico chocaría frontalmente con la ratio del artículo 323 CC (que era el 317 CC al tiempo de la sentencia): según la interpretación mayoritaria, el precepto exige una decisión específica para cada concreto acto dispositivo. Por tanto, el poder sería ineficaz «en cuanto al exceso», pudiendo otorgarse concretos actos dispositivos en uso del poder, siempre con complemento concreto de capacidad.

Respecto a la capacidad para recibir el poder, son también dos las tesis doctrinales:

- Los que consideran que al apoderado no se le exige, ni siquiera, capacidad para obligarse. Esto nos lleva a concluir que cabe apoderar a una persona con la capacidad modificada judicialmente, puesto que el poder no le obliga a nada.

¹⁹ ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.*, página 406.

- Sin embargo, el sector mayoritario²⁰ entiende que al apoderado se le exige la capacidad general para contratar, mientras que al poderdante se le exigirá, además, la capacidad especial necesaria para el negocio en cuestión. Consideramos que sí es aplicable al apoderado lo dispuesto para el mandatario en el artículo 1.716 CC, que reza: «el menor emancipado puede ser mandatario, pero el mandante sólo tendrá acción contra él, de conformidad con lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores» (quiere decir que sólo deberá responder, en cuanto se haya enriquecido, ex artículo 1.304 CC). Se basan en que, en una legislación como la nuestra, que confunde mandato y poder, no puede juzgarse la capacidad necesaria para ser apoderado con independencia del criterio legal del artículo 1.716 CC para ser mandatario; y, sin embargo, la concreta capacidad para el negocio representativo se le exige al representado, por ser éste quien recibe los efectos del mismo.

2. Elementos reales

Nos ocuparemos, en primer lugar, del ámbito de actuación del poder:

- La práctica totalidad de la doctrina está de acuerdo en que la representación voluntaria comprende toda clase de negocios jurídicos. Sin embargo, la doctrina más moderna engloba también los actos jurídicos no negociales, de modo que un apoderado puede, en ejercicio de sus facultades, reclamar una deuda o interrumpir la prescripción.
- Dentro de los negocios jurídicos patrimoniales, tiene un amplio ámbito de actuación en los negocios jurídicos *inter vivos*, pero muchas limitaciones en los negocios *mortis causa* (al menos en derecho común), dada la prohibición del artículo 670 del Código Civil. Sin embargo, existen excepciones también en derecho común, como la recogida en el artículo 671 CC o la delegación del artículo 831 CC, que se considera como un auténtico poder testatorio.
- También existen restricciones para los apoderamientos en el seno del derecho de familia. La doctrina se ha planteado si pueden los titulares de la patria potestad delegar esta función a través de un apoderamiento. Lo más prudente es no admitir esta delegación por tratarse de facultades personalísimas, al constituir el ejercicio de un deber forzoso impuesto por la ley (dada la naturaleza de derecho-función de la patria potestad) y por la interpretación «a sensu contrario» de los artículos 1.721 y 1.722 CC. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido en ciertos casos de urgencia o necesidad el otorgamiento de poderes muy concretos.

²⁰ Entre los que se encuentra ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.*, página 408.

En segundo lugar precisaremos el objeto jurídico del apoderamiento: se trata de una «questio voluntatis», es decir, el contenido del poder quedará fijado en el mismo por voluntad del sujeto. El mandato tiene dos normas especiales a este respecto:

- Artículo 1.712 CC: *«El mandato es general o especial. El primero comprende todos los negocios del mandante. El segundo, uno o más negocios determinados».*
- Artículo 1.713 CC: *«El mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración.*

Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros o amigables compondores».

Estos preceptos se aplican a los poderes, pero con las debidas matizaciones, que tratamos a continuación.

Nuestro Tribunal Supremo y la DGRN han establecido un criterio de interpretación estricta en la apreciación de la suficiencia de las facultades en la contratación civil, mientras en la contratación mercantil se admite mayor flexibilidad. Así, la RDGRN de 14 de marzo de 1996 establece que el poder mercantil no puede ser objeto de interpretación extensiva ni restrictiva, sino estricta, de modo que un poder general en el ámbito mercantil debe entenderse que incluye toda clase de actos u operaciones comprendidos en el giro o tráfico habitual de la empresa, aunque no se haya realizado una enumeración particularizada de cada uno de ellos (este rasgo es conocido como el carácter típico de los poderes mercantiles).

En el ámbito civil, la doctrina de la DGRN ha seguido esta tesis de la interpretación estricta. Citaremos los casos más importantes:

- El poder para vender una finca no autoriza a vender una parte de la finca previa segregación —Resolución DGRN de 19 de junio de 1990—; sin embargo, la RDGRN de 17 de enero de 2005, en un poder para segregar una finca de 7.500 metros cuadrados aproximadamente, admite la segregación de una finca de mayor superficie, porque no excede dicha diferencia de la vigésima parte de la cabida (aplicación analógica del artículo 298.3 RH) y por la interpretación del apoderamiento en el sentido más adecuado para que produzca efecto, tal y como establece el artículo 1.284 CC.
- El poder para pedir dinero a préstamo no autoriza a hipotecar y el poder para hipotecar no autoriza a pedir dinero a préstamo —Resoluciones 5 diciembre de 1961 y 18 de noviembre de 1960.

- El poder para administrar no autoriza a arrendar por tiempo superior a seis años —Resolución DGRN de 26 de octubre de 2004—; se considera la concesión de este arrendamiento de larga duración como un acto dispositivo, por aplicación del criterio establecido en los artículos 271.7 CC y 1.548 CC.
- La dispensa de la prohibición de auto-contratación debe ser expresa, sin que se entienda como tal la mención de que el poder es general o que incluye todas las facultades complementarias para su ejercicio, ni tampoco menciones genéricas usuales en poderes generales, tales como que el poder debe interpretarse en el «más amplio sentido» o debe entenderse «sin limitación alguna»; debe ser expresa la atribución de la facultad de conmutación del usufructo del viudo —Resolución DGRN de 26 de enero de 1998.
- Un genérico «poder para realizar operaciones de tipo registral» no se considera suficiente para realizar actos dispositivos —Resolución DGRN de 6 de septiembre de 1982.
- La RDGRN de 26 de noviembre de 2015 entendió que un poder con facultades para novar un préstamo permitía ampliar el capital prestado.

2.1. *El poder general (exposición crítica de la STS de 6 de noviembre de 2013)*

Debemos partir de una distinción: no es lo mismo poder general (el que comprende todos los negocios del mandante, ex artículo 1.712 CC) que poder concedido en términos generales o poder general para actos de administración, que es el comprendido, *mutatis mutandis*, en el artículo 1.713 CC.

Para los actos de riguroso dominio, el artículo 1.713 CC se refiere a «*mandato expreso*», lo que debe entenderse como mandato o poder específico (y no expreso que, en sentido propio, es lo opuesto a tácito). Por lo tanto, cabe admitir la disposición mediante poder general, siempre que el concreto acto dispositivo que se pretende realizar conste específicamente mencionado en el poder general, lo cual podrá resultar de especificar en el poder nominativamente el negocio de disposición, o bien mencionar de modo genérico la posibilidad de realizar cualesquiera actos de disposición o riguroso dominio (tal y como admite un importante sector de la doctrina).

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha cambiado radicalmente el criterio en su controvertida sentencia de 6 de noviembre de 2013, en relación con un acto de donación. Para situarnos debemos apuntar el supuesto de hecho de la sentencia: antes de ingresar en una residencia, un padre concede un poder general (de ruina) a un hijo, el cual dieciocho meses después de recibir el poder dona la vivienda

del padre a la pareja de hecho de dicho apoderado. Tres años más tarde, el padre sale de la residencia y revoca el poder. Y cinco años después de aquello otorga testamento nombrando heredera universal a una hija. Finalmente, es la propia hija designada heredera la que demanda a la donataria, solicitando la nulidad de la donación por falta de consentimiento.

El Alto Tribunal busca acabar con la eficacia de la donación, para encontrar la justicia del caso concreto

Transcribo el considerando sexto: «SEXTO.— *El segundo de los motivos del recurso de casación alega la infracción del artículo 1713, párrafo segundo, del Código civil y la jurisprudencia aplicable. Lo que se mantiene en este motivo es que el poder de autos, que incluye el de «hacer y aceptar donaciones...» permite hacer la donación que llevó a cabo el mandatario a la donataria —ambos codemandados— de una finca del mandante. Ante todo, conviene precisar que la cuestión se centra en el mandato representativo, es decir, el mandato como relación entre los contratantes respecto a un acto jurídico y representación, relación con el tercero y así lo han destacado las antiguas sentencias de 16 febrero 1935 y 22 mayo 1942 y lo reitera la de 24 febrero 1995 EDJ 1995/1565 . Lo cual debe relacionarse con el artículo 1713, párrafo segundo, del Código civil que exige mandato expreso (o específico) para actos de disposición (acto de riguroso dominio, expresa esta norma). Lo que, además, exige la jurisprudencia es que para la validez (o existencia) de un concreto acto dispositivo es preciso que se concrete en el mandato con poder de representación, el acto y el objeto con sus esenciales detalles. Así, la sentencia del pleno de esta Sala, de 26 noviembre 2010 dice: El grado de concreción necesario en la designación del objeto del mandato depende del carácter y circunstancias de aquél. Así, la jurisprudencia tiene declarado que cuando el mandato tiene por objeto actos de disposición es menester que se designen específicamente los bienes sobre los cuales el mandatario puede ejercitar dichas facultades, y no es suficiente con referirse genéricamente al patrimonio o a los bienes del mandante. Es decir, conforme a la doctrina jurisprudencial que ahora se reitera es que el mandato representativo cuyo poder viene a referirse a un acto o actos de disposición sólo alcanza a un acto concreto cuando éste ha sido especificado en el sujeto y el objeto, en forma bien determinada. Y esto no es lo que se ha dado en el presente caso, por lo que la donación que hizo el codemandado a la codemandada no estaba dentro del mandato representativo y debe declararse inexistente por falta del consentimiento, elemento esencial del contrato, lo que así han hecho las sentencias de instancia.»*

¿Qué es lo que pretendía el Supremo? Como en tantas ocasiones buscaba la justicia del caso concreto. Como ha señalado algún autor²¹, lo cierto es que el padre, pudiendo hacerlo, no impugnó la donación, llevándolo a cabo su hija, por lo que incluso el propósito de buscar la justicia del caso concreto es discutible. Pero

²¹ Es interesante la reflexión de ROSALES DE SALAMANCA, FRANCISCO: post «Tribunal Supremo 6 de noviembre de 2013, un varapalo al poder general», que se puede consultar en www.notariofrancisorosales.com.

partiendo de ser cierta esta premisa, podrían haberse empleado otros medios para dejar sin efecto la donación, sin necesidad de resquebrajar la seguridad jurídica, a saber:

- Podría haber alegado que la donación es un acto personalísimo, que requiere *animus donandi* y que no es susceptible de delegación a través de un apoderamiento (examinaremos en profundidad esta cuestión más adelante).
- Imputar, computar y colacionar la donación inoficiosa, dando lugar a la toma de menos o, incluso, a la restitución del exceso por parte del donatario (aunque este caso es más discutible, pues el donatario no fue designado heredero²²).
- Otra vía es la de entender que el apoderado se extralimitó de sus facultades, incurriendo en abuso de poder (lo analizaremos con ocasión de la posterior sentencia del año 2016).

Igualmente resulta criticable que la argumentación reseñada se apoye en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2010, de la que también fue ponente el magistrado Xavier O'Callaghan, puesto que esta última contempla un supuesto muy distinto: analizaba si un poder para pleitos contemplaba o no la facultad de transigir (que es otra de las contempladas en el art 1713 del Código Civil). En la sentencia de 2013, el poder sí contemplaba específicamente las facultades para hacer donaciones.

2.2. Extralimitación del apoderado (la STS de 20 de mayo de 2016)

La citada sentencia, de la que fue ponente el magistrado Orduña Moreno, resolvía el caso de una sociedad familiar, en la que los socios, dos hermanos y su madre, se habían otorgado recíprocamente poderes con amplias facultades, entre las que se incluían las de vender y transmitir bienes muebles e inmuebles. Tras surgir desavenencias entre las partes, se revocaron recíprocamente los poderes. Sin embargo, con posterioridad a la revocación, ambos realizaron unas ventas de participaciones sociales, lo que motivó que uno de ellos demandara al otro solicitando la nulidad de las operaciones realizadas y el otro contestara la demanda y formulara reconvencción solicitando igualmente la nulidad de las operaciones realizadas por el demandante.

El Tribunal así lo estima, al concluir que se incurrió en un «exceso o extralimitación en el ejercicio del mandato al celebrar las compraventas de participaciones sociales... Con relación a la interpretación del poder de representación,

²² En este punto no coincido con mi compañero FRANCISCO ROSALES DE SALAMANCA, en su comentario en el post citado anteriormente.

particularmente respecto de los formulados en términos muy generales, debe señalarse, en primer lugar, que quedan sujetos a las directrices y reglas que nuestro Código Civil dispone en materia de interpretación (artículos 1281 y siguientes del Código Civil), si bien con inclusión de los criterios legales establecidos en el artículo 1713 del mismo cuerpo legal.

En este contexto, la voluntad querida por las partes se erige como criterio rector de la interpretación, de modo que no puede atenderse de forma automática o mecánica a la mera literalidad del poder conferido, sino principalmente al sentido del encargo realizado, esto es, a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad querida y en relación con las circunstancias que concurran.

En segundo lugar, y dado el fundamento del contrato de mandato en el recíproco vínculo de confianza entre mandante y mandatario, también deben destacarse los deberes de fidelidad y lealtad que constituyen auténticas directrices en el desenvolvimiento de la actividad de gestión que realiza el mandatario; STS de 28 de octubre del 2004 (núm. 1045/2004). Estos deberes, con fundamento tanto en el principio general de buena fe (artículo 7 del Código Civil), como en su proyección en el artículo 1258 del mismo cuerpo legal (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe), y también en el criterio general de la diligencia específica aplicable en los negocios de gestión (artículo 1719 del Código Civil), implican que el mandatario debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (servare fidem), diligentemente y en favor del interés gestionado, con subordinación del propio interés».

Dado que el Tribunal no aprecia que existiera posterior ratificación tácita de las operaciones, derivada de los «facta concludentia», declara la nulidad de las compraventas de participaciones sociales llevadas a cabo por los dos hermanos enfrentados.

En el análisis de esta sentencia podemos observar que el Supremo se inclina por considerar que el poder no tiene una naturaleza abstracta, sino causal y, por tanto, puede impugnarse lo realizado por el apoderado dentro de los límites del poder, pero extralimitándose del mandato subyacente. Se aparta igualmente del argumentario de la sentencia de 2013 y no pone en discusión la posibilidad de realizar actos de disposición con un poder general sin especificación de bienes.

Parece que no quiso entrar en la subsistencia del poder extinguido debido, quizá, a la nueva y criticada doctrina en torno a la subsistencia del poder extinguido del artículo 1.738 CC (trataremos esta cuestión más adelante).

2.3. Poder general y donación

Para tratar esta cuestión partiremos de la regulación por el Codice italiano, que adopta una postura prohibitiva de la posibilidad de delegar en otro la facultad

de designar donatario o especificar los bienes donados. Este es el tenor literal de su artículo 778.1: «*E' nullo il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione.*». Los siguientes párrafos del precepto admiten, sin embargo, la donación a favor de una persona que un tercero elegirá entre varias personas designadas por el donante o pertenecientes a determinadas categorías o a favor de una persona jurídica de entre las designadas por el propio donante (apartado 2). Considera igualmente válida la donación de cosa que un tercero determinará entre varias cosas indicadas por el propio donante y dentro de los límites de valor establecidos por el mismo (apartado 3).

Esta regulación, por tanto, no admite un apoderamiento general para donar «*cui voles et quid voles*», pero sí lo admite a través de mero «*nuntius*», o bien de representante, pero en ejercicio de un poder en el que exista un cierto grado de concreción subjetiva y/u objetiva.

La doctrina italiana ha interpretado que el «*animus donandi*» ha de proceder de una voluntad espontánea, personal, precisa y presente del donante. Consideran la transmisión de dicho «*animus donandi*» como un imposible jurídico que, además, hace absolutamente incompatible las cautelas y requisitos formales de la donación con la concesión de una amplia legitimación para donar. Las dos excepciones contempladas en el precepto las explica GONZÁLEZ PACANOWSKA²³ atendiendo a los dos elementos que integran el concepto de donación:

- El espíritu de liberalidad hacia el donatario (como aspecto causal subjetivo): la ley admite «*animus donandi*» a favor de una persona concreta, pero también ese espíritu de liberalidad es admisible a favor de un grupo de personas hacia quienes se dirige dicha intención del donante de modo global o beneficiando a aquellas personas que reúnan las cualidades objetivas que el donante predetermine.
- Y el empobrecimiento del donante, enriqueciendo correlativamente al donatario (aspecto causal objetivo), que puede recaer sobre un objeto concreto, admitiéndose igualmente la designación por el donante de varios objetos alternativos o un valor máximo, como límite de la asignación gratuita.

Dado el vacío legal acerca de esta cuestión en nuestro ordenamiento jurídico, podemos diferenciar tres tesis:

- 1.º— Postura favorable a las donaciones otorgadas con poder:

²³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel; «Apoderamiento y donación (el mandato general para donar «*cui voles et quid voles*», contenida en la obra *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 1.277 y ss.

Se inclinan por esta posición autores como ALBALADEJO y DÍAZ ALABART²⁴ o Díez PICAZO²⁵, rechazando que exista un paralelismo entre donación y testamento que haga aplicable a aquélla el carácter personalísimo de éste recogido en el artículo 670 CC y sobre la base del respeto a la voluntad del donante, quien puede calibrar la conveniencia o no de confiar a otro la facultad de realizar algo (la donación) que puede hacer por sí mismo.

Es también la opinión del notario Carlos PÉREZ RAMOS²⁶, al abordar este caso, expone que el *quid* de la cuestión radica, para los defensores de la tesis negativa, en que:

- El *animus donandi*, en el que reside la esencia de la donación, tiene un matiz personalísimo y espontáneo que como tal no es delegable en un tercero.
- En el derecho comparado, el art. 778.1 del *Codice* italiano ya expuesto.
- Al tener la donación trascendencia sucesoria le son aplicables los principios que rigen la sucesión en derecho común y, en concreto, la prohibición de testamento por comisario del artículo 670 CC.

A pesar de lo cual se inclina por admitir la posibilidad de donaciones otorgadas por un apoderado general alegando que la prohibición de poder testatorio no es absoluta, desde el momento que se admite la fiducia sucesoria en el art. 831 CC y la sustitución pupilar y ejemplar. Y, sin negar la cercanía entre la donación y las disposiciones *mortis causa*, si el Código Civil prohíbe la delegación en este último caso y no en las donaciones, debemos entender que en éstas sí es posible, aplicando la máxima latina *inclusio unius exclusio alterius*. Esta postura encuentra acomodo en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, a saber:

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2001, que «*se decanta por la cautela a la hora de admitir la validez de los actos de disposición que no aparezcan claramente especificados en el poder, ha sentado que para realizar actos de riguroso dominio, como el de donar, no valen las presunciones, sino que es indispensable el mandato expreso, cual exige el artículo 1713 del Código Civil (STS de 1 de febrero de 1956), que, en verdad, equivale más bien a mandato especial, y, en la coyuntura de autos, el poder, redactado en términos de generalidad, no menciona los actos dispositivos a título gratuito, sino que, al contrario, se refiere expresamente a adquirir y enajenar por compraventa e, inclusive, res-*

²⁴ ALBALADEJO-GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia: *La donación*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, páginas 107 y ss

²⁵ Díez PICAZO, Luis: *La representación en el derecho privado*, ed. Civitas, Madrid, 1979, páginas 84 y ss

²⁶ PÉREZ RAMOS, Carlos: «¿Qué le pasa al Tribunal Supremo con los poderes?», revista *El Notario del siglo XXI*, número 54, marzo-abril 2014, páginas 68-74.

pecto a otros actos o contratos, menciona la determinación del precio entre las facultades concedidas a la mandataria en la concreción de las condiciones de los mismos y por ello, y ante la imprecisión de la expresión «por otro título» acompañatoria en el documento a la facultad de enajenar, se sienta en esta sede que el poder que el recurrente tenía otorgado a favor de doña María Rosa no facultaba a ésta para hacer las donaciones litigiosas». Vemos que el pronunciamiento apunta a la criticada solución de la sentencia de 2013, pero endereza el rumbo y parece dar a entender que, si este poder general hubiera especificado los actos a título gratuito, no se entendería vulnerado el artículo 1.713 CC. Es criticable que no se pronuncie sobre el carácter personalísimo de la donación o la ausencia de *animus donandi* en el apoderado.

En cuanto a la posición de la DGRN, destacamos la Resolución de 25 de octubre de 2016, que comienza por señalar la diferencia entre poder (de ámbito externo, facultades del apoderado con relación a terceros) y mandato (de ámbito interno, instrucción del mandante a mandatario), pues son realidades jurídicas diferenciadas. Sólo en el caso de que la representación tenga su origen en un contrato de mandato se habla de mandato representativo, figura en la que el mandato-contrato va unido a la representación.

También señala que es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual en el caso de realización de actos de riguroso dominio se requiere mandato expreso, pero no es necesario que el poder especifique los bienes sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas, siendo suficiente que se refiera genéricamente a los bienes del poderdante. Añade que el TS ha admitido varias veces la validez del poder general para efectuar donaciones y que no se exige para su validez un poder especial con determinación del objeto a donar y del sujeto donatario, cautelas que sí adopta el Código Civil italiano. Será el apoderado quien puede elegir tanto al donatario como el bien que se dona, de modo que se origina una donación perfecta y sólo revocable conforme a las reglas generales de la misma, pues el consentimiento del poderdante se entiende prestado con el del representante.

Concluye que los poderes generales para donar son válidos, así como las donaciones hechas en uso de dichos poderes. Cuestión diferente es que, en cada caso concreto, el mandatario apoderado no haya seguido las instrucciones del mandante y se haya extralimitado de su mandato, pero dicha circunstancia no puede ser apreciada ni por el notario ni por el registrador, sino por los tribunales que actúan con una función correctora de abuso de poder en casos concretos. Tal circunstancia no puede impedir que «ex ante», en el ámbito de la actuación de notarios y registradores, se apliquen las normas de Derecho positivo sobre la materia y que los poderes generales, incluso con facultades para donar puedan otorgarse y ejecutarse sin necesidad de que especifique la persona del donatario o el bien que se dona.

2.º— Posición contraria a las donaciones otorgadas con poder:

Viene encabezada por autores como LACRUZ VERDEJO y RIVERO HERNÁNDEZ²⁷, quienes exigen, por ser la donación un contrato «intuitu personae», que sea el titular del patrimonio quien estime los merecimientos o necesidades del donatario o el afecto que le profesa, así como la situación del patrimonio del propio mandante y su capacidad de sacrificio.

Este planteamiento encuentra indirectamente su reflejo en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008. Trata del recurso contra la sentencia que consideró que al autorizar al representante para realizar actos «de riguroso dominio», se había incluido la donación, dada la amplitud del poder conferido. *«No nos hallamos ante una falta absoluta de legitimación al mandatario en relación a la facultad de realización de actos de riguroso dominio, sino que lo que debe hacerse es determinar si en la expresión que se ha reproducido se incluían o no las donaciones. Nos hallamos ante un problema interpretativo del alcance del mandato otorgado y esta es una cuestión que está atribuida al tribunal de instancia, que sólo puede ser combatida cuando sea ilógica, errónea, arbitraria, absurda o contraria a derecho. Lo que en realidad plantean los recurrentes es una cuestión de interpretación del mandato, que no atacan por la vía debida. No se hace lugar al recurso de casación.»* El Supremo delega la cuestión de la interpretación del alcance del poder en el tribunal de instancia. Destacamos que, al menos, parcialmente, acierta el tribunal de instancia, pues, aunque mantuvo la validez de la donación anuló la cláusula de dispensa de la colación, porque se trataba de una disposición extralimitada, al ser el testamento un acto personalísimo del causante y tratarse de una disposición sucesoria.

3.º— Posición intermedia: se admite el poder para donar, pero delimitado subjetiva y objetivamente:

Personifica esta postura GONZÁLEZ PACANOWSKA²⁸, quien explica que el testamento exige intervención personal del testador en sentido formal (es decir, el otorgamiento ha de ser por el testador, sin que quepa nuncio, lo cual deriva del formalismo testamentario) y la intervención personal en sentido material, esto es, la imposibilidad de disociar la persona del testador de su voluntad liberal (derivado del artículo 670 CC). La primera regla no sería aplicable a la donación, pero sí la segunda, pues el «animus donandi» no puede transmitirse a otra persona. La autora reconoce la posibilidad de donar a través de «nuntius», pero también a través de apoderado con un poder especial, cuyo grado de especificidad, en cuanto a los donatarios y bienes donados podría extraerse de los límites testamentarios (artículos 831 y 671 básicamente). De este modo se protege al donante frente a eventuales abusos y al donatario, frente a una revocación extemporánea de la donación (basada en causas distintas del abuso de poder).

²⁷ LACRUZ VERDEJO, José Luis y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de derecho civil*, tomo II; derecho de obligaciones, volumen II, 4.ª edición. Madrid, 2009, página 91.

²⁸ GONZÁLEZ PACANOWSKA: *op. cit.*, páginas 1.280 y ss.

Esta es la postura más acertada. Desde luego, no podemos admitir una donación con poder general, pero sí a través de *nuntius*, o con un poder especial y acotado. Considero que existen sólidos argumentos para defender esta posición:

- Aunque es cierto que en la regulación de las donaciones no hay una norma prohibitiva como la del artículo 670 CC, parece claro que estamos ante una facultad personalísima y no delegable con claras repercusiones sucesorias (piénsese en una donación con dispensa de colación, en concepto de mejora, con cláusula de reversión...), por lo que es ineludible aplicar el espíritu de dicho precepto.
- Frente a las alegaciones de excepciones al testamento personalísimo, observamos que dichas excepciones tienen restricciones o acotaciones: así la delegación de la facultad de mejorar (incluso tras la reforma de 2003) sólo puede realizarse a favor del viudo, pareja de hecho o cotitular de la patria potestad y para disponer de los bienes a favor de los hijos o descendientes comunes.
- Las donaciones se someten a formas rigurosas (como la exigencia «ad solemnitatem» de escritura pública cuando tenga por objeto bienes inmuebles, ex artículo 633 CC), para evitar impremeditaciones o, como decía DE CASTRO²⁹, para proteger al donante frente a su propia debilidad o excesiva generosidad y para proteger a sus legitimarios, acreedores o cónyuge en gananciales. Sería contrario a esta *ratio* de la norma autorizar para llevar a cabo donaciones a un apoderado general.

El problema surge a la hora de fijar los hitos que han de delimitar este apoderamiento. Desde luego, no debemos admitir un poder que contenga la genérica facultad para «hacer y aceptar donaciones» sin más, por todos los argumentos expuestos y porque sería contrario a la seguridad jurídica que nuestra función debe aportar al tráfico. En efecto, las donaciones otorgadas en ejercicio de este poder pueden dar lugar a impugnaciones que, en la práctica, prosperarían ante los tribunales de justicia (el donatario, al ser adquirente gratuito, no gozará de especial tutela judicial) y, por ende, a que estas donaciones puedan ser revocadas sin invocar alguno de los motivos legales de los artículos 644 y siguientes del Código Civil.

Ante el vacío normativo expresado sobre estos poderes y sus límites, el artículo 4.2 CC nos invita a aplicar la analogía: ¿en qué precepto de nuestro ordenamiento podemos encontrar un criterio delimitador? Aunque, como norma general, no soy partidario de aplicar el espíritu de un precepto mercantil a una cuestión de derecho civil, sin embargo, encuentro dos normas societarias que bien podrían servirnos de guía: una de ellas es el artículo 297 b) del Texto Refundido de la Ley

²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, editorial Civitas, página 354.

de Sociedades de Capital, que permite a la Junta general delegar en el órgano de administración una facultad que le es propia e inherente (acordar un aumento de capital), siempre que no supere la mitad del capital social en el momento de la autorización, se haga mediante aportaciones dinerarias y en el plazo máximo de cinco años desde el acuerdo de aumento. La otra norma es el artículo 146 del mismo cuerpo legal, que admite que la Junta general pueda autorizar las adquisiciones en autocartera por el administrador, siempre que se establezca la modalidad de la adquisición, número máximo de participaciones o acciones a adquirir, contravalor mínimo y máximo (si la adquisición es onerosa) y la duración de la autorización (que no podrá exceder de cinco años). Sobre la base de estos preceptos y del *Codice* italiano me atrevo a trazar las fronteras del poder para donar:

- En cuanto al objeto de la donación: entiendo que el donante debe especificar los concretos bienes que podrán ser objeto de donación por su apoderado (a mi juicio, solamente para el caso de donación y no en el resto de actos dispositivos, pese a lo que dice el Supremo) y en el caso de donaciones de metálico un límite cuantitativo (la mitad del dinero del donante al tiempo de la donación parece un *quantum* razonable).
- Respecto a los donatarios, o bien los designará individualmente, o bien por referencia a un grupo de parientes entre los que se pueda realizar (vgr., entre los hijos y descendientes del donante).
- También será necesario un límite temporal. No me parece admisible donar en uso de un poder general otorgado hace veinte años. El límite de cinco años que establecen las normas mercantiles me resulta más que justificado.

De este modo, el poderdante-donante goza de una posición más segura ante posibles abusos del apoderado y es más difícil la impugnación de este tipo de donaciones (alegando abuso de poder), por el hecho de estar debidamente cercadas por el poderdante.

Finalmente, podríamos plantear si constituye una excepción al límite objetivo y temporal de cinco años el poder al cónyuge para donar a favor de hijos y descendientes, por aplicación analógica del artículo 831 CC (delegación de la facultad de mejorar). La prudencia me lleva a sostener que no es aplicable a la donación, pues no es lo mismo delegar para transmitir *inter vivos*, que para después del fallecimiento del testador. El donante debe conservar en plena propiedad los bienes necesarios para su subsistencia (artículo 634 CC) y un apoderamiento tan amplio (aunque sea a favor del cónyuge) reviste mucho peligro.

2.4. Consentimiento general para disponer de la vivienda habitual

Excede del presente trabajo hacer un estudio en profundidad de esta cuestión. Trataremos de delimitarla y de estudiar los argumentos principales de ambas posturas. Partimos de la regulación en el Código Civil y la especialidad introducida por el libro segundo del Código Civil catalán.

El artículo 1.320 CC dispone: *«para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial»*.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Y el artículo 231-9 CC catalán establece en su apartado 1: *«con independencia del régimen económico matrimonial aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro, no puede hacer acto alguno de enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho sobre la vivienda familiar o sobre los muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general. Si falta el consentimiento, la autoridad judicial puede autorizar el acto, teniendo en cuenta el interés de la familia, así como si se da otra justa causa»*.

En ambos casos se habla de consentimiento, pero, en el caso de que la vivienda sea privativa de uno de los cónyuges, estamos más bien ante un asentimiento, esto es, una autorización o manifestación de conformidad con un acto ajeno que sirve como mecanismo de control de un negocio del que no se es parte³⁰. Así lo entiende el Centro Directivo en su Resolución DGRN de 25 de abril de 2005, que considera la naturaleza del consentimiento por el cónyuge para la disposición de la vivienda privativa por su consorte como un «asentimiento» al acto dispositivo realizado por aquél, esto es, una declaración de conformidad con un acto jurídico ajeno. Esta resolución admite como suficiente que dicho asentimiento se exprese en la escritura, con base en la aprobación general a su contenido que se recoge en la autorización de la misma.

Dicho consentimiento-asentimiento puede ser simultáneo al negocio dispositivo de la vivienda familiar (en cuyo caso no reviste problemas). Sin embargo, puede prestarse con carácter previo o posterior (y en el mismo instrumento o en otro separado), con el inconveniente de que, en ambos supuestos, la seguridad jurídica decrece, pues en el primer caso (consentimiento previo) es discutible si puede prestarse de un modo genérico, mientras que en el segundo (consentimen-

³⁰ Así lo denomina GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Notas sobre el régimen matrimonial primario», Documentación Jurídica, *Monográfico dedicado a la reforma del Derecho de Familia de 1981*, Vol. 1.º, enero a diciembre de 1982, página 309.

to posterior), la eficacia del acto dependería de dicho postrero asentimiento, que podría no llegar.

Nos centramos en la cuestión que nos ocupa: ¿cabe un consentimiento anticipado prestado de forma genérica para disponer de la vivienda familiar? Mayoritariamente, se entiende que no es posible:

- Porque el precepto parece exigir una valoración por parte del cónyuge no titular de la vivienda de las circunstancias que rodean al negocio dispositivo y el estudio de los motivos que lo impulsan o, en palabras del TS, de «las condiciones jurídicas o económicas en que se realiza el acto» (STS de 20 de mayo de 1991). Como consecuencia de lo anterior, se exige un consentimiento específico para cada acto dispositivo.
- Llegamos a esta misma conclusión si consideramos el artículo 1.320 CC como una manifestación del principio recogido en el artículo 70 CC de que los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal.
- Se estima como una medida protectora de la familia y del cónyuge no disponente, en evitación de que se vean obligados a abandonar el hogar familiar, sin haber intervenido de algún modo en la decisión de dicho cambio.
- Como decía GARCÍA CANTERO³¹, ¿qué sentido tiene que después de mucho andar en la protección de la vivienda familiar se haya logrado una norma como ésta, para que, mediante una autorización general, se pase sencillamente sobre la misma?
- El artículo 1.320 CC es una norma de orden público que no es susceptible de renuncia o de exclusión por los particulares. Dicha renuncia o exclusión sería contraria al artículo 6.2 CC y, más concretamente al artículo 1.328 CC, en caso de contenerse en capitulaciones matrimoniales.
- Por último, la norma catalana antes transcrita es un reflejo de esta posición.

Entre los autores favorables al consentimiento general para la disposición de la vivienda familiar, debemos citar a LACRUZ³², aunque varios autores se han adherido a su tesis. Sostienen que el consentimiento a que se refiere el artículo 1.320 CC se puede prestar preventivamente, e incluso en forma irrevocable en capítulos, como un reflejo de la libre renunciabilidad de derechos. Se dice a favor de esta posibilidad:

³¹ GARCÍA CANTERO, Gabriel: pp. cit., página 309.

³² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, tomo I, página 301.

- Que el artículo 6.2 CC admite la renuncia de derechos.
- Que, cuando el consentimiento se realiza de modo recíproco por ambos cónyuges, no se entiende vulnerado el inciso final del artículo 1.328 CC, al haber actuado los esposos en régimen de igualdad.
- Que la *ratio legis* del artículo 1.320 CC no puede ser la protección de los hijos, dado que no se hace mención a ellos en el precepto y además ¿qué ocurriría si el matrimonio no tuviera hijos? ¿No sería ya de aplicación la norma que nos ocupa? Por tanto, la norma protege los intereses del cónyuge del disponente y éste, en ámbito de su libertad, podría renunciar a tal protección «ex ante».
- La interpretación histórica de la norma y la interpretación conforme a la realidad social del tiempo actual nos lleva a la misma conclusión: se dice que el precepto es heredero de su tiempo y se introdujo para proteger a la mujer frente a las actuaciones maliciosas del marido, puesto que en 1981 no se había producido la integración plena de la mujer en el mercado laboral. La situación actual es muy distinta de la descrita, exigiendo una interpretación de la norma en consonancia con el marco sociológico en que nos encontramos (artículo 3.1 CC).
- La posición del TS (STS de 8 de junio de 1993), que ha admitido la validez de la hipoteca sobre la vivienda habitual, con un poder general de uno de los cónyuges o del propio Centro Directivo (RDGRN de 17 de septiembre de 1987), que permite hacer la manifestación del artículo 91 RH por apoderado.

De admitir esta postura, surgen dos problemas:

¿Estaría subsumido este consentimiento en el apoderamiento recíproco de los cónyuges para disponer de los bienes gananciales? Entendemos que no: será necesario un consentimiento específico a los efectos del artículo 1.320 CC.

La segunda cuestión es ¿cabe la posibilidad de prestar este consentimiento en capitulaciones? El problema es que lo transformaría en un pacto irrevocable conforme al artículo 1.331 CC. Sin embargo, podemos entender que la irrevocabilidad de dicho precepto se refiere propiamente a los pactos capitulares. Las capitulaciones, como un auténtico estatuto de la vida familiar, pueden contener cláusulas de la más diversa índole y, en concreto, la autorización (recíproca o no) para disponer de la vivienda compartiría una naturaleza más similar a un poder, lo que permite su revocación unilateral. Éste es el sentido de la distinción que hace el artículo 1.325 CC, cuando habla de «*constituir, modificar o extinguir el régimen económico matrimonial o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*». En la última categoría (contenido atípico) se incluiría el consentimiento para disponer de la vivienda.

José-Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ³³ trata de un interesante supuesto: la adquisición de la vivienda familiar por parte de la sociedad unipersonal de uno de los cónyuges. En la práctica es frecuente que dicha vivienda figure a nombre de la sociedad, aunque en el fondo se haya abonado con dinero ganancial, por lo que la titularidad societaria sería una especie de titularidad fiduciaria. Lo que ocurre es que cuando esta adquisición por la sociedad se hace a vista, ciencia y paciencia del otro consorte, se pregunta el autor: ¿qué ocurriría si el socio único, amparado en su condición, pretende venderlos? Responde, con buen criterio, que la fachada societaria impediría la aplicación de los artículos 1.377 y 1.378 CC, pero sí debe ser aplicable el artículo 1.320 CC cuando existe constancia de que se trata de la vivienda familiar, pues en este caso no forma parte la vivienda de la empresa personificada. El adquirente no estaría protegido por el inciso final del artículo 1.320 CC, puesto que «la instalación del domicilio familiar en la vivienda constituye una situación posesoria que no le es dable ignorar al tercero». Y en el tema que estamos tratando concluye que el hecho de figurar la vivienda a nombre de la sociedad (y el consentimiento tácito del cónyuge no socio para que así sea) no constituye un consentimiento anticipado para la enajenación.

3. Elementos formales

3.1. Forma requerida (referencia a los poderes extranjeros)

En este punto el apoderamiento sigue el principio de libertad de forma (por aplicación de las normas del mandato —artículo 1.709 CC— de las normas generales y, en Navarra, la Ley 18), aunque el artículo 1.280.5.º CC exige documento público para «el poder general para pleitos, los especiales que deban presentarse en juicio, el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero». A este respecto debemos hacer varias aclaraciones:

- En cuanto al poder para contraer matrimonio, más de un supuesto de representación, estamos ante un «nuntius». El nuncio es un transmitente de la declaración de voluntad, por lo que su labor comienza después de emitida la declaración de voluntad.
- Un sector doctrinal considera que la forma exigida en el artículo 1.280 CC se impone a los solos efectos de que las partes puedan compelerse recíprocamente a llenar esta forma, como establece el artículo 1.279. Sin embargo, esta visión reduccionista de la forma olvida la eficacia sintética del instrumento público, su oponibilidad y utilizabilidad por tercero, que expuso magistralmente RODRÍGUEZ ADRADOS³⁴. Es evidente que un poder

³³ MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel: «La persona física y su sociedad unipersonal en la vida civil», *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*, editado por la Academia Sevillana del Notariado.

³⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Escrituras, contraescrituras y terceros*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el 12 de mayo de 1978.

en documento privado no puede producir los efectos probatorios y legitimadores de la escritura pública.

Si se trata de poderes autorizados por notarios extranjeros, para el reconocimiento de efectos en nuestro país, deben cumplirse una serie de requisitos formales y otros materiales. En cuanto a los formales, se refieren a la traducción, legalización o apostilla.

Los requisitos materiales aluden a la equivalencia de funciones. El antiguo principio de equivalencia de las formas ha dado paso, en tiempos recientes, al principio de equivalencia de las funciones, lo que exige, para la plena eficacia transfronteriza de los poderes otorgados en país extranjero:

- Que reúnan los requisitos formales equivalentes (no exactamente coincidentes) a los exigidos para los poderes españoles,
- Que la autoridad que haya intervenido en los mismos preste funciones equivalentes a los notarios españoles,
- Que no sean contrarios al orden público.

Así resulta de las RRDGRN de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005, así como de la RDGRN de 11 de junio de 1999, que no admitió un poder formalizado en documento privado, con firmas legitimadas por notario alemán, al no acreditar el juicio de capacidad del poderdante

Esta cuestión ha sido objeto de la reciente RDGRN de 14 de septiembre de 2016, que exige que el notario español haga constar el juicio de equivalencia de funciones al reseñar un poder extranjero que se le exhibe. En el comentario a esta resolución, Isidoro-Antonio CALVO VIDAL³⁵ expone que «no será tanto en el contenido del documento... sino en el estatuto y la actuación de la autoridad extranjera donde se ha de centrar la aplicación de la llamada regla de equivalencia de funciones, que supera y deja atrás la regla de equivalencia de formas, y que significa que un documento otorgado en el extranjero será válido prima facie para las exigencias del derecho español si la autoridad extranjera autorizante cumple unas funciones equivalentes a las de una autoridad española.

Con este alcance, la regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aún cualificada, corre a cargo de quienes que no tienen encomendada la función fedataria... y abre el paso a aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos... y tratándose

³⁵ CALVO VIDAL, Isidoro-Antonio: «Los documentos públicos extranjeros en España», *El notario del siglo XXI*, número 82, noviembre/diciembre 2016.

de un documento público notarial extranjero, ante la existencia de otras formas documentales igualmente notariales ... la regla de la equivalencia de funciones impone que el notario extranjero dé fe de la identidad y califique la capacidad y la legitimación de los otorgantes en relación al acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar, controle la legalidad y se asegure de que la voluntad de las partes, que se exprese en su presencia, ha sido libremente formada y declarada».

Hecha esta aseveración el autor critica que la DGRN exija que el notario exprese un juicio de equivalencia de las funciones, dado que éste «se halla embebido» en el juicio de suficiencia del poder.

En cuanto a la segunda parte de la resolución, en la que el Centro Directivo afirma que el Notary Public de Inglaterra y Gales no tiene equivalentes funciones al notariado latino, parece contradecirlo una consulta específicamente formulada por el notario MICÓ GINER a la asociación de dichos notarios³⁶. No obstante, entendemos que en este punto sí acierta la DGRN, no siendo viable la equiparación funcional entre el Notary Public anglosajón y el notariado latino-germano. Cuestión distinta es que por motivos exclusivamente prácticos y en beneficio de la agilidad del tráfico, en estos casos, se entienda la equiparación.

La fuerte crítica suscitada por esta resolución hizo que la DGRN cambiara finalmente su criterio, en la reciente Resolución de 17 de abril de 2017, reconociendo expresamente que el juicio de equivalencia se encontraba encuadrado dentro del juicio de suficiencia de los poderes.

La Resolución DGRN de 6 de noviembre de 2017 vuelve a incidir en la materia para desestimar el recurso (recordemos una venta de usufructo sobre un inmueble radicante en Marbella por una sociedad de Delaware, formalizada ante un notario de Gibraltar), pues «... *En el caso de este expediente nada se expresa en la escritura calificada sobre las facultades representativas de quien la otorga en nombre de la sociedad vendedora, ni sobre la equivalencia formal y material, no ya de esa escritura respecto de las otorgadas por notarios españoles, sino del documento que constituye el título representativo. Por ello, no puede reputarse suficiente para acreditar la legalidad y existencia de la representación alegada en nombre del titular registral a los efectos de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad...*». En igual sentido, una reciente RDGRN de 7 de septiembre de 2018.

³⁶ Revista «El notario del siglo XXI», número 82; «respuesta a la consulta formulada a los notarios de Inglaterra y Gales»; noviembre/diciembre 2016.

3.2. *La cuestión de la inscripción de los poderes mercantiles (STS de 20 de noviembre de 2018)*

En el ámbito mercantil, los poderes generales son de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil (artículo 22 del Código de Comercio y 87 del Reglamento del Registro Mercantil). Tradicionalmente se ha venido admitiendo la inscripción en el Registro de la Propiedad de negocios representativos otorgados por apoderado general no inscrito. En estos casos, aunque no se discute que la inscripción en dicho registro es obligatoria pero no constitutiva, la DGRN venía exigiendo acreditar en el título inscribible la existencia y legalidad de la representación alegada y especificar todos los datos relativos al nombramiento para ser calificados por el registrador, que deberá recabar todos los extremos que necesitaría el registrador mercantil para calificar dicho poder. En varios pronunciamientos esta rigurosa exigencia se hizo extensiva a los poderes especiales, cuya inscripción no es obligatoria.

El Centro Directivo argumentaba que el medio idóneo para acreditar dicha representación es el Registro Mercantil (por la presunción de exactitud del artículo 20 C. de C.). Cuando falte dicha previa inscripción en Registro Mercantil y, por tanto, no exista previa calificación de la representación por dicho registrador deben acreditarse al registrador de la Propiedad los elementos que determinan la existencia, subsistencia, validez y suficiencia de aquella³⁷ (invoca esta doctrina los principios de legitimación, tracto sucesivo y, en concreto, los artículos 1, 20, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria). El argumento que, desde mi punto de vista, no es admisible es el que invoca el Centro Directivo de la necesidad de destruir la presunción de exactitud del Registro Mercantil³⁸, porque ¿acaso la existencia de un poder no inscrito afecta a la validez del cargo del administrador inscrito que lo nombró? Desde luego que no. A mi juicio, la Dirección General confunde la presunción de exactitud del Registro (que el Registro contiene la verdad y nada más que la verdad) con la integridad de lo contenido en el mismo (que el Registro Mercantil contenga toda la verdad), presunción no regulada en el artículo 20 del Código de Comercio.

Afortunadamente, este criterio ha cambiado con la reciente STS 643/2018, de 20 de noviembre de 2018, que, aunque se refiere, en el supuesto de hecho, a un poder mercantil especial, sus argumentos son también aplicables al caso que nos ocupa. El Alto Tribunal concluye que el juicio de suficiencia del notario ex art. 98 de la Ley 24/2001, para realizar el acto o negocio objeto de la escritura, incluye el examen de la validez y vigencia del apoderamiento y su congruencia con aquel

³⁷ Resoluciones de 10 de febrero de 1995, 13 de julio de 1999 y 17 de febrero de 2000 y, tras la entrada en vigor de las leyes 24/2001 y 24/2005, la RDGRN de 25 de mayo de 2017

³⁸ Así, entre otras muchas, se contiene en el Fundamento de Derecho Tercero de la RDGRN de 25 de mayo de 2017: «deberá acreditarse al registrador de la Propiedad la realidad y validez del nombramiento de administrador en términos que destruyan la presunción de validez y exactitud registral establecida en los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil».

acto o negocio. La corrección de dicho juicio no puede ser revisado por el registrador. Cuatro importantes conclusiones podemos sacar de esta sentencia:

- La aparente contradicción entre el artículo 18 LH, que atribuye al registrador la función de calificar «*la capacidad de los otorgantes*», y el art. 98 de la ley 24/2001, que limita la calificación registral a la «*reseña indicativa del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de este con el contenido del título presentado*», debía resolverse dando prioridad a esta segunda norma, que tiene a estos efectos la consideración de ley especial.³⁹
- La normativa no impone reseñar qué persona y órgano dentro de la entidad otorgó la representación, si su cargo era válido y estaba vigente, y si tenía facultades suficientes para otorgar el poder en nombre de la sociedad, sino, exclusivamente, examen de la validez y vigencia del apoderamiento y su congruencia con aquel acto o negocio.

Otro pronunciamiento del Supremo (STS 661/2018, de 22 de noviembre) incide en este criterio: en este caso no se discutía si el poder inscrito en el registro mercantil existía y estaba vigente, sino el alcance de las facultades representativas. Para la registradora mercantil calificante el poder no era suficiente, pues debía incluir expresamente la referencia a la facultad de renunciar a cargos sociales. Para el notario, dicha facultad de renuncia se debía entender implícita en la concesión general de facultades para realizar actos de administración. La sentencia no entra directamente en esta cuestión, sino que concluye que la competencia para la calificación de dicho poder corresponde al notario, añadiendo que esta competencia «... resulta de aplicación también a los casos en que el poder sobre el que el notario realiza el juicio de suficiencia se encuentre inscrito en el Registro Mercantil, y por lo tanto puede ser consultado por el registrador que califica. Como el registrador no puede revisar en su calificación la corrección del juicio de suficiencia resulta irrelevante que esa pretendida revisión del registrador se funde en la información que respecto del poder aparece en la hoja registral...».

Argumenta el Alto Tribunal que el artículo 98 de la ley 27/2001 constituye norma especial que debe prevalecer sobre el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Esta sentencia consolida el criterio expuesto en la de 20 de noviembre.

- La tercera conclusión de la sentencia de 20 de noviembre de 2018 es que dicho juicio de suficiencia no puede ser revisado por el registrador.
- Finalmente, el nuevo criterio es de aplicación, no solamente al caso concreto enjuiciado (un poder especial), sino también a los poderes generales. En el Fundamento de Derecho Tercero, punto 3, aclara la sentencia la necesidad de que «*la reseña del documento auténtico del que resulta la representación exprese las circunstancias que, a juicio del notario, justifican*

³⁹ Reiterando lo que ya resolvió la STS 645/2011, de 23 de septiembre.

la validez y vigencia del poder en ejercicio del cual interviene el apoderado, ya se trate de un poder general no inscrito, ya de un poder especial».

VI. LA SUBSISTENCIA DEL PODER EXTINGUIDO

1. Planteamiento de la cuestión

Una vez extinguido el poder, en principio, no produce efecto alguno y, si lo utiliza el apoderado, el negocio debe ser ineficaz. Ahora bien, puede ocurrir que, ya extinguido el poder, subsistan sus efectos —y, por tanto, que el representado quede vinculado— en atención a la protección de la apariencia jurídica en beneficio de los terceros de buena fe.

Para que haya una apariencia jurídica a proteger se requiere:

- Un elemento psicológico: que el tercero no tenga conocimiento de la extinción del poder.
- Un elemento material: que exista una situación de auténtica apariencia de poder que permita creer en la subsistencia del mismo.

Se ha discutido por la doctrina si en nuestro ordenamiento jurídico existe un principio general de protección de la apariencia jurídica que permita interpretar ampliamente (o incluso analógicamente) los preceptos que dotan de seguridad al tráfico y amparan a los terceros. Esto tiene una especial importancia en la manifestación que tratamos aquí: la protección del tercero de buena fe que contrata con el apoderado ignorando la extinción de dicho poder.

2. Regulación del Código Civil y su comparación con los precedentes franceses

Son dos los preceptos del Código Civil en los que puede apoyarse la protección de la apariencia jurídica en sede de poderes:

- El art. 1.734 CC: «*cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber*».
- El artículo 1.738 CC: «*Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe*».

Debemos antes explicar, con el catedrático Manuel ESPEJO⁴⁰, los antecedentes históricos de ambos preceptos. El artículo 1.738 proviene de los artículos 2008 y 2009 del *Code* francés, que, literalmente traducidos⁴¹, rezan así:

- Artículo 2008: «*lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido*».
- Artículo 2009: «*En los casos anteriores, las obligaciones del mandatario se ejecutarán con respecto a los terceros que actúen de buena fe.*»
- Y el artículo 1.734 CC procede del *Code* francés, artículo 2005: «*La revocación notificada al mandatario no podrá oponerse a los terceros que hayan actuado desconociendo la revocación, salvo al mandante su recurso contra el mandatario.*»

En Francia, la protección del tercero frente a la extinción del mandato exige sólo buena fe de dicho tercero, lo que parece claro, al dedicarle un precepto específico (el artículo 2009) a la protección del tercero, separado del que pretende amparar al mandatario que obra de buena fe (artículo 2008). La confusión se genera en nuestro código cuando integra los dos preceptos galos en el artículo 1.738. También restringe la protección de los efectos de protección del tráfico jurídico al introducir una variación respecto al 2005 del *Code*, en el artículo 1.734 CC: «cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas...». Esta acotación fue obra deliberada de GARCÍA GOYENA, según explica el catedrático ESPEJO⁴², puesto que si el poder no se da para contratar con personas ciertas y determinadas es imposible hacer saber a todos la revocación del mismo.

3. Interpretación tradicional de la doctrina y jurisprudencia, con la especialidad del factor notorio

La trasposición de los preceptos franceses a nuestro ordenamiento y la sustancial variación introducida en los mismos ha sido objeto de un rico debate doctrinal, acerca del alcance y requisitos exigidos para proteger al tercero cuando el poder está extinguido al tiempo de la celebración del negocio representativo.

De este modo, en la interpretación del artículo 1.734 CC surge la siguiente duda: ¿quedan protegidos de la revocación los terceros de buena fe cuando el

⁴⁰ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La interpretación literal del artículo 1.738 CC y la representación aparente», *Revista para el análisis del derecho*, InDret, Barcelona, enero de 2015, páginas 5 y 6, siguiendo, según el citado autor, a GORDILLO CAÑAS.

⁴¹ Puede consultarse la traducción del *Code* en el siguiente enlace: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf.

⁴² ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *op. cit.*, página 6.

poder no se ha dado para contratar con determinadas personas, sino para contratar en general?

CASTÁN⁴³ decía que, dado el tenor del art. 1.734, los terceros no quedaban protegidos. Es decir, el artículo 1.734 CC protege a aquellos terceros de buena fe para contratar con los cuales se otorgó el poder, con independencia de si el mandatario era o no de buena fe, mientras que el 1.738 CC protege a todo tercero, aunque el mandato no se haya dado para contratar con él y frente a cualquier causa de extinción del mismo (no sólo la revocación), pero exige que el mandatario también sea de buena fe.

Por el contrario, un importante sector de la doctrina entiende que, si son de buena fe, los terceros han de quedar protegidos, porque el criterio del legislador es proteger a quien confía en la apariencia. Así, para CÁMARA⁴⁴, crea apariencia jurídica de poder:

- Quien, al otorgarlo, lo comunica a los terceros.
- Quien consiente ostensiblemente que otro opere como representante suyo.
- Quien hace entrega al apoderado del documento en que conste el poder.

Como hemos apuntado anteriormente, el artículo 1.734 CC habla de la revocación y el 1.738 CC, más ampliamente, de cualquier causa de extinción del mandato. Literalmente interpretado este precepto sería necesario para que el tercero quedara protegido, y por tanto obligado el representado, no sólo la buena fe del tercero, sino también del apoderado. De manera que, si éste es de mala fe, el poderdante nunca quedará obligado y el tercero sólo tendrá la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios sufridos al apoderado que, a pesar de que sabía que su poder estaba extinguido, hizo uso del mismo.

ALBALADEJO⁴⁵ hace la siguiente distinción de casos, en la conexión de los artículos 1.734 y 1.738 CC:

- a) No conoce la extinción de poder (ni debió conocerla) ninguno (poderdante, apoderado ni tercero): aplicamos de manera irrestricta el artículo 1.738 CC y el negocio representativo es válido.
- b) La conoce el tercero, aunque la ignore el representante: el negocio es ineficaz.

⁴³ CASTÁN: *op. cit.*, páginas 562 y 563.

⁴⁴ DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel: *Estudios de derecho civil*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1985, páginas 151 y siguientes.

⁴⁵ ALBALADEJO: *op. cit.*, página 424.

c) La conoce el representante y la ignora el tercero. Aquí el autor subdistingue:

- Si el poder se dio para contratar con determinadas personas, el negocio es ineficaz por aplicación del artículo 1.734 CC.
- En otro caso, por aplicación del artículo 1.734 «a contrario» y del 1.738 literalmente interpretado, puede parecer que el negocio es ineficaz, pero ALBALADEJO⁴⁶ hace una excepción: si el tercero obrando diligentemente ignoraba la revocación o extinción del poder debemos poner en juego los principios de buena fe, responsabilidad y confianza, así como el principio de protección de la apariencia jurídica. El poderdante es responsable de que el tercero confiase en la apariencia creada por el poder, por lo que la responsabilidad del representado (que no deshizo la apariencia), la confianza justificada del tercero (que no es responsable de su ignorancia de la revocación) y la buena fe que debe presidir los negocios mantienen la validez del negocio frente al tercero. Es la solución a la que llegó la Jurisprudencia desde antiguo⁴⁷.

En el ámbito mercantil esta solución aparecía de una manera más nítida al abordar la actuación del denominado *factor notorio*. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de septiembre de 2005, con referencia a la del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2002 conceptúa al factor notorio como «la figura clásica del empleado que, pública y constantemente, realiza actos de giro o tráfico mercantil en favor de su empresa a la que sirve sin tener facultades expresamente reconocidas e inscritas, en cuyas circunstancias, y para proteger la buena fe del que contrata con el factor, sus actos se imputan al empresario sin perjuicio de la relación interna entre ambos», siempre que concurren los presupuestos del artículo 286 del Código de Comercio, es decir:

- Que el firmante o interviniente pertenezca notoriamente a una empresa.
- Que los contratos suscritos por aquél recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, salvo las excepciones previstas en el citado precepto.
- Y todo ello, dice el Tribunal Supremo, en defensa de los terceros de buena fe y en garantía de la seguridad jurídica, protegiendo la confianza albergada por los terceros hacia la apariencia de representación provocada por el *dominus*, que es precisamente quien sitúa al factor en esa posición pública de representante notorio.

⁴⁶ ALBALADEJO: *op. cit.*

⁴⁷ Así en las sentencias de 5 de diciembre de 1958, 10 de febrero de 1967 o 3 de julio de 1976.

4. El impacto del viraje del Tribunal Supremo en 2008

Sin embargo, dos recientes sentencias del Tribunal Supremo (STS 13 febrero 2014 y 22 de enero 2015, basadas en otra precedente de 2008) rompen con esta doctrina y proponen una interpretación que hace temblar los cimientos de la seguridad del tráfico y pone en tela de juicio la utilidad de la figura del poder. El interés del poder se fundamenta en la confianza, esto es, en la legítima creencia que tiene el tercero de que, si contrata con un apoderado, resultará el poderdante obligado, así como en convicción de que las vicisitudes de la representación, salvo que las conozca, no le afectarán.

La primera sentencia (STS 13 de febrero de 2014/ RJ 2014/1343, de la que fue ponente el magistrado Antonio Salas Carceller) contemplaba el supuesto de un poder extinguido por fallecimiento de los poderdantes. El apoderado conocía este extremo (pues eran sus padres) y, a pesar de ello, empleó el poder para vender un inmueble de sus padres-poderdantes a tercero de buena fe. Ante el conflicto de intereses entre el tercero (comprador de buena fe) y los herederos del poderdante/representado el Alto Tribunal optó por proteger a estos últimos, anulando el contrato y forzando al tercero de buena fe a que reclamara directamente contra el apoderado. La sentencia se basa en el tenor literal del artículo 1.738 CC. Podría haber añadido a su argumentación, como expone gráficamente Manuel ESPEJO⁴⁸, los antecedentes de la norma y la historia de su gestación, a pesar de lo cual el catedrático citado entiende que no sería suficiente para quebrar la interpretación jurisprudencial anterior, ya que «*el principio de protección de la apariencia jurídica permite afirmar que su letra se encuentra superada por el propio vigor del principio que la inspira*» —se refiere al principio de protección de la apariencia jurídica—. Y propone, con acierto, una interpretación integradora de la formulación literal del artículo 1.738 CC, con el 1.734 CC.

En la STS 114/2015 de 22 de enero de 2015 (de la que fue magistrado ponente Eduardo Baena Ruiz), el apoderado, después de habérsele notificado la revocación por el poderdante, utiliza la copia autorizada de la escritura el poder para otorgar una hipoteca que se inscribe en el Registro, la cual es anulada por la decisión judicial confirmada por el Tribunal Supremo. En ejercicio del mismo poder se habían otorgado otras dos hipotecas con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública de revocación del poder, pero antes de su notificación al apoderado, las cuales se consideraron válidas.

En su fundamento de derecho tercero expone que continúa con la interpretación del artículo 1.738 del Código Civil «*en el sentido de exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra*

⁴⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: *op. cit.*, página 5.

de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el presente supuesto en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación. Por ello, la tesis de la sentencia, en aras a la ultraactividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incomprensible con el propio texto de la norma y doctrina de la Sala que lo interpreta». Y concluye que «al no ser aplicable dicho precepto lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato (STS de 24 de octubre de 2008) es nulo (artículo 1.259 CC) y como tal no vincula al mandante (artículo 1.727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (artículo 1.725 CC)».

Ambas sentencias citan como precedente la STS 984/2008 de 24 de octubre de 2008 (magistrado ponente SALAS CARCELLER, como en la de 2014), en la que el marido, como apoderado general de su esposa (poder extinguido por el fallecimiento de esta última) constituye una hipoteca en garantía de deuda ajena, así como la fianza personal, solidaria e ilimitada de su esposa. El Juzgado de primera instancia declaró la nulidad de la hipoteca y del afianzamiento, conservando la validez el negocio de préstamo. En apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso. El Tribunal confirma el pronunciamiento de ambas instancias, resolviendo que «lo realizado por el mandatario tras la extinción del mandato es nulo (artículo 1.259 CC) y, como tal, no vincula al mandante (artículo 1.727 CC) y deja al mandatario como responsable frente al tercero (1.725 CC). La excepción a la regla general viene dada por el citado artículo 1.738, que exige, no obstante, la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar que el tercero con el que contrata haya actuado de buena fe; esto es, que desconociera la anterior extinción del mandato; y en segundo lugar que el mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato.

Siendo necesaria la concurrencia de ambas condiciones para la validez del negocio, es claro que en el caso presente concurría la primera, pero no la segunda, ... de modo que la tesis sostenida en el recurso en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incompatible con el propio texto de la norma».

Por lo tanto, reitera el Alto Tribunal que para la subsistencia del poder extinguido (o, en términos de la sentencia, la «ultra actividad del mandato») debe aplicarse literalmente el artículo 1.738 CC en todos sus términos.

5. Posición actual de la doctrina y matiz introducido por la DGRN

Ya hemos apuntado la solución que propone el catedrático Manuel ESPEJO⁴⁹, haciendo prevalecer la fuerza del principio de protección de la apariencia jurídica que inspira ambos preceptos (1.734 y 1.738 CC) sobre el propio tenor literal.

⁴⁹ *Op. cit.*, páginas 5-6.

Igualmente pone de manifiesto que la restricción introducida por GARCÍA GOYENA conlleva incoherencias valorativas y sistemáticas imposibles de resolver con el texto de la norma: un mandato dado para contratar con determinadas personas no puede merecer una solución diferente a un mandato general que, *de facto*, ha sido empleado para contratar con determinadas personas, pues la situación de los terceros y la dificultad o sencillez de la notificación de la revocación del poder es, en ambos casos, exactamente igual. El autor distingue tres casos⁵⁰:

- a) El representante que actúa culpablemente ante tercero de buena fe, sin que exista apariencia de poder o representación. En este caso se protege al tercero a cargo del representante, ex artículo 1.725 CC, quedando a salvo el representado (artículos 1.259 y 1.727 CC).
- b) El representante con poder extinguido actúa ante tercero de buena fe, existiendo dicha apariencia de representación: aquí la protección del tercero se realiza con la eficacia del negocio representativo (y ello con independencia de si el representante tiene o no buena fe), por aplicación del espíritu de los artículos 1.733, 1.734 y 1.735 CC).
- c) El representante con poder extinguido contrata de buena fe con tercero también de buena fe: el tercero queda sin duda protegido por el tenor literal del artículo 1.738 CC.

En sentido coincidente, pero con distinta argumentación, el notario Carlos PÉREZ RAMOS⁵¹ manifiesta que la protección del tercero de buena fe, pese a la mala fe del representante, debe apoyarse en el art. 1.219 CC, que sistemáticamente es olvidado por aquellos que defienden la interpretación literalista del art. 1.738 CC, patrocinada ahora por el Tribunal Supremo. Nos dice este artículo: «*las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados —la escritura de revocación de poder— sólo producirá efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el Registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado de la copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero*». En definitiva, cuando el tercero lo conozca. Esta postura se inspira en lo que RODRÍGUEZ ADRADOS⁵² denomina eficacia sintética del instrumento público, que no solamente perjudica a terceros (oponibilidad), sino también puede ser invocado por dichos terceros (utilizabilidad). Se basa en los preceptos invocados por Carlos PÉREZ RAMOS y en el inciso de que los documentos públicos hacen prueba «aun contra tercero» del artículo 1.218 CC, que constituye un verdadero hallazgo de expresión. Dicho tercero es también quien confía en la vigencia del poder contenido en la escritura que se le exhibe. Cita el autor una frase literal del jurista Gino SEGRÉ que merece su reproducción, por

⁵⁰ *Op. cit.*, página 29.

⁵¹ PÉREZ RAMOS, Carlos: «¿Qué le pasa al Tribunal Supremo con los poderes?», *El notario del siglo XXI*, número 54, marzo-abril 2014, páginas 68-74.

⁵² RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; *Escrituras, contraescrituras y terceros*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 12 de mayo de 1978, página 336 y siguientes.

el acierto de su razonamiento: «sería atroz si el tercero no pudiese confiar en el tenor del documento que atestigua la existencia y el alcance de los poderes del representante. Si así fuese, la institución de la representación actuada por conferimiento voluntario de poderes perdería toda su importancia práctica... más nos valdría entonces concluir el contrato directamente con el principal y abolir prácticamente la institución de la representación voluntariamente conferida»⁵³.

En la posición opuesta se encuentran autores como PANTALEÓN PRIETO⁵⁴, que niega la existencia de un principio general de protección de los terceros frente al poderdante y añade que el mero hecho de que el mandante haya apoderado al mandatario para celebrar un contrato como el que mandatario celebró con el tercero no genera una apariencia imputable o reprochable al mandante poderdante, que justifique en todo caso el sacrificio de éste en aras de la protección del tercero. Parece que el autor exige algo más que el simple hecho de hacer circular un poder para «castigar» al poderdante y proteger al tercero. También muestra su conformidad con el criterio de esta sentencia el catedrático Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL⁵⁵.

Parece que mientras el TS no cambie su postura, la DGRN se verá obligada a seguir esta línea, aunque con las debidas matizaciones, porque la mala fe debe ser apreciada por los tribunales y no por el Registro. Veamos el caso de la RDGRN de 10 de mayo 2018: se presenta una escritura de compraventa en que el vendedor intervino por apoderado; a continuación, la viuda del vendedor presenta certificado de defunción del vendedor-poderdante (fecha de la defunción previa a la escritura); la DGRN admitió la inscripción de la venta por entender que existe buena fe de apoderado y de tercero (que debe presumirse en el ámbito extrajudicial).

VII. LA EFICACIA DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

La representación directa se caracteriza por la actuación, no solo en interés ajeno, sino también en nombre ajeno. Este último requisito, conocido como «contemplatio domini», se entendió por la doctrina clásica como esencial para la existencia de representación. Así sucede en el derecho alemán, en el que solo se contempla la representación directa. En la doctrina patria, la tesis clásica (personificada por CASTÁN⁵⁶) limita el concepto de representación al de representación directa, esto es, aquella en que además de los requisitos de legitimación para actuar en la esfera ajena, un negocio jurídico representativo que implique la sus-

⁵³ GINO SEGRÉ: «Sulla inopponibilità al terzo di buona fede dei limiti ai poteri di rappresentanza non risultanti dal documento esibitogli» (nota a la S. de 23 de octubre de 1920, Corte de Casación de Turín), en páginas 435-450 de los *Scritti giuridici*, volumen I, Cortona, 1930.

⁵⁴ PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «A propósito de la discusión sobre la STS de 13 de febrero de 2014», disponible en <https://derechomercantiles.es/2014/04/a-proposito-de-la-discusion-sobre-la.html>.

⁵⁵ Su opinión puede consultarse en su blog <https://derechomercantiles.es/>

⁵⁶ *Op. cit.*, páginas 553 y 554.

titución del representado y consentimiento de este vía poder o ratificación, se exige la «contemplatio domini», es decir, la actuación en nombre ajeno (*agere in nomine alieno*). De la propia literalidad del término se deduce su sentido, que es el que las partes conozcan la existencia de un *dominus* detrás de la actuación del representante.

Los preceptos de partida para abordar la cuestión son los siguientes:

El artículo 1.717 CC, que dispone: «*Cuando el mandatario obra en su propio nombre el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.*

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».

En sentido parecido, dice el artículo 287 CCom: «*El contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal*».

De los citados preceptos, interpretados en sus términos literales, resulta que cuando el mandatario obra en nombre propio no se da la esencia del fenómeno representativo, ya que los efectos se producen entre el mandatario y el tercero, lo que hace necesario un nuevo acto que los traslade al dueño del negocio.

En esta misma línea, NÚÑEZ LAGOS⁵⁷ defiende que el efecto directo no se da ni siquiera en la excepción de que se trate de «cosas propias del mandante», porque si las partes ya sabían que las cosas eran propias del mandante, entonces hay «*contemplatio domini*», y en consecuencia representación directa; y si no lo sabían «*ab initio*» y el tercero lo descubre después, entonces no hay acción directa porque no se pretendió que la hubiera en principio, y lo que procede, a lo sumo, es una acción para reclamar el enriquecimiento injusto.

Al margen del régimen de las acciones procesales entre mandante, mandatario y tercero a que se refiere el párrafo primero, y de la vinculación del apoderado con el tercero a que se refiere el párrafo segundo del artículo, la cuestión que más ha preocupado a la doctrina es la de los efectos reales del negocio representativo de adquisición o transmisión en relación con el representante cuando el apodera-

⁵⁷ NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder», *Revista de Derecho Privado*, 1946, página 405 y ss.

do actúe en su propio nombre. La tesis clásica expuesta sostiene que el apoderado adquiere en su propio nombre, convirtiéndose en verdadero propietario. Llevado a sus últimas consecuencias, este planteamiento implica que el representante indirecto, al ser el «*verus dominus*», puede válidamente disponer del bien adquirido, incluso a favor de quien tenga conocimiento de la existencia de la relación de representación. Otro efecto es la inexistencia de un derecho de separación «*ex iure domini*» por el representado, en caso de concurso del representante, o la imposibilidad de ejercitar tercería de dominio por parte del representado, en caso de embargo trabado por los acreedores del representante.

Para evitar estas consecuencias surge la tesis moderna (enarbolada por DE CASTRO⁵⁸ y Díez PICAZO⁵⁹), que acude a los siguientes argumentos para atribuir eficacia del negocio representativo en la esfera del representado (eficacia real), incluso en caso de la representación indirecta:

- El artículo 1.717 tiene un alcance meramente procesal, es decir, sólo se preocupa de determinar quién puede ejercitar acción y contra quién.
- El propio párrafo segundo del artículo utiliza una expresión reveladora de que se está acudiendo a una ficción legal al vincular al mandatario con el tercero (la expresión «como si el negocio fuera suyo»), pero en ningún momento impide el efecto directo en la adquisición o transmisión de la propiedad entre tercero y representante.
- La frase «*exceptuase el caso de que se trate de cosas propias del mandante*» fue un añadido de última hora, pues no se encontraba en el proyecto de 1.888 y no puede referirse a una «*contemplatio dominis ex factis et circumstantiis*», porque, si fuera así, estaríamos ante un caso de representación directa. Debe referirse, entonces, a la hipótesis de que, una vez descubierto «*ex post facto*» que se trata de cosas propias del mandante, queda abierta la posibilidad de acción directa frente al representado. Y lo mismo en el caso del 287 CCom, en donde las partes no pueden saber que el representante es tal porque si no, ex artículo 285 CCom, no tendría responsabilidad alguna. Por ello, ambos preceptos encuentran su sentido en el caso de que el tercero ignorase la existencia de un *dominus* en el momento de la perfección, pero viniese en conocimiento de este hecho *a posteriori*, y, para este caso, no puede hablarse de acción de enriquecimiento como defendía la tesis anterior: el 287 CCom es claro al hablar de la posibilidad de ejercitar su acción contra el mandatario o el principal, acción que necesariamente ha de ser la misma, pues el artículo no distingue.

⁵⁸ *Op. cit.* «Derecho Civil de España...», páginas 125 y ss.

⁵⁹ Díez PICAZO, Luis: «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, páginas 491 y ss.

- Esta eficacia es la más conforme al común sentir: «lo adquirido por encargo y dinero de otro no es mío, sino suyo», dice DE CASTRO⁶⁰. El representante indirecto que adquiere sería un simple titular fiduciario, que no podría disponer, sin perjuicio de la posible protección del tercero de buena fe según las normas legales, ni podría adquirir por usucapión, pues no poseería en concepto de dueño.

La consecuencia de todo ello es, señala LACRUZ⁶¹, que la única obligación del mandatario ex artículo 1.720 CC es la de transmitir la posesión de la cosa y otorgar escritura pública de reconocimiento de la propiedad del mandante. Otro efecto es la imposibilidad de usucapión por el mandatario, pues no posee los bienes a título de dueño, que es el mandante. Esta nueva doctrina fue asumida por el Tribunal Supremo desde mediados de los años sesenta⁶².

También ha discutido la doctrina y el Alto Tribunal el alcance de la expresión «cosas propias del mandante»: podría referirse exclusivamente a cosas corporales, pero parece que se impone en la jurisprudencia la consideración de la misma como de «asuntos propios del mandante»⁶³.

La Resolución DGRN de 6 de julio de 2006 analiza los efectos registrales de este artículo. Admite la DGRN, de conformidad con los planteamientos doctrinales más recientes, que la actuación del mandatario en nombre propio y en interés ajeno puede producir efectos directos para el mandante o representado. En materia de adquisición de la propiedad esta tesis lleva a la DGRN a admitir en el caso de representación indirecta la adquisición directa de la propiedad por el representado. No obstante, para acreditar registralmente la representación indirecta no basta la mera manifestación de los interesados, sino que esta relación representativa ha de estar suficientemente justificada. En cuanto a la forma de justificación, no se considera imprescindible la existencia de una previa escritura en la que se pusiera de relieve la relación de representación. En el caso de la resolución, parece considerarse bastante la suma de las manifestaciones de las partes, tanto la vendedora inicial como los herederos del representante y los dueños del negocio, que en el caso son los mismos herederos.

En sentido similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2007 reconoce que, en supuestos de representación indirecta del comprador de un bien, la propiedad se adquiere directamente por el representado. Se trata de una madre que compra con dinero del hijo y nuera un inmueble y posteriormente lo vende a

⁶⁰ *Op. cit.*, «Derecho Civil de España...», página 129.

⁶¹ LACRUZ BERDEJO, José-Luis: *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, Derecho de Obligaciones, editorial Dykinson, 2010, páginas 226 y 227. El autor parte de los postulados de GULLÓN BALLESTEROS de que el mandante adquiere directamente la propiedad de lo comprado por el mandatario «propio nomine».

⁶² Son conocidas las SSTs de 11 de junio y 22 de noviembre de 1965, 31 de octubre y 26 de noviembre de 1970.

⁶³ Así en las SSTs de 23 de enero de 1969 y 21 de abril de 1970.

éstos, reservándose el usufructo; se niega que haya simulación en la escritura de compraventa a favor del hijo, afirmando: *«la segunda escritura es, de este modo, un acto de transferencia sobre cuya naturaleza ya había hipotizado la doctrina que habría de ser, en la mayor parte de las ocasiones, una escritura simulada, lo que carece de importancia en el contexto negocial, pues el mandante ya adquiriendo, dando sentido con ello a lo previsto en el artículo 1.717 del Código civil».*

Recientemente, se ha publicado la RDRN de 13 de junio de 2018, que merece ser comentada detenidamente. La inscripción vigente en el Registro es de una compraventa por precio confesado recibido a favor de determinada persona, que compró actuando en su propio nombre y derecho. Más de treinta años después, la compradora (actual titular registral) otorga nueva escritura de reconocimiento de dominio a favor de los herederos de su representada, diciendo que en realidad actuaba en representación indirecta de la misma.

La DGRN expone que *«el reconocimiento de dominio no es, por tanto, un título carente de causa, sino que en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada, haciendo coincidir la titularidad formal con la real...»*, siendo suficiente *«la declaración de las partes ligadas por la relación de representación, en los términos que acaban de ser expuestos, pues la situación del vendedor no queda alterada —a salvo la incidencia del artículo 1.717 del Código Civil en el ámbito contractual, como tal, sin trascendencia registral—»*.

Por tanto, *«el reconocimiento del dominio ha sido otorgado por las únicas partes que deben hacerlo, en tanto que por ellas se reconoce un pacto de fiducia y en el que no interviene en ningún momento el transmitente inicial, que no precisa saber el pacto de fiducia del que es totalmente ajeno»*.

Va más allá de la Resolución de 2006, porque concluye que *«esa representación indirecta subyacente no precisa ser acreditada de otra forma que no sea por el reconocimiento del pacto fiduciario en los términos que constan en la escritura»*.

Coincido con la opinión contraria a la excesiva permisividad de este último pronunciamiento del Centro Directivo⁶⁴, pues la interpretación tan laxa del artículo 1.717 CC conlleva importantes peligros:

- Es un respaldo al uso de testafieros el alzamiento de bienes o incluso permite incurrir en falsedad documental.

⁶⁴ Recomiendo la lectura del comentario a esta resolución en la web <https://regispro.es/representacion-indirecta-o-mas-bien-uso-de-testafieros-resumen-y-critica-de-la-rdgrn-de-13-6-2018/>

- Implica una vía para burlar las importantes obligaciones que nos imponen a notarios y registradores en la legislación de blanqueo de capitales (identificación del comprador y titularidad real si se trata de persona jurídica).
- Puede emplearse como subterfugio para eludir tributar por el ITP y AJD en los casos en que se disfraza de reconocimiento de dominio una verdadera transmisión. Lo mismo podríamos decir de otros impuestos (IBI, Impuesto sobre el Patrimonio, Imputación de Rentas en el IRPF...)⁶⁵.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

DE CASTRO Y BRAVO, Federico:

- «Temas de derecho civil: la representación», prólogo del tomo II, *Derecho Civil de España*, Ed. Thomson Civitas, año 2008.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, editorial Civitas.

CASTÁN TOBEÑAS, José: «Derecho civil español, común y foral», tomo IV, derecho de obligaciones; Madrid, editorial Reus, S. A., 1993.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «El mandatario sin poder», *Revista de Derecho Privado*, 1946.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:

- «El concepto jurídico de la representación en el Derecho Privado», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, número XVI, 1968, páginas 133 y ss.
- *La representación en el derecho privado*, ed. Civitas, Madrid, 1979, páginas 84 y ss.
- «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», en *ADC*, 1978, páginas 490 y siguientes.

⁶⁵ En la *web* citada en la anterior nota se transcribe por su interés el artículo 19 del Reglamento del Impuesto de transmisiones, cuando dice que «La declaración o reconocimiento de propiedad u otro derecho, a título de haber obrado en concepto de mandatario o gestor de la persona a cuyo favor se hacen, al verificar la adquisición de los bienes a que dicha declaración o reconocimiento se refieran, se considerará como verdadera transmisión si en el título o documento acreditativo de la que se supone realizada por poder o encargo no constaran consignados en legal forma tal carácter y circunstancias».

Con la importante salvedad de su inciso final: «y sin perjuicio de que la actuación en concepto de mandatario o gestor pueda acreditarse por otros medios de prueba». Este precepto parece abonar la tesis más prudente de la RDGRN, de 6 de julio de 2006, de exigir una acreditación de la relación de representación indirecta.

ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil, parte general*, tomo I, volumen II, editorial JMB, año 1991.

ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia: *La donación*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, páginas 107 y ss.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Apoderamiento y donación (el mandato general para donar «cui voles et quid voles»», contenida en la obra *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páginas 1.277 y ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Elementos de derecho civil*, tomo II; derecho de obligaciones, volumen II, 4.^a edición. Madrid, 2009.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho de Familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, tomo I.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Notas sobre el régimen matrimonial primario», Documentación Jurídica, *Monográfico dedicado a la reforma del Derecho de Familia de 1981*, vol. 1.^o, enero a diciembre de 1982.

MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel: «La persona física y su sociedad unipersonal en la vida civil», *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*, editado por la Academia Sevillana del Notariado.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: *Escrituras, contraescrituras y terceros*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Madrid el 12 de mayo de 1978.

PÉREZ RAMOS, Carlos: «¿Qué le pasa al Tribunal Supremo con los poderes?, *El notario del siglo XXI*, número 54, marzo-abril 2014, páginas 68-74.

CALVO VIDAL, Isidoro-Antonio:

— «Los documentos públicos extranjeros en España», *El notario del siglo XXI*, número 82, artículo noviembre/diciembre 2016.

— «Respuesta a la consulta formulada a los notarios de Inglaterra y Gales», *El notario del siglo XXI* número 82, noviembre/diciembre 2016.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La interpretación literal del artículo 1.738 CC y la representación aparente», *Revista para el análisis del derecho* InDret, Barcelona, enero de 2015.

EDUARDO HIJAS

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: *Estudios de derecho civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985, páginas 151 y siguientes.

GINO SEGRÉ: «Sulla inopponibilità al terzo di buona fede dei limiti ai poteri di rappresentanza non risultanti dal documento esibitogli» (nota a la S. de 23 de octubre de 1920, Corte de Casación de Turín), en páginas 435-450 de los *Scritti giuridici*, volumen I, Cortona, 1930.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «A propósito de la discusión sobre la STS de 13 de febrero de 2014», disponible en <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2014/04/a-proposito-de-la-discusion-sobre-la.html>.

*(Trabajo recibido el 21/01/2019
y aceptado para su publicación el 25/02/2019)*

PRÁCTICA JURÍDICA

GUÍA NOTARIAL PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

RICARDO CABANAS TREJO
CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
AMANAY RIVAS RUIZ
Notarios de Fuenlabrada

RESUMEN

En esta guía los autores abordan la reciente Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, incidiendo en todas aquellas cuestiones que tienen interés en la práctica notarial. En primer lugar se analiza su ámbito de aplicación planteando diferentes dudas interpretativas. La segunda parte tiene por objeto el estudio de las normas de transparencia material y, en particular, el acta previa que debe ser autorizada por notario. Y finalmente se hace referencia al resto de modificaciones de interés introducidas por la Ley.

Palabras clave: contrato de crédito inmobiliario, ámbito de aplicación, inmueble residencial, transparencia material, acta previa.

NOTARIAL GUIDE ABOUT THE REAL ESTATE CREDIT CONTRACT LAW

RICARDO CABANAS TREJO
CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
AMANAY RIVAS RUIZ
Notarys of Fuenlabrada

ABSTRACT

In this paper the authors study the recent Real Estate Credit Contract Law, especially all the relevant issues in notarial practice. First of all, the scope of application is addressed, highlighting different interpretative doubts. The purpose of the second part is the analysis

of the material transparency rules, and the previous notarial act in particular. Finally, the article refers to the rest of the amendments introduced by the above-mentioned Law.

Keywords: real estate credit contract, scope of application, residential property, material transparency, previous notarial act.

SUMARIO: I. CARÁCTER Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. 1. Advertencia previa. 2. Carácter imperativo de la LCCI. 3. Condiciones para la aplicación de la LCCI. 3.1. Elementos subjetivos. 3.1.1. El prestamista. 3.1.2. El prestatario/ fiador/garante. 3.2. Elementos objetivos. 3.2.1. El préstamo. 3.2.2. Objeto del préstamo. 3.2.3. Contratos de préstamo excluidos. 3.3. Elemento temporal. 3.3.1. La concesión del préstamo. 3.3.2. Novación. 3.3.3. Los supuestos de subrogación activa y pasiva. A) La subrogación pasiva. B) La subrogación activa.—II. NORMAS DE TRANSPARENCIA. 1. Ámbito. 2. Contenido. 2.1. Ficha Europea de Información Normalizada FEIN (Art. 14.1.a) LCCI) 2.2. Ficha de Advertencias Estandarizadas FiAE (Art. 14.1b) LCCI). 2.3. Otra documentación que debe entregarse (Art. 14.1.c) a f) LCCI). 2.4. Exigencias adicionales de la legislación autonómica. 2.5. Explicaciones adicionales a cargo del profesional. 3. Plazo de entrega. 4. Remisión al notario.—III. COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL: EL ACTA NOTARIAL PREVIA. 1. Extensión subjetiva. 2. Extensión objetiva. 2.1. Libre elección de notario. 2.2. Contenido de la actuación notarial de comprobación previa. 2.2.1. Cuestiones procedimentales. A) Remisión de la documentación al notario. B) Número de visitas a la notaría. C) Naturaleza del acta previa. D) Consideraciones arancelarias. 2.2.2. Objeto del acta. Alcance de la actuación notarial. 2.3. Eficacia del acta previa. 3. Otorgamiento del acta y autorización de la escritura pública de préstamo hipotecario.—IV. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE CRÉDITO INMOBILIARIO. 1. Tipo de interés variable. 2. Ventas vinculadas y combinadas. 2.1. Ventas vinculadas. 2.2. Ventas combinadas. 3. Interés de demora. 3.1. Ámbito de aplicación. 3.2. Régimen legal. 4. La tasación del inmueble. 5. La TAE. 6. El reembolso anticipado. 6.1. Condiciones para el reembolso anticipado. 6.2. Reducción del coste total del préstamo. 6.3. Necesidad de pacto. 6.4. Regla general: la pérdida financiera como límite. 6.5. Supuestos tasados. 6.6. Aplicación retroactiva. 7. Comisiones. 8. El vencimiento anticipado. 8.1. Ámbito de aplicación de la nueva solución legal. 8.2. Requisitos para el vencimiento anticipado. 8.3. Aplicación retroactiva de la LCCI. 9. Gastos del crédito inmobiliario. 9.1. Ámbito de aplicación. 9.2. La nueva orientación legal. 9.3. Gastos a cargo del prestatario. 9.4. Gastos a cargo del prestamista. 9.5. Impuestos. 9.6. Otros gastos. 9.7. Regla especial en caso de subrogación activa.—V. OTRAS MODIFICACIONES DE INTERÉS INTRODUCIDAS POR LA LCCI. 1. Reforma de la Ley Hipotecaria y del TRLGDCU. 2. Cuestiones procesales. 3. Derecho transitorio. 3.1. La regla general de la irretroactividad. 3.2. Novación/subrogación posterior a la entrada en vigor. 3.3. Uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías.

I. CARÁCTER Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

1. Advertencia previa

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en lo sucesivo «LCCI»), que procede de la trasposición de la Directiva 2014/17/UE, no es una ley general sobre los préstamos hipotecarios, ni sobre préstamos hipotecarios con consumidores, sino que tiene por objeto una modalidad específica de préstamo/crédito identificada como Contrato de Crédito Inmobiliario (en adelante «CCI») que no siempre contará con garantía hipotecaria. Ello con independencia de que sus Disposiciones Adicionales o Finales o inclusive determinados artículos de la propia LCCI establezcan determinadas normas con un ámbito de aplicación distinto o reformen leyes de ámbito superior y distinto, como la LH o la LEC. Por tanto, el núcleo duro de la norma que nos ocupa son los Contratos de Crédito Inmobiliario y conviene tenerlo muy en cuenta para no pensar que algunas de sus reglas resuelven cuestiones referidas a todos los préstamos con hipoteca. Por eso es de gran importancia acotar de manera precisa el ámbito de aplicación de la LCCI, o determinar cuándo estamos ante un CCI, que es lo mismo. En cuanto a las normas de la LCCI que tienen un diferente ámbito de aplicación, como el artículo 24, relativo a los intereses de demora, nos referiremos a ellas expresamente a lo largo de la exposición.

2. Carácter imperativo de la LCCI

El artículo 3 de la LCCI establece lo siguiente: *«Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario»*. Por ello, salvo que se desprenda de la propia norma, todas las disposiciones de la Ley son de obligado cumplimiento, declarándose nula cualquier renuncia previa a los derechos que la Ley reconoce *«al deudor, fiador,*

garante o hipotecante no deudor». Además, cualquier interpretación de la Ley, en caso de duda, se ha de efectuar teniendo en cuenta el carácter protector de los intereses de las mencionadas personas físicas que tiene la Ley.

3. Condiciones para la aplicación de la LCCI

Al ámbito de aplicación de la LCCI se refiere su artículo 2, que en su apartado 1 señala lo siguiente:

«1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplan una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Por lo tanto, a la hora de analizar si una determinada operación puede ser calificada de CCI y, por ende, entra en el ámbito de aplicación de la Ley objeto de estudio, es necesario que concurren determinados elementos, tanto de carácter subjetivo como de carácter objetivo, que pasamos a analizar.

Existen en consecuencia dos niveles de concreción, subjetivo y objetivo, que han de darse simultáneamente:

- Si de acuerdo con el primer nivel —el subjetivo— la LCCI resulta aplicable por la condición de persona física —sólo— del fiador, el segundo nivel —el objetivo— se habrá de cumplir con arreglo a sus propios elementos de definición, aunque en apariencia poca relación guarden con el objetivo protector de la norma. Es decir, bastará con que una persona jurídica hipoteque un inmueble de uso residencial y que afiance una persona física para que concurren todos los elementos que hacen aplicable la LCCI.
- Por el contrario, si en lugar de hipotecar una vivienda la sociedad hipotecara un local comercial o una nave industrial que ya eran de su propiedad —*ergo*, la finalidad del préstamo no es su adquisición—, la LCCI no sería aplicable, puesto no se daría el supuesto B, al que luego aludiremos, ni por razón del objeto hipotecado ni por la finalidad, y ello aunque el prestatario

contara con el aval de una persona física, sin perjuicio de que ésta pueda merecer la consideración de consumidor a otros efectos, pero no de éstos.

3.1. *Elementos subjetivos*

3.1.1. EL PRESTAMISTA

Ha de ser una **persona física/jurídica que realice con carácter profesional la actividad de concesión de este tipo de créditos**. La profesionalidad está referida a la propia actividad de concesión del crédito, no siendo aplicable la LCCI cuando se conceda crédito con ocasión de una actividad profesional diferente. Por ejemplo, el promotor inmobiliario que financia al comprador mediante un aplazamiento de pago garantizado, si bien en algunos casos podrá tener la condición de prestamista a los efectos de la LCCI, tal y como explicaremos más adelante.

El art. 42 LCCI dispone que para desarrollar esta actividad con carácter profesional es necesario estar inscrito en el registro correspondiente. Se exceptiona de esta obligación a las entidades de crédito, establecimientos financieros de crédito o sucursales en España de una entidad de crédito. ¿Tiene el notario que entrar a controlar si el prestamista está debidamente inscrito? Entendemos que sí.

¿Está incluido en el ámbito de aplicación de la LCCI el prestamista ocasional? Sí, siempre que otorgue el préstamo con una finalidad exclusivamente inversora. Por lo tanto, tratándose de un prestamista ocasional, para entender que no estamos ante un CCI no es suficiente la manifestación del mismo de no dedicarse profesionalmente a la concesión de préstamos, sino que el notario habrá de verificar que no es titular de otro anterior mediante la oportuna consulta en SIGNO a la aplicación «informe de actividad» (bastaría con sólo dos préstamos para entender lo contrario) y además el prestamista habrá de manifestar que no es inversor, ni siquiera ocasional, y que el préstamo responde a una relación personal con el deudor (destacar parentesco/amistad). Por el contrario, en el caso de que el prestamista ocasional preste con finalidad inversora, parece que será necesario su previa inscripción en el registro correspondiente y la verificación por el notario.

Un supuesto problemático al que hemos aludido anteriormente es el del promotor inmobiliario que ocasionalmente financie la compra de una vivienda mediante un aplazamiento en el pago del precio con la garantía de una hipoteca o condición resolutoria. ¿Queda sometido a la LCCI? No cuando el aplazamiento se conceda sin interés; en otro caso, como regla tampoco lo estaría, pues no es profesional del crédito, y la inversión —ocasional— no es por razón del préstamo, sino de otro negocio —la venta—. Distinto sería el supuesto de reiteración, pues entonces la financiación puede entenderse como una condición de promoción de la venta y entenderse que sí entraría en la condición de prestamista a los efectos de la LCCI.

3.1.2. EL PRESTATARIO/FIADOR/GARANTE

Para que estemos ante un CCI **al menos uno de los prestatarios, fiadores o garantes (como el hipotecante no deudor) ha de ser una persona física**. Y si se cumple este requisito y el prestamista tiene carácter profesional a los efectos de la LCCI hay que distinguir **dos supuestos**, a los que vamos a referirnos al estudiar los elementos objetivos:

a) Préstamos «con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial» (supuesto A, al que nos referiremos al tratar los elementos objetivos): **basta que uno de los prestatarios, fiadores o garantes sea una persona física**, con independencia de su actividad, aunque en el caso del prestatario se trate de empresarios y aunque el préstamo estuviera relacionado con esa actividad económica. Y a la inversa: no procede la calificación como CCI si los prestatarios/fiadores/garantes son personas jurídicas, aunque excepcionalmente alguna pudiera merecer la consideración de consumidor.

Supuestos problemáticos: todas aquellas situaciones intermedias de catalogación algo más compleja. Por ejemplo, los hipotecantes no deudores son varios comuneros y solo uno de ellos es una persona física. Parece que en estos casos la persona física arrastra la aplicación de la LCCI a todo el contrato, aunque su cuota sea muy minoritaria.

b) Préstamos con la finalidad de «adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir» (supuesto B, al que nos referiremos al tratar los elementos objetivos): **es necesario que uno de los prestatarios, fiadores o garantes sea una persona física consumidora**.

A estos efectos, entendemos que un consumidor es todo aquel que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. La finalidad inversora con intención lucrativa no es necesariamente un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor; un consumidor no deja de serlo porque compre para alquilar o inclusive para revender, siempre que sea de forma aislada, no profesional.

Y de cara a la actuación notarial habrá de bastar con la manifestación del prestatario en el sentido de no actuar como consumidor, y respecto del fiador/garante su declaración sobre el tipo de vinculación funcional que mantiene con el prestatario. De todos modos, se ha de tener cuidado con la redacción de la escritura en su conjunto, por si resulta de la misma algún dato que entre en colisión con dicha manifestación, pues entonces queda desactivada.

¿Y qué ocurre con los contratos con doble finalidad? A este respecto, la Directiva 2014/17, de cuya trasposición procede la LCCI en su Considerando 12, señala lo siguiente: «*en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con las ac-*

tividades comerciales o empresariales o con la profesión de la persona en cuestión y dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato, dicha persona debe ser considerada un consumidor». Atendiendo al tenor de la norma, parece que habrá que estar a la finalidad prevalente. No obstante, teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales sobre la condición de consumidor en nuestro país, lo más prudente es entender que existiendo una parte, aunque no sea preponderante, no relacionada con la actividad comercial, profesional o empresarial del sujeto en cuestión, habrá que entender que estamos ante un consumidor.

¿Y cuál es la protección de que goza el fiador o el garante persona física/consumidor en el caso de que estemos en el supuesto A o B, respectivamente?

La calificación de un préstamo como CCI, por concurrir los elementos subjetivos y objetivos que estamos analizando, conlleva la aplicación de la LCCI a todo el bloque contractual, tanto al contrato principal como al de garantía, con independencia de que el garante o fiador sea una persona jurídica.

Sin embargo, resulta llamativo que el contrato de garantía no sea objeto de atención en la LCCI, ni siquiera en cuestiones de transparencia. El fiador (o hipotecante no deudor) habrá de ser informado de todo lo relacionado con el contrato principal en los mismos términos y con idéntica exhaustividad que el deudor, 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.

3.2. Elementos objetivos

3.2.1. EL PRÉSTAMO

La LCCI tiene por objeto operaciones de crédito en sentido amplio, tanto de crédito como de préstamo. Y también se incluyen otras formas de financiación, como el aplazamiento del precio —en este sentido el art. 4.3) LCCI que define lo que es un «contrato de préstamo» a efectos de la Ley—, pero entonces debería concurrir el carácter de profesional en el vendedor/proveedor en los términos ya señalados. Además, el préstamo podrá concederse con o sin garantía, si bien el resto de requisitos que han de concurrir en cada caso difieren, tal y como veremos al analizar los supuestos A y B. Además, la Directiva 2014/17/UE, en su Considerando 15, prevé su aplicación «salvo si los Estados miembros han establecido un marco alternativo adecuado a los —refiriéndose a los créditos— que tienen por finalidad proporcionar financiación temporal en el lapso de tiempo comprendido entre la venta de un bien inmueble y la compra de otro...», por lo que hay que entender aplicable la LCCI a los llamados «préstamos puente».

3.2.2. OBJETO DEL PRÉSTAMO

Siempre que se den los requisitos subjetivos analizados hay que distinguir dos supuestos distintos en que podemos calificar un contrato de préstamo de CCI:

Supuesto A: Préstamos «con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial»

Para que se de este supuesto de CCI, además de que al menos uno de los prestatarios/fiadores/garantes sea persona física y que el prestamista tenga condición de profesional a los efectos de la LCCI, es necesario que concurran otros dos requisitos:

- i. Que en garantía del préstamo se constituya garantía hipotecaria u otro derecho de garantía real inmobiliaria.
- ii. Que el objeto de la hipoteca/derecho real sea un inmueble de uso residencial:
 - ¿Qué se entiende por inmueble de uso residencial? Cualquier inmueble que pueda servir de alojamiento permanente a las personas, una vivienda, pero no necesariamente la vivienda habitual o familiar.
 - Si existe compra previa es indiferente la finalidad para que se compre la vivienda, ya sea como vivienda de vacaciones, para instalar en ella un despacho profesional o simplemente una vivienda comprada como inversión, o para alquilar. Lo importante es que el inmueble sea susceptible de uso residencial, lo cual es una cualidad objetiva del inmueble, no relacionada con la finalidad que persiga el propietario.
 - En caso de derechos desmembrados, por ejemplo, nuda propiedad de una sociedad y usufructo de una persona física, la LCCI también sería aplicable. Y a la inversa también.
 - ¿Qué ocurre con aquellos inmuebles cuya calificación no está clara? Nos referimos a aquellos supuestos en que un local o despacho ha sido adaptado para ser utilizado como vivienda, pero el cambio de uso aún no ha accedido al Registro de la Propiedad o no se dispone de la correspondiente cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación, si bien el inmueble se emplea efectivamente como vivienda. ¿Habrá que estar a la situación real del inmueble, según resulte de la tasación hipotecaria o de la certificación de Catastro? A nuestro juicio ésta es la postura más segura habida cuenta del carácter imperativo y tuitivo de la LCCI, por lo que si de la tasación o del Catastro resulta que el objeto hipotecado es una vivienda habrá que entender aplicable la misma. ¿Y qué decir de una manifestación del prestatario en este sentido? Si la manifestación lo es en el sentido de

inclinan la balanza en pro de la aplicación de la LCCI, parece que habrá que estar a lo declarado por el prestatario. No así en caso contrario, pues la mera declaración del prestatario no parece suficiente por sí sola para desvirtuar la calificación como vivienda de un determinado inmueble cuando la misma resulte de la tasación o certificación catastral o del propio Registro de la Propiedad.

- Los garajes y trasteros y cualesquiera otros inmuebles que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica también son incluidos por la LCCI en la calificación de inmuebles para uso residencial [art. 2.1.a) LCCI]. Y es importante tener en cuenta que entran en esta categoría por sí solos, no como anejos o porque se hipotequen conjuntamente con una vivienda. ¿Significa esto que todo garaje o trastero hipotecado en garantía de un préstamo necesariamente ha de caer en el ámbito de aplicación de la LCCI? Ciertamente la literalidad de la norma que estamos analizando parece abocar a ello. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el mismo inciso que incluye en el ámbito de aplicación de la LCCI los garajes o trasteros también lo hace respecto de cualesquiera otros inmuebles que cumplan una función doméstica, así como el hecho de que, tal y como veremos al analizar el supuesto B a continuación, la LCCI tiene por objeto únicamente inmuebles de uso residencial o que puedan acabar desempeñando esta función, carece de sentido que en aquellos supuestos en que el garaje o trastero en cuestión no cumpla una función doméstica quede sometido el préstamo a la LCCI. Por ejemplo, una plaza de garaje o trastero que se venda junto con una oficina en un edificio destinado exclusivamente a oficinas. Ahora bien, en caso de duda lo mejor será entender que estamos ante un CCI si se dan el resto de requisitos.

En cuanto a la función doméstica de otros inmuebles habrá que valorarla en cada caso, pero está claro que la LCCI admite cualquier inmueble al servicio o en utilidad de una vivienda. Pensemos en una finca registral independiente que hace la función de jardín anejo, pero que puede merecer la calificación de solar o en una cuota indivisa en una parcela donde están las zonas comunes de una serie de inmuebles colindantes, ¿entrarían dentro de la calificación de «inmueble de uso residencial»? Parece que sí. Y a la inversa, todos aquellos inmuebles que no sean susceptibles de cumplir una función doméstica como locales, naves industriales o solares —sin perjuicio de lo que señalaremos respecto de estos últimos al analizar el supuesto B— quedan fuera del ámbito de la LCCI.

- Duda: ¿qué ocurre con los préstamos con garantía hipotecaria para financiar la construcción de una vivienda para su posterior venta o en régimen de autopromotor? Si hacemos una interpretación amplia del concepto de inmueble de uso residencial 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 siempre que el presta-

tario/fiador/garante fuese una persona física. En nuestra opinión, esta postura supone llevar demasiado lejos el concepto de CCI y debería exigirse que la hipoteca recayera 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 o para financiar una construcción, la operación podrá entrar en el ámbito de la LCCI si se cumplen los requisitos del supuesto B que analizaremos a continuación, pero este sí exige la condición de consumidor en el prestatario/fiador/garante.

Supuesto B: Préstamos «cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir»

En este caso, además de que el prestatario/fiador/garante sea un consumidor y el prestamista tenga condición de profesional a los efectos de la LCCI, es necesario que concurren los dos requisitos que analizamos a continuación:

a) La finalidad del crédito: cuando la operación no entre en la calificación de CCI por razón de la garantía hipotecaria, bien porque se trate de otra garantía real no inmobiliaria (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 la LCCI, pero se ha de cumplir un requisito adicional relativo a la finalidad del préstamo: que el préstamo/crédito tenga por finalidad específica la de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre determinados inmuebles, lo que obligará a que se deje constancia en el documento de la finalidad del préstamo. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto anterior es importante la finalidad perseguida con la financiación, que ha de ser tanto la adquisición como la conservación de derechos de propiedad.

¿Qué se entiende por «*derecho de propiedad*» a efectos de la LCCI? Entendemos que el derecho de propiedad se contempla en un sentido amplio, con inclusión de formas más especiales de ese derecho, como la propiedad temporal o la propiedad compartida que ahora se regula en el CCCat (no lo sería, en cambio, un derecho de aprovechamiento por turnos). Por el contrario, quedarían fuera derechos que no sean propiamente dominicales, como el derecho de usufructo.

¿Qué se entiende por «*conservación*» de los derechos de propiedad? Claramente todos los supuestos de refinanciación dirigidos a la cancelación de un préstamo/crédito anterior. Y no necesariamente cuando el mismo se hubiese concedido para la compra del inmueble sino, también cuando el nuevo crédito sirva para cancelar un préstamo o crédito anterior cuyo impago pudiese poner en riesgo la propiedad sobre inmuebles de uso residencial. También entraría dentro de este concepto de conservación un préstamo concedido para la rehabilitación integral de un inmueble.

Existen, sin embargo, otros supuestos cuya inclusión en los conceptos de «*adquisición y conservación*» no está clara:

- ¿Qué ocurre con un préstamo que tenga por objeto *la construcción de un inmueble*? Este supuesto es discutible porque la norma habla de la finalidad de adquisición o conservación, por lo que si el inmueble ya era propiedad del deudor, el préstamo concedido para financiar la obra parece que no entraría en la categoría de CCI. Sin embargo, el precepto habla de inmuebles «*por construir*», de ahí que aunque la financiación de la construcción de una edificación con garantía hipotecaria quedaría fuera del supuesto A, según la posición que venimos manteniendo, podría entrar dentro del paraguas de la LCCI si el prestatario, fiador o garante es un consumidor y, a estos efectos, es indiferente que el préstamo esté garantizado o no con hipoteca, ya que el supuesto B no exige garantías, pero tampoco las excluye. Pensemos, por ejemplo, en el préstamo concedido al autopromotor o en un préstamo concedido a un promotor para financiar una promoción en que avala su cónyuge. Ahora bien, en este caso la calificación como consumidor del fiador dependerá del régimen económico matrimonial, pues de estar casado el promotor en régimen de gananciales la ganancia es común y el cónyuge no tendría la consideración de consumidor a estos efectos, salvo que constase en el Registro Mercantil la oposición del cónyuge a la actividad mercantil del promotor.
- ¿Y una simple *reforma*? Junto a la adquisición, la otra finalidad del préstamo puede ser la conservación, pero de los derechos de propiedad. Por ello, el término «*conservar*» no debe interpretarse en un sentido material como equivalente a reforma o mantenimiento del edificio, sino jurídico, como financiación necesaria para conservar el derecho sobre el bien inmueble. Por lo tanto, un préstamo para financiar la reforma de un inmueble quedaría fuera de la LCCI, salvo que el préstamo esté garantizado con hipoteca y se den el resto de elementos necesarios para que estemos en el supuesto A, dado que en el mismo resulta indiferente la finalidad del préstamo¹.

b) *Que tenga por objeto «terrenos o inmuebles contruidos o por construir»:* si nos ajustamos al tenor literal de la norma, entraría por esta vía cualquier inmueble, en rigor hasta los terrenos de naturaleza rústica, pues se emplea una conjunción disyuntiva al hablar de «*terrenos o inmuebles*». Pero, además, respecto de los segundos sólo se habla de inmuebles «*contruidos o por construir*», es decir, en el terreno ha de existir un edificio o proyectarse en el mismo una edificación, y como edificio sólo es una construcción techada con paredes, entraría cualquier uso, guarde o no relación con el uso residencial, entendido éste en el sentido am-

¹ A esta idea responde el Considerando 18 de la Directiva 2014/17/UE, que se refiere a los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial por importe superior a 75.000 €, señalando que los mismos deben entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CEE, la cual fue objeto de reforma por la propia Directiva 2014/17/UE en este sentido.

plio del supuesto A anterior, que también incluye los garajes/trasteros. De sostenerse esta tesis, sería un CCI, por ejemplo, un préstamo concedido a una persona física para la compra de una nave industrial para su posterior alquiler, pues la mera posibilidad de invertir los ahorros para lucrarse con el alquiler no excluye la condición de consumidor.

Ahora bien, hay que estar a la literalidad de la norma o ¿hay que entender en todo caso que ha de tratarse de inmuebles de uso residencial?

En nuestra opinión, **son varios los argumentos que avalan la necesidad del carácter residencial de los inmuebles para que entren dentro del ámbito de la LCCI:**

- El principal argumento es el preámbulo de la LCCI que, tras declarar que la misma tiene por objeto la trasposición de la Directiva 2014/17/UE, señala que dicha Directiva *«establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial»*, y aunque el legislador continúa diciendo que se ha extendido la protección a todas las personas físicas con independencia de su condición de consumidor en los créditos garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, no hace referencia alguna a la extensión de la protección a otro tipo de inmuebles.
- Por su parte, la Directiva 2014/17/UE, que en su artículo 3.1.b), relativo al ámbito de aplicación, habla de *«los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir»*, utilizando una terminología prácticamente idéntica a la de la LCCI, señala en su Considerando 13 que *«si bien la presente Directiva regula los contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante sobre bienes inmuebles de uso residencial, nada impide que los Estados miembros hagan extensiva a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva para proteger a los consumidores, ni que regulen de otro modo dichos contratos»*.
- Tanto en el artículo 24 LCCI, relativo al vencimiento anticipado, como en el artículo 25 LCCI relativo a los intereses de demora se alude expresamente a *«inmuebles de uso residencial»* y *«terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial»* y a *«inmuebles de uso residencial»* respectivamente, de ahí que a través de una interpretación sistemática podamos llegar a la misma conclusión.

Por todo ello, creemos que el **objeto del préstamo habrá de ser o bien un solar apto para la construcción de un inmueble de uso residencial o bien cualquier tipo de inmueble de uso residencial** —calificación que ya hemos analizado al comentar el supuesto A, aunque se encuentre en construcción y la finalidad del crédito sea precisamente la de financiar dicha construcción siempre que concurran el resto de requisitos necesarios.

¿Y qué ocurre con los supuestos mixtos? Nos referimos a aquellos en que el bien en parte está destinado a vivienda y en parte a un uso no residencial. Dos ejemplos: edificio de oficinas sin división horizontal en cuya planta baja está ubicada la vivienda del portero o una finca rústica de grandes dimensiones en la que hay enclavada una vivienda. ¿Quedan dentro del ámbito de la LCCI si se da el resto de requisitos? A nuestro juicio, en estos supuestos podría defenderse que hay que estar a la finalidad predominante del inmueble, si bien lo más probable en la práctica es que las entidades financieras incluyan estos supuestos dentro del ámbito de aplicación de la LCCI.

Finalmente, desde la perspectiva notarial, es importante tener en cuenta que en el supuesto B **es posible un CCI en póliza intervenida** cuando intervenga un prestatario/fiador/garante persona física consumidora, obviamente sin hipoteca, 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. En estos casos, las normas de transparencia a cargo del prestamista no cambian, pero el notario no debe levantar el acta del art. 15 LCCI, ni el prestatario tiene la «obligación» de prestarse al asesoramiento personalizado al que después nos referiremos. Ahora bien, convendrá incluir en la póliza 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. 14 LCCI que en el caso resulte pertinente (por ejemplo, no lo será el seguro de daños, o todas las alusiones al préstamo hipotecario y sus gastos).

3.2.3. CONTRATOS DE PRÉSTAMO EXCLUIDOS

La LCCI excluye toda una serie de préstamos de su ámbito de aplicación en su art. 2.4:

- Los 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.
- Los concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo.

Duda: ¿Qué ocurre en estos casos si los gastos notariales, registrales, fiscales y de gestión se imputan al consumidor? A nuestro juicio, los mismos se han de reputar coste, no gasto a estos efectos, por lo que es posible su imputación total al deudor sin que deje de operar la exclusión de la LCCI, siempre que el prestamista no reciba retribución por el préstamo.

- Los concedidos en forma de facilidad de descubierta y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes.
- Los que sean el resultado de un acuerdo ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación.
- Los 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.
- La hipoteca inversa.

3.3. *Elemento temporal*

La LCCI se aplica no solo en el momento de la concesión de los préstamos, sino también en los supuestos de subrogación pasiva y en los de novación posterior y ello aunque se trate de préstamos firmados antes de la entrada en vigor de la Ley, tal y como resulta expresamente de la Disposición Adicional Sexta y de la Disposición Transitoria Primera en su apartado 2. En cuanto a la subrogación activa nos remitimos a lo que diremos a continuación.

3.3.1. LA CONCESIÓN DEL PRÉSTAMO

El principal supuesto de aplicación de la LCCI es el de concesión de un CCI, que es cuando el prestatario/fiador/garante queda vinculado por la operación de financiación. ¿Y qué ocurre en los supuestos de ampliación posterior? Si únicamente se amplía la cantidad prestada y, en su caso, las garantías ya prestadas parece que no deberían aplicarse las normas de transparencia material, salvo que el préstamo sea anterior a la entrada en vigor de la LCCI. ¿Qué ocurre en aquellos casos en que firmado un préstamo con garantía hipotecaria sobre un inmueble de uso residencial, de forma sobrevenida en un momento posterior afianza la operación una persona física, ya sea en otra escritura o en póliza intervenida? ¿Y si lo que ocurre es que se firma una póliza de préstamo con una sociedad y a continuación, o en un momento posterior, se firma una escritura de hipoteca de máximo en garantía del mismo siendo el inmueble hipotecado una vivienda y el hipotecante no deudor una persona física? A nuestro juicio, en estos supuestos o cualesquiera análogos que se pudieran plantear hay que entender aplicable la LCCI, inclusive en cuanto al requisito del acta previa a la que luego aludiremos.

3.3.2. NOVACIÓN

Como ya hemos anticipado, la Disposición Adicional Sexta declara aplicable la LCCI a los supuestos de novación modificativa del préstamo. Por lo tanto, cualquier modificación de condiciones de un CCI dará lugar a que se tengan que aplicar las normas de transparencia que analizaremos a continuación.

¿Y si se trata de una novación subjetiva? Por ejemplo: si se incluye un nuevo deudor persona física en un préstamo hipotecario sobre vivienda con ocasión de la extinción de condominio sobre la misma adjudicándose la vivienda a un miembro de la pareja y liberándose al otro. A nuestro juicio, también en estos casos resultará la LCCI de aplicación siempre que exista la conformidad expresa de la entidad prestamista, aunque, eso sí, en todas las novaciones la documentación a entregar por la entidad financiera al prestatario, de conformidad con el artículo 14 LCCI, habrá de adaptarse a cada caso concreto, pudiendo limitarse a los extremos objeto de novación.

¿Y qué decir de aquellas novaciones en que únicamente se mejoren las condiciones del préstamo para el prestatario? En estos casos podría entenderse que la LCCI no resulta de aplicación, pero hay que ser cauteloso y prescindir de la norma solo cuando exista un beneficio objetivo evidente para el prestatario. Por ejemplo, si lo único que se nova es el tipo de interés remuneratorio, el cual es objeto de reducción. Fuera de un supuesto tan claro como el señalado, lo prudente es defender la aplicación de la LCCI.

3.3.3. LOS SUPUESTOS DE SUBROGACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Todas las disposiciones de la LCCI —por tanto, también el acta notarial a la que nos referiremos al analizar el control de transparencia— serán aplicables en la subrogación pasiva. Más discutible es el caso de subrogación activa.

A) La subrogación pasiva

La Disposición Adicional Sexta LCCI establece expresamente la aplicación de sus disposiciones a los «*supuestos de subrogación de deudor en la obligación personal cuando la misma se produzca con ocasión de la transmisión del bien hipotecado*». Ahora bien, hay que distinguir dos supuestos: a) aquél en que la subrogación es en realidad una asunción de deuda por parte del comprador sin que medie consentimiento de la entidad prestamista liberando al deudor originario, en cuyo caso no resulta de aplicación la LCCI; y b) aquellos en que el comprador se subroga en el préstamo con la aquiescencia de la entidad prestamista, en cuyo caso, si se cumplen los requisitos subjetivos anteriormente expuestos y los requisitos objetivos del supuesto A o B ya examinados, serán de aplicación las exigencias de transparencia de la LCCI que vamos a estudiar.

Por lo tanto, ¿qué ocurre en el caso de una venta o extinción de condominio con subrogación en la que el banco no comparezca para consentir el cambio de deudor? A nuestro juicio, en aquellos supuestos en que el banco no consienta expresamente debe entenderse que todavía no se ha producido en términos jurídicos el cambio de deudor (solamente habrá habido a efectos internos un acuerdo entre el primitivo deudor-vendedor y el nuevo deudor-comprador de asunción de deuda, pero sin efectos liberatorios para el primero). Esta afirmación, sin embargo, debe matizarse en el caso de entregas de viviendas por el promotor con subrogación acreedora, porque en la práctica, aunque la entidad no comparezca, siempre existe una aprobación previa por parte de la misma del nuevo deudor —ya se habrá asegurado el promotor de ello—; la propia venta con subrogación suele ir seguida de una novación de las condiciones del préstamo y así parece inferirse de la Disposición Adicional Séptima². En nuestra opinión, estos y otros supuestos que hasta ahora se planteaban ocasionalmente en la práctica en los que el banco consentía de manera tácita la subrogación sin comparecer en el otorgamiento de la escritura en la práctica van a desaparecer, pues, de lo contrario, las entidades financieras podrían incurrir en responsabilidad por haber eludido el cumplimiento de sus obligaciones. Además, la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos de transparencia material en estos casos podría suponer a efectos registrales la inscripción del comprador como tercer poseedor.

Ahora bien, en estos casos de subrogación pasiva la exigencia de entregar una copia del proyecto de contrato habrá de adaptarse, pues la escritura de compraventa es cosa del vendedor, por lo que habrá de limitarse a las cláusulas relativas a la hipoteca. En la práctica, buena parte del clausulado del préstamo inicial no se transcribe en la escritura de compraventa con subrogación, sólo algunas de sus cláusulas, bien porque se novan, bien porque es necesario especificar algunas de las opciones previstas en el préstamo del promotor, bien por una mera exigencia de claridad. El resto lo habitual es que se incorpore por simple remisión. Por eso, para cumplir con el principio de transparencia, además de la minuta con las cláusulas que deban figurar en la compra, será necesario entregar una copia completa del préstamo hipotecario del promotor (sin incluir el resto de fincas).

B) La subrogación activa

La LCCI modifica la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, con el objetivo de facilitar la subrogación activa por cambio de acreedor mediante la privación a la entidad originaria del préstamo del derecho de enervación.

² La Disposición Adicional Séptima LCCI obliga al 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 a comunicarlo a la entidad prestamista con una antelación mínima de 30 días a la fecha prevista para la firma de la venta para que esté pueda analizar su solvencia y cumplir con los requisitos de información precontractual y resto de obligaciones establecidas en la LCCI.

En virtud de dicha modificación, el procedimiento de subrogación activa queda articulado de la siguiente forma: La entidad dispuesta a subrogarse presentará una oferta vinculante al deudor hipotecario. Aceptada por la misma, la entidad financiera habrá de notificar a la acreedora la aceptación de la oferta requiriéndole para que entregue en un plazo máximo de 7 días naturales certificación del importe del débito del deudor. A la vista del requerimiento, la entidad acreedora podrá hacer una oferta de novación en los términos que estime convenientes, sean o no mejores que los de la entidad que pretende subrogarse, pero el deudor será libre de aceptarla o no, aunque sean mucho mejores que los de la nueva. Simplemente, se han de esperar quince días desde la entrega de la certificación y sólo cuando haya transcurrido ese plazo sin que el deudor haya formalizado con la entidad acreedora originaria la novación modificativa del préstamo/crédito (y esto es algo que sólo depende de su voluntad) podrá otorgarse la escritura de subrogación.

Las novedades introducidas en el procedimiento de subrogación son las siguientes:

- **Se ha eliminado el derecho de enervación** por parte del acreedor originario.
- Ha desaparecido toda referencia a que el requerimiento se haga por conducto notarial. En la anterior regulación resultaba bastante más clara la necesidad de intervención del notario en esta fase previa, precisamente por la necesidad de respetar el derecho de enervación del primer acreedor, pero en la segunda ese argumento pierde fuerza. Esto, unido a que no se menciona al notario para esos trámites, lleva a pensar que podrá hacerse sin su intervención. Cuestión distinta es que en la escritura de subrogación se deba dejar constancia de los trámites seguidos y de la fecha de notificación.
- Se establece expresamente el carácter obligatorio de la expedición de la certificación del débito del deudor por parte de la entidad acreedora requerida al efecto. ¿Qué pasará si, como es habitual ahora en la práctica, la entidad notificada no emite la certificación o lo hace fuera del plazo de 7 días naturales? A nuestro juicio, tal y como acontecía bajo la regulación anterior, puede interpretarse que el vencimiento del plazo de los 7 días sin haberse emitido la certificación da derecho a la subrogación por la nueva entidad, si bien razones de prudencia aconsejan a dejar transcurrir el plazo de 15 días que la Ley establece y será entonces cuando procederá la subrogación, teniendo que calcular la nueva entidad el débito bajo su responsabilidad. Todo ello sin perjuicio, claro está, de las sanciones en que pudiese incurrir la entidad financiera incumplidora, en su caso.
- También se ha eliminado la obligación de subrogarse respecto de las demás hipotecas del mismo acreedor sobre la finca. Esto obligará a pactar la igualdad de rango, o establecer como causa de vencimiento anticipado

la subrogación de otra entidad en el primer préstamo, normalmente con la previsión de que en ese caso también se devengaría la comisión por cancelación anticipada.

- No está previsto el depósito de la suma ante el notario, ya que ahora se establece que la entidad acreedora en ningún caso podrá negarse a recibir el pago, por lo que en todo caso el acreedor subrogado habrá de declarar en la escritura de subrogación haber pagado a la entidad acreedora el capital pendiente y los intereses devengados y no satisfechos.
 - La gran novedad en materia de subrogación activa es la **obligación de reintegrar al prestamista subrogado por parte del subrogante en la parte proporcional del impuesto y gastos que le correspondieron al mismo con ocasión de la concesión del préstamo**. El legislador, consciente de que el sistema de reparto de gastos entre deudor y prestamista que introduce la LCCI —y al que aludiremos más adelante— puede perjudicar gravemente al prestamista inicial en caso de subrogación activa, y al margen de los costes propios de esa subrogación que es asunto entre el nuevo acreedor y el deudor, ha dispuesto un singular sistema de reparto entre ambos prestamistas de los gastos iniciales:
 - + En el caso del impuesto pagado por la cuota variable de AJD, documentos notariales, se deberá efectuar la liquidación del impuesto que correspondería a una base imponible integrada por la cantidad total garantizada, entendiendo por tal la constituida por el importe del préstamo pendiente de amortización en la fecha de la subrogación y «*los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento y otros conceptos análogos, que se hubieran establecido*». A pesar de la terminología confusa que emplea la norma entendemos que lo que hay que hacer es partir de la responsabilidad hipotecaria y rebajarla a estos efectos en la misma proporción que el capital por razón de la deuda pendiente y sobre la base resultante aplicar el mismo tipo de AJD que se aplicó en su día. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada el importe resultante de dicha liquidación, con ocasión de hacer el pago por capital/intereses/comisiones. Las discrepancias sobre dicha suma habrán de resolverse por el sistema previsto en el art. 2 de la Ley 2/1994. De esta forma, se compensa a la entidad subrogada en la parte proporcional de AJD correspondiente al capital que quede por pagar.
- ¿Qué ocurrirá si en la subrogación cambia la cifra de responsabilidad, por ejemplo, al pasar a tipo de interés fijo (en variable se habrá fijado un tipo máximo, quizá muy superior), y por consiguiente el de demora, ya que el recargo se aplica sobre el ordinario? A pesar de ello, entendemos que el cálculo se debe hacer siempre sobre los intereses y condiciones inicialmente pactados, ya que se trata de compensar al anterior acreedor por los gastos en que incurrió.

- + En cuanto al resto de los gastos que hubiese satisfecho la entidad subrogada, el criterio de reparto proporcional será igual que en el supuesto anterior, partiendo igualmente de la cifra de responsabilidad hipotecaria. La entidad subrogante deberá reintegrar a la subrogada la parte de dicha suma que corresponda al préstamo pendiente de amortización.
- + Cuando sean varias las subrogaciones que se realicen durante la duración del préstamo habrá de repetirse la operación, tomando como referencia para las subrogaciones ulteriores la suma pagada por el acreedor inmediatamente anterior por ese mismo concepto, a quien deberá satisfacerse la oportuna compensación.

Duda: ¿Deberían incluirse en este caso en el cálculo los gastos propios en los que hubiera incurrido dicho acreedor por haber subrogado anteriormente el préstamo (escritura de subrogación, gestión de la misma, RP), ya que son propiamente sus gastos de «*constitución*»? Entendemos que sí. Para ello habrá que tener en cuenta el importe de la deuda pendiente en el momento de aquella subrogación y de la nueva.

Finalmente, hay que apuntar que aunque no lo diga expresamente la LCCI existen diversos argumentos para defender que todas las normas de transparencia son de aplicación a los supuestos de subrogación activa siempre que estemos ante un CCI: la propia modificación del régimen de subrogación activa por la LCCI en los términos señalados; la Disposición transitoria, apartado 2, que se refiere genéricamente a la «*subrogación*» al declarar la aplicación de la Ley a los contratos anteriores objeto de novación o subrogación; y finalmente el hecho de que, como regla general, las subrogaciones activas implican una novación de condiciones. De hecho, una subrogación en la que únicamente se produzca el cambio de la entidad acreedora, pero sin variar ninguna de las condiciones del préstamo —aunque a la vista de la nueva regulación teóricamente sería posible— es altamente improbable aunque, eso sí, si se diera este supuesto, sería defendible la no aplicación de las normas de transparencia que pasamos a analizar.

II. NORMAS DE TRANSPARENCIA

1. Ámbito

Uno de los principales objetivos de la LCCI es garantizar el cumplimiento del principio de transparencia material en relación con los préstamos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la ley, que son los definidos en el art. 2 de la LCC analizados en el epígrafe anterior. Para ello, establece en su art. 14 una serie de normas de transparencia para los préstamos inmobiliarios que vamos a desgranar a lo largo de este epígrafe.

Las normas de transparencia tienen por objeto los CCI, con independencia de la vía documental en que se formalicen. Por tanto, se aplican no solo a los préstamos hipotecarios, sino que son de aplicación en la comercialización de los CCI, y por tales hay que entender todos aquellos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI, conforme se ha fijado en el epígrafe I anterior. Es decir, su ámbito de aplicación va más allá de los préstamos hipotecarios.

Por ello, los CCI que se formalicen en póliza (imaginemos un préstamo personal concedido a un consumidor, o garantizado con fianza o prenda por un consumidor, y que se destine a la adquisición de un inmueble de uso residencial) también quedarán sujetos a las normas de transparencia material que establece la LCCI, sin perjuicio de que no deban ser objeto del acta previa regulada en el art. 15 LCCI, al circunscribirla el art. 15.2 a los préstamos hipotecarios, como comentaremos más adelante con algo más de detalle en el epígrafe III.1.

Además, como hemos señalado al analizar el ámbito de aplicación de la LCCI en el epígrafe anterior, **las normas de transparencia se van a aplicar** no solo en la formalización de los préstamos inmobiliarios que caen dentro del ámbito de aplicación de la LCCI, sino **también a los supuestos de subrogación activa de los mismos sin perjuicio de lo reseñado al respecto, subrogación del deudor en la obligación personal** cuando la misma se produzca con ocasión de transmisión del bien hipotecado (subrogación pasiva) **y a los de novación** modificativa. Por tanto, todas las normas de transparencia y el control notarial que se van a analizar deberán entenderse aplicables a estos supuestos.

Ahora bien, en el caso de la subrogación pasiva, tal y como apuntábamos en el epígrafe anterior, no en todos los casos en los que haya una transmisión de finca hipotecada con asunción por el adquirente de la deuda garantizada habrá necesariamente que cumplir con las normas de transparencia que establece esta ley. Es el caso de la transmisión hereditaria de finca hipotecada en la que los herederos reciben el inmueble hipotecado y además asumen la deuda garantizada con la hipoteca (siempre que esta fuera responsabilidad de su causante). En estos casos, nuestra opinión es que no es necesario cumplir con las normas de transparencia y los requisitos que establecen los artículos 14 y 15 LCCI, pues la subrogación de los herederos no es tal, en tanto en cuanto lo que estos hacen es asumir las deudas de su causante tal cual existían, y por su parte al prestamista no le cabe la posibilidad de aceptar o no esa subrogación, *opera ex lege*.

En definitiva, las normas de transparencia que establece la LCCI se aplicarán solo a aquellos supuestos de subrogación pasiva que se produzcan por la voluntad del adquirente-nuevo deudor de asumir esa financiación, siempre que medie el consentimiento de la entidad acreedora. Por ejemplo, en un caso de extinción del proindiviso de finca hipotecada en los que el adjudicatario asume la obligación de pagar íntegramente la deuda liberando al comunero no adjudicatario, consideramos que no serían de aplicación las normas de transparencia que fija la LCCI, y ello porque en realidad el comunero adjudicatario no se está subrogando en

obligación alguna, sino que está asumiendo el pago íntegro de una obligación que ya ostentaba con carácter solidario junto con el otro comunero saliente frente a la entidad prestamista. Ello, claro, siempre que no comparezca el Banco para acceder a la liberación del comunero saliente y haya a continuación una novación de las condiciones del préstamo, en cuyo caso sí que entraríamos dentro del ámbito objetivo de la LCCI.

Finalmente, hay que tener presente que las normas de transparencia están encaminadas a proteger no sólo al prestatario, sino también a las personas físicas que intervengan como fiadores o garantes reales del préstamo inmobiliario, y así, el art. 15.4 LCCI establece que las normas de protección a los prestatarios que prevé esta Ley se extienden a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo. Confirman este ámbito subjetivo de aplicación el art. 22 de la Orden EHA/2899/2011 (según la redacción dada por la Orden ECE/482/2019), que establece que la FIAE debe entregarse al prestatario y también, en su caso, a la persona física que sea fiador o garante; y el art. 26.2 de la misma Orden que, para operaciones a interés variable, contempla la obligación de entregar el documento informativo con las posibles cuotas en distintos escenarios de evolución del tipo de interés no solo al prestatario, sino también al garante o fiador persona física.

En definitiva, **la transparencia material debe cumplirse no solo respecto al prestatario, sino también respecto al fiador o garante real que tenga la condición de persona física** (no siendo necesario a estos efectos que tenga la condición específica de consumidor si el préstamo inmobiliario tiene la consideración de CCI por cumplirse los demás parámetros necesarios para que nos encontremos en el supuesto A ya analizado).

2. Contenido

Las normas de transparencia exigen por parte del prestamista (o en su caso, el intermediario del crédito o su representante designado) tanto la entrega al prestatario de una serie de documentación que permita al prestatario tener un conocimiento completo y cabal de las condiciones del préstamo (FEIN, FiAE y otra documentación de interés detallada en el art. 14.1 LCCI) como el suministrarle toda la información que fuera necesaria, particularmente respondiendo a las cuestiones que el prestatario le pudiera plantear en relación con la propuesta efectuada. Nos centraremos en el análisis de la documentación a entregar, pues el resto de extremos de las normas de transparencia que establece el art. 14 LCCI no están directamente relacionados con la labor notarial y están específicamente dirigidas al prestamista.

La documentación que necesariamente debe entregarse al prestatario y también a fiadores o hipotecantes personas físicas es la siguiente:

2.1. *Ficha Europea de Información Normalizada —FEIN— (Art. 14.1.a) LCCI)*

Esta ficha sustituye a la FIPER, que desaparece. El contenido y formato de la FEIN viene definido en el Anexo I de la LCCI. Hay que subrayar que tiene un formato uniforme para toda la UE, y en ella se recogen todas las condiciones financieras relevantes del préstamo inmobiliario ofertado al prestatario por el prestamista. Es, por tanto, una ficha personalizada para cada prestatario, que tiene en cuenta sus características personales.

La FEIN pasa a tener —también— la consideración de oferta vinculante durante el plazo pactado en la misma hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de diez días naturales desde la remisión de la documentación, pero puede ser por más tiempo si así se pacta. En este sentido, en la FEIN deberá indicarse el plazo de validez. Por ello, mientras esté vigente como oferta vinculante el prestamista no puede cambiar las condiciones ofertadas. Eso no excluye que, superado el plazo de vigencia como tal oferta, se puedan mantener dichas condiciones si el prestamista accede a ello. Ahora bien, si en el momento de firmar el acta previa la oferta está caducada o no queda al menos un día de vigencia que posibilite la firma del préstamo hipotecario durante la vigencia de la oferta, pueden ocurrir dos cosas: o bien que la entidad financiera esté de acuerdo en firmar pese a haber transcurrido el plazo de la oferta vinculante o que no lo esté. En estos casos, para la firma del acta la entidad financiera habrá de prorrogar la vigencia de la FEIN/oferta vinculante comunicándolo a través en la plataforma notarial y adicionando una nueva TAE, todo ello antes del plazo de expiración de la oferta inicial, circunstancia que habrá de ser comprobada por el notario. ¿Y qué pasaría si, firmada el acta vigente la FEIN, la caducidad sobreviene con posterioridad antes de la firma de la escritura y sin que la entidad financiera haya prorrogado la vigencia en plazo? En tal caso, entendemos que si la entidad financiera manifiesta en la escritura que ha prorrogado la vigencia de la oferta y se comprueba que las condiciones no han cambiado, se podría autorizar la escritura.

Lógicamente, en el caso de las novaciones modificativas, la FEIN deberá recoger exclusivamente las nuevas condiciones que la entidad prestamista oferta al prestatario, no la totalidad de las previsiones que para la FEIN establece el Anexo I de la LCCI.

2.2. *Ficha de Advertencias Estandarizadas —FiAE— (Art. 14.1b) LCCI)*

Esta ficha recoge una serie de advertencias específicas sobre ciertas cuestiones que se consideran de especial relevancia. El contenido de la FiAE queda fijado en el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, en la redacción dada por la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, que entra en vigor el 29 de julio de 2019, por lo que hasta dicha fecha las advertencias a recoger en la FiAE que debe necesariamente entregarse habrán de hacerse en los términos del art. 14.1.b) LCCI, pero

sin ajustarse a ese formato estandarizado. Y si bien la redacción del mencionado apartado podía dejar la puerta abierta a que la FiAE, además de las menciones que recoge, pudiera hacer referencia a otros elementos relevantes del préstamo, sin embargo, el Anexo II de la Orden impone un contenido estandarizado al que parece que deberán ajustarse necesariamente las fichas de advertencias que se entreguen.

En concreto, la FiAE debe advertir sobre lo siguiente:

- + Índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable.
- + 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.

Esta previsión, que si solo aplica a las operaciones a tipo de interés variable no tiene demasiado sentido a la vista del texto normativo final de la LCCI, pues la misma establece en su art. 21 que en las operaciones a interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés, y el interés remuneratorio en estas operaciones no podrá ser negativo (art. 21.3 y 21.4 LCCI). Consciente de ello, el ejecutivo, al dictar la Orden ECE /482/2019, de 26 de abril, que fija el contenido de la FiAE, no recoge esta mención y, sin embargo, sí que añade la mención a la existencia de límites máximos al tipo de interés (techo).

- + Posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados de ello.
- + Distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo.

Hay que recordar que la distribución de gastos se ha fijado *ex-lege* en el art. 14.1.e) LCCI, por lo que la FiAE deberá recoger necesariamente ese contenido.

- + Que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

2.3. Otra documentación que debe entregarse [Art. 14.1.c) a f) LCCI]

- + En los préstamos 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 a lo recogido en la FEIN y en la FiAE. Es decir, no bastará una minuta con dife-

rentes opciones y espacios en blanco para ser rellenados, sino que debe ser un borrador ya personalizado y completo del contrato a firmar. En buena lógica este borrador solo se referirá a las cláusulas contractuales, no debiendo recoger otras cláusulas que habitualmente se incluyen en las escrituras de préstamo hipotecario o en las pólizas bancarias y que hacen mención a aspectos no contractuales, sino informativos, para el deudor, tales como la protección de datos personales, servicio de atención al cliente y similares. Además habrá de incorporar, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, entendiéndose cuando vayan a cargo del prestatario, en cuyo caso deberán ajustarse necesariamente a lo dispuesto en el art. 14.1.e) LCCI.

- + Información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario.
- + Cuando el prestamista 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 exigido.

Se está haciendo aquí referencia al seguro de protección de pagos y al seguro de daños sobre el inmueble que en su caso se hipoteque, pues son los únicos cuya venta vinculada al préstamo admite el art. 17 LCCI. Respecto al «*resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario*» —expresión empleada tanto por el art. 14.1.f) como por el art. 17 LCCI— que el prestamista pueda exigir contratar al prestatario, a día de hoy no se nos ocurre a cuáles puede hacer referencia la LCCI, siendo quizá una mención legal para dejar abierta la puerta a que en un futuro la normativa de mercado hipotecario pueda establecer otros seguros hoy no previstos y evitar tener en tal caso que modificar necesariamente la LCCI.

Por lo tanto, hay que destacar que no se trata de cualquier seguro que el prestatario pueda contratar en el marco del préstamo inmobiliario para, por ejemplo, gozar de unas mejores condiciones de tipo de interés, como puede ser un seguro de vida, sino solo aquéllos cuya suscripción el prestamista está en condiciones de requerir. Los seguros de cobertura de interés, que permiten al deudor cubrirse de las variaciones del tipo de interés en las operaciones a tipo variable, también caerían fuera de esta obligación.

En estos casos, el notario deberá comprobar que el prestatario está informado de las condiciones de los seguros vinculados y de su derecho a presentar pólizas alternativas de aquellos proveedores que ofrezcan unas condiciones y prestaciones equivalentes.

- + Una advertencia sobre la «obligación» del «prestatario» de comparecer y recibir asesoramiento por parte del notario que elija para la firma del préstamo hipotecario. Llama la atención que el legislador en este inciso se olvide del fiador/garante persona física que también habrá de comparecer ante notario y firmar el acta a que aludiremos más adelante.
- + Manifestación firmada por el prestatario de recepción de la documentación y de las explicaciones del profesional. Basta su firma en un documento impreso redactado por el mismo profesional. Se firma directamente al profesional y será suficiente con que reseñe la documentación entregada, así como la declaración de que su contenido le ha sido explicado por el profesional.

Duda: De intervenir un fiador/garante persona física, ¿también deberá ser firmada por éstos o basta con su comparecencia en el acta notarial? Lo cierto es que la literalidad de este inciso y del relativo a la obligación de acudir al notario para recibir asesoramiento personalizado se refiere únicamente al prestatario. Sin embargo, dado que, como hemos indicado al comienzo de este epígrafe II.2, las normas que establece la LCCI de protección a los prestatarios se extienden a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo (art. 15.4 LCCI), entendemos que toda esta documentación analizada también deberá entregarse al fiador o garante persona física, quien también deberá firmar la manifestación mencionada en el apartado anterior y deberá quedar advertido de su obligación de recibir asesoramiento notarial.

2.4. Exigencias adicionales de la legislación autonómica

Dando por supuesto que la FEIN es intocable, el problema se plantea con el contenido de la FiAE, o de otra ficha/documento complementario que la CA puede exigir (Cataluña, Andalucía). Todas estas exigencias adicionales quedan sin efecto por contravenir la reserva al Estado de la DA 5.^a LCCI. Las CCAA no pueden alterar los modelos normalizados (a estos efectos, tanto la FEIN como la FiAE), ni pueden exigir otros complementarios, pues esto produciría confusión en el prestatario y distorsionaría el objeto de la normativa básica de transparencia. Lo mismo cabe decir de la actuación del notario, que también algunas leyes autonómicas han querido regular. En este momento la regulación estatal es completa y exhaustiva, tanto en el alcance de su actuación como en la forma en que debe comportarse, y por eso ninguna legislación autonómica podría alterar esas pautas, ni siquiera estableciendo requerimientos adicionales pretendidamente más garantistas. El notario debe limitarse a actuar en la forma prevista en el art. 15 LCCI.

2.5. Explicaciones adicionales a cargo del profesional

El resto de consultas acerca del préstamo hipotecario formuladas por el prestatario y a las que deberá dar respuesta el prestamista, ex art. 14.2 LCCI, no deben

remitirse al notario, que sólo comprueba la entrega de la documentación básica que exige el art. 14.1 LCC. En consonancia, el notario tampoco deberá comprobar la información adicional que debe entregar el intermediario al prestatario.

3. Plazo de entrega

La documentación antes reseñada debe ser entregada al prestatario/ fiador/ garante) sin demora injustificada una vez el profesional disponga de toda la información necesaria sobre la situación y necesidades del deudor, y **nunca con menos de diez días naturales de antelación a la firma del contrato de préstamo inmobiliario** (ya sea de la escritura de préstamo hipotecario o de la póliza bancaria, que podrá ser intervenida notarialmente o no)³.

Este plazo de 10 días es irrenunciable, en coherencia con el carácter imperativo de toda la ley, por lo que necesariamente habrá que esperar los diez días desde que se entregue la documentación al prestatario (y en su caso al fiador o garante) para poder formalizar el préstamo inmobiliario. Siendo este plazo el mínimo, evidentemente no habrá problema si la documentación se ha entregado con una antelación superior a esos diez días.

4. Remisión al notario

En aquellos casos en que el préstamo inmobiliario revista la modalidad de préstamo hipotecario, toda la documentación anterior, junto a la manifestación firmada por el prestatario, deberá remitirse al notario elegido por el prestatario a los efectos del acta correspondiente (art. 14.1.1^o LCCI en conexión con el art. 15.2 LCCI). Esta remisión se debe hacer necesariamente por medios telemáticos seguros, cuyas especificaciones se han determinado reglamentariamente a través del Capítulo IV del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, y que deben cumplir una serie de requerimientos técnicos y exigencias mínimas que detalla el art. 11 de este Real Decreto, destacando en lo que aquí interesa lo siguiente:

- + El sistema debe permitir la conexión con la totalidad de los notarios, a fin de asegurar la libre elección de notario por el prestatario, así como el acceso permanente y la descarga de la documentación por el notario elegido por el prestatario.

³ De acuerdo con la Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, el plazo será de **14 días** para todos los notarios con plaza demarcada en Cataluña al estar vigente el art. 262.4 del Código de Consumo aprobado por la Comunidad Autónoma, el cual habrá de computarse de forma idéntica al de 10 días. No compartimos esta opinión ya que, de un lado, a nuestro juicio la normativa autonómica en esta materia habría quedado desplazada por la normativa estatal por contravenir la reserva al Estado de la DA 5.^a LCCI; y de otro, porque de ser aplicable el plazo de los 14 días lo sería a todos los consumidores con residencia en Cataluña, con independencia del lugar de autorización de la escritura de préstamo, por ser éste el ámbito de aplicación del Código de Consumo citado.

- + El sistema debe permitir al notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación, para su puesta a disposición del mismo notario, los citados documentos firmados por el prestatario.

Si bien la LCCI habla de la puesta a disposición del notario de la documentación, no del cliente, necesariamente antes éste la habrá tenido que recibir, pues en otro caso no se cumpliría el requisito de su firma en la manifestación de entrega.

- + El sistema deberá garantizar que no se ocasione ningún coste, directo o indirecto, para el cliente por el hecho de esa remisión de documentos.
- + Deberá quedar organizado de modo que el cliente pueda dirigirse a cualquier notario de su libre elección para que éste, con carácter previo a la firma del préstamo, extraiga la documentación para preparar y autorizar el acta y la escritura, siendo debidamente informado del derecho de elección de notario que tiene y que puede ejercitar por este medio. Como la remisión se hace por el profesional, no por el cliente, habrá de ser aquél quien ponga a disposición del cliente los medios para esa elección.

III. COMPROBACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL: EL ACTA NOTARIAL PREVIA

Este apartado, que para la práctica notarial es uno de los aspectos principales de la LCCI, se encuentra regulado en el art. 15 LCCI, que ha sido desarrollado por el art. 12 del RD 309/2019, y ha sido objeto de interpretación por la DGRN en la Resolución de 16 de mayo de 2019 en consulta formulada por el CGN. Siendo esencial en la LCCI el respeto al principio de transparencia material, el legislador ha decidido apoyarse en el Notariado para la comprobación del respeto de este principio, con carácter previo a la formalización del préstamo mediante un acta notarial que denominaremos «acta previa», y cuyo objeto principal es comprobar que las obligaciones previstas en el art. 14.1 LCCI se han cumplido en tiempo y forma. La comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material por medio del acta notarial del art. 15 LCCI constituye la piedra angular del sistema diseñado por la LCCI. Son muchas las cuestiones que se plantean y que la práctica diaria, y probablemente la intervención de las instancias colegiales o de la DGRN, irán aclarando. Vamos a intentar ahora aclarar y comentar algunas de ellas

Antes de nada precisar que **esta comprobación previa notarial no debe realizarse** respecto de todos los préstamos que entren en el ámbito objetivo de la Ley, es decir, **respecto a todos los préstamos inmobiliarios conforme los define el art. 2 de la LCCI**, sino única y exclusivamente respecto de aquéllos que estén **garantizados con hipoteca inmobiliaria**, pues así se deriva de la literalidad del art. 15.2 LCCI, que contempla esta comprobación notarial previa respecto a la formalización de los préstamos hipotecarios (a los que deben asimilarse los crédi-

tos hipotecarios conforme a lo ya explicado previamente). Además, la Resolución DGRN de 16 de mayo de 2019 ha delimitado aún más el ámbito objetivo del control de transparencia material al circunscribirlo a aquellos préstamos hipotecarios que tengan por objeto un inmueble de uso residencial.

Analizaremos la extensión subjetiva y objetiva de la comprobación de la transparencia material que debe efectuar el notario, efectuando una reflexión sobre la libre elección del notario que lleve a cabo esta labor de comprobación.

1. Extensión subjetiva

De la literalidad de la LCCI resulta que el prestamista debe entregar toda la documentación que prevé el art. 14.1 al prestatario y también habrá de hacerlo al fiador o garante que sea persona física (art. 15.4 LCCI), conforme se ha explicado en el epígrafe II.1.2, de manera que la comprobación del notario deberá extenderse a todo ello. Insistir, por tanto, en que el **asesoramiento notarial previo deberá prestarse también al fiador o garante que sea persona física**, y esto implica que el procedimiento informativo y controlador que vamos a desglosar se aplicará, aunque sea sólo por razón del avalista o hipotecante persona física, siendo el prestatario una persona jurídica. Y reiterar, aunque pueda resultar redundante, que el control de transparencia material y el acta notarial previa que ahora analizamos no serán necesarios en los préstamos hipotecarios que caigan fuera del ámbito de la LCCI.

¿Y qué ocurre con el prestatario persona jurídica? ¿Es necesario que reciba toda la documentación de la entidad prestamista y posteriormente, debidamente representado, comparezca en la notaría para el acta notarial previa? Se trata de una cuestión discutible en tanto que de la literalidad de la LCCI parece inferirse que las normas de transparencia y su comprobación notarial se han de cumplir siempre respecto del prestatario con independencia de su condición cuando estemos ante un CCI hipotecario. Sin embargo, una interpretación teleológica de la normativa nos lleva a pensar que en los casos en que es la condición de persona física del fiador o garante lo que determina la calificación de un contrato de CCI, solo éstos serán los que han de recibir la documentación a que obliga el art. 14 LCCI y solo respecto de ellos es preceptiva la intervención notarial mediante la autorización del acta previa a que aludiremos a continuación. En espera de un pronunciamiento de la DGRN sobre esta cuestión, quizá lo más prudente sea entender que las normas de transparencia también son exigibles respecto del prestatario persona jurídica, el cual habrá de comparecer también en notaría para el acta previa.

Lo que sí parece indudable es que en este trámite no habrán de intervenir otras personas, aunque deban prestar su consentimiento en la escritura, como el cónyuge —no propietario— del hipotecante, o la pareja estable en el caso de alguna

legislación autonómica. Y que tanto la persona jurídica fiadora como la persona jurídica garante quedan excluidas del acta previa.

La comparecencia a los efectos del acta previa para recibir el correspondiente asesoramiento por el prestatario y el fiador o garante ante el notario es obligatoria y personal, aunque no personalísima. Entendemos que no cabe la figura del mandatario verbal, si bien el acta podrá hacerse por medio de apoderado como expresamente contempla el art. 12.1.b) del RD 309/2019, siendo en este caso aplicables las reglas generales de la comparecencia por apoderado, esto es, valdría tanto un poder general como un poder especial que incluya facultades para la firma de préstamos con garantía hipotecaria sin que sea necesario que expresamente se autorice para la firma del acta previa. El apoderado ha de estar autorizado para el negocio en su conjunto, y por eso también se incluye recibir la información previa. No obstante, si al final viene el interesado a firmar la escritura de préstamo hipotecario, valdrá el acta previa entendida con su apoderado, pues en el acta se comprobaron unos requisitos objetivos y se ofrecieron las explicaciones demandadas por el representante, siendo de su incumbencia transmitir las a su principal. Esto no excluye que también aquél pueda pedir las en el momento de la escritura, y será conveniente dejar constancia de ello en la escritura. Y a la inversa, será posible que el prestatario firme el acta y luego comparezca un apoderado a la escritura. Lo que no parece posible es un poder especial que sólo autorice para el acta o la declaración firmada, y que luego el interesado firme personalmente la escritura. Por otro lado, nada se opone a que una misma persona ostente la representación de varias, ya sean los representados prestatarios y/o garantes, siempre que el poder lo contemple expresamente.

2. Extensión objetiva

2.1. Libre elección de notario

La actuación notarial previa que ahora analizamos tiene un fundamento esencial que es la libre elección del notario por el prestatario, la cual es necesario comentar siquiera brevemente, pues explica toda la mecánica a seguir.

Uno de los aspectos esenciales de la LCCI es la libre elección de notario, que se reconoce de forma expresa al prestatario a lo largo de todo el articulado de la ley. El notario, como funcionario independiente, está encargado por ley de velar por el cumplimiento del principio de transparencia material y se considera como esencial que el prestatario pueda libremente elegir al notario que le va a prestar el asesoramiento, articulando la LCCI para ello un procedimiento que busca evitar que sea la entidad prestamista la que elija a dicho notario.

El prestatario elige notario para la autorización del acta previa, y este notario elegido ha de ser el mismo que recibe la documentación para el contrato principal y posteriormente autorice la escritura de préstamo hipote-

cario (entiéndase para el protocolo del mismo notario, aunque pueda ser otro el notario que finalmente firme la escritura), idea que confirma el art. 14.II LCCI al dejar claro que la documentación se remite al notario «*para preparar el acta y la escritura*» y ratifica expresamente el art. 11.1.b) del RD 309/2019.

Por lo tanto, no cabe coger la copia del acta previa y firmar después la escritura de préstamo hipotecario con otro notario distinto, pues el legislador ha querido que ambos documentos formen una unidad, en gran medida justificada porque la retribución final del notario se vincula a la firma de la escritura, de ahí que no se deban disociar. Por decirlo de un modo plano, el notario empieza a firmar la escritura cuando interviene en el acta. Por eso ningún notario podría aceptar el acta autorizada por otro, y consiguientemente la hipoteca tampoco sería inscribible. Incluso, el notario autorizante del acta podría denegar la expedición de la copia, pues el acta sólo tiene sentido en función de la escritura de préstamo hipotecario posterior. Ahora bien, esto no quiere decir que, firmada el acta por un notario, no pueda otro por imposibilidad accidental del primero firmar la escritura de préstamo hipotecario, aunque, eso sí, en todo caso para el protocolo del notario autorizante del acta previa.

En cuanto a la forma de elección del notario por el prestatario, esta cuestión ha sido abordada por la Resolución DGRN de 16 de mayo de 2019, que se manifiesta a favor de que la elección pueda ser presencial, compareciendo al efecto en el despacho del notario, o bien por medios a distancia seguros, resultando idóneo un mecanismo telemático que permita, a través de una plataforma electrónica, la conexión con todos los notarios de España, la libre elección del prestatario, de modo que el mismo pueda hacer uso de la plataforma desde su domicilio y, en todo caso, fuera de las dependencias del prestamista.

En todo caso, el ejercicio de este derecho debe acomodarse a lo previsto en el art. 126 RN, por lo que el prestatario no podrá imponer un notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio.

Por último, aclarar que el derecho a elegir al notario corresponde al prestatario, aunque este sea persona jurídica y la operación entre en el ámbito de la LCCI por razón del garante o fiador persona física.

2.2. *Contenido de la actuación notarial de comprobación previa*

El notario, conforme establece el art. 15.2 LCCI, debe efectuar las siguientes comprobaciones:

- i. Que al prestatario se le ha entregado toda la documentación que contempla el art. 14.1 LCCI.

- ii. Que dicha documentación es válida y completa.
- iii. Que se le ha entregado con la antelación de diez días que prevé la LCCI, sin perjuicio de lo que se aclarará a este respecto en el epígrafe 2.2.2. siguiente.

Y además debe informar al prestatario y al fiador o garante sobre determinados aspectos relevantes del préstamo a formalizar y responder a las cuestiones que le planteen a través del correspondiente asesoramiento.

De todo ello debe dejar constancia mediante un acta, que es la que hemos llamado acta previa. Analicemos las cuestiones procedimentales del acta y el alcance y objeto de la actuación notarial.

2.2.1. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

A) Remisión de la documentación al notario

La documentación que el prestamista debe entregar al prestatario conforme al art. 14 LCCI, una vez firmada por éste (y fiador y garante) debe ser remitida al notario a través de cauces telemáticos seguros. Es decir, es el prestamista o profesional el que remite la documentación al notario elegido por el cliente.

El RD 309/2019 ha establecido los principios y requisitos técnicos que deben cumplir los medios telemáticos de transmisión de la documentación por parte del prestamista al notario, si bien, además, el RD colateralmente también fija algunas pautas sobre la forma en que habrá de proceder el notario. En el momento de escribir estas líneas todavía se desconoce cómo será la implantación técnica de la conexión. La única certeza es que la plataforma a través de la cual el notario recibirá la documentación será una plataforma notarial distinta de la de la entidad prestamista.

Será relativamente habitual que la entidad prestamista se sirva de los servicios de una gestoría para remitir la documentación al notario. En tal caso el notario deberá asegurarse de que la gestoría está autorizada para ello. Una cuestión novedosa que ha planteado la Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2019 es que el notario además deberá asegurarse de la identidad y de las facultades representativas de la gestoría que en su caso remita telemáticamente a la notaría la documentación, cuya entrega debe verificar el notario. Este aspecto plantea dudas sobre cómo podrá esa gestoría remitir al notario elegido copia autorizada electrónica de su poder representativo que le autorice el envío telemático de la documentación entregada al prestatario y al fiador, quedando a la espera de que esta cuestión se aclare por las instancias corporativas correspondientes.

B) Número de visitas a la notaría

La regulación que establece la LCCI hace necesaria una doble visita al notario para la escritura de préstamo hipotecario por parte del prestatario, y en su caso del fiador o garante persona física, al ser necesaria su **comparecencia, como tarde, el día anterior al de la autorización de la escritura para la formalización del acta previa.**

La redacción del art. 12 del RD 309/2019 podría llevar a pensar que serían necesarias, en lugar de dos, tres visitas al notario. Sin embargo, la Resolución DGRN de 16 de mayo de 2019 ha aclarado que si el prestatario elige al notario por cualquier medio seguro a distancia bastará con que acuda solo dos veces a la notaría, una para formalizar el acta previa (una vez que el notario elegido haya validado la documentación remitida) y otra para la firma de la escritura de préstamo hipotecario.

El notario, una vez que reciba la notificación de que el deudor le ha elegido para el acta previa y la subsiguiente escritura de préstamo hipotecario, deberá descargar la documentación remitida por el prestamista a través de la plataforma telemática segura habilitada al efecto, y deberá validar que toda la documentación remitida es correcta. Si hubiera errores o carencias deberá el notario requerir al prestamista para su subsanación a través del mismo medio telemático, y en tal caso el plazo de 10 días naturales solo empezará computarse una vez que dichos defectos hayan sido subsanados [art. 12.1.d) RD 309/2019]. Si la documentación es validada por el notario elegido por el prestatario, aquél concertará cita con el prestatario para la firma del acta previa [art. 12.1.f) RD 309/2019].

¿Y qué ocurre en los supuestos de subrogación activa? Como ya hemos señalado, aun cuando pudiera discutirse si las normas de transparencia son de aplicación a los supuestos de subrogación activa, toda vez que la misma conlleva una modificación de condiciones en la gran mayoría de los casos, será necesario la autorización del acta previa también en estos supuestos. Nada dice la LCCI acerca del momento en que habrá de otorgarse el acta, por lo que no está claro si tendrá que ser anterior a la aceptación de la oferta por el deudor (trámite necesario para notificar al primer acreedor) o a la escritura de subrogación. Por las características del trámite parece que lo más correcto técnicamente sería lo primero, dándose la paradoja de que, no siendo ya necesaria la notificación de la oferta por conducto notarial, sí que habría de formalizarse este acta de comprobación, con el agravante de que, si al final el prestatario decide suscribir una novación con el primer acreedor, aquella acta no habrá servido para nada, pues habrá de hacerse una nueva acta para esta novación, y puede que con otro notario. Por todo ello, ante el silencio normativo, creemos que las normas de transparencia material quedarán cumplidas siempre que el acta se firme antes de la escritura de subrogación, aunque obviamente si al final es la entidad acreedora originaria la que mejorando la oferta consigue que el deudor no cambie de acreedor, el acta habrá de firmarse con carácter previo a la oportuna escritura de novación.

C) Naturaleza del acta previa

Es un acta de presencia que la DGRN, en la resolución de 16 de mayo de 2019, ha calificado como de control o verificación, y que conforme al art. 198.3 RN no requiere unidad de acto ni de contexto y puede ser extendida en un momento posterior. Desde un punto de vista estrictamente notarial, aúna la naturaleza de un acta de presencia con la de un acta de manifestaciones, al recogerse las declaraciones de los particulares relativas a la recepción de la documentación y de que han sido informados debidamente; y de juicio de legalidad, el cual es efectuado por el notario acerca de la entrega de la documentación que prevé la LCCI en tiempo oportuno al prestatario/fiador/garante.

Su principal especialidad, como vamos a ver, es la utilización de medios electrónicos para parte de la actuación notarial de control.

El requerimiento se materializa mediante la elección del notario por el prestatario, bien acudiendo a la notaría para hacer la designación, o bien de forma mixta y sucesiva mediante la utilización del sistema de designación telemática que se consume y deviene irrevocable con la comparecencia ante el notario elegido. Es en ese momento y no antes cuando resulta prudente el inicio del acta por parte del notario. De lo contrario podría ocurrir que el prestatario eligiera al notario por medios telemáticos y luego no compareciera para recibir el asesoramiento previo, lo que obligaría al notario a entender que ha desistido del requerimiento y a cerrar el acta. En consecuencia, cuando el notario reciba en la plataforma notarial la comunicación de haber sido inicialmente elegido por el prestatario deberá ponerse en contacto con éste y, en su caso, con el resto de personas que deban comparecer en el acto, para concertar la correspondiente cita. Será entonces, con ocasión de su comparecencia, el momento idóneo para el inicio del acta. ¿Y qué ocurre si no comparece alguna de las personas físicas (prestatario/fiador/garante) que ha de comparecer a firmar el acta previa una vez iniciada ésta? El notario solo podrá extender un acta negativa por incomparecencia de existir una voluntad exteriorizada mediante hechos constatados de no comparecer ante notario de alguno de ellos o de haber expirado el plazo de la FEIN.

Lo que no procede en ningún caso es la presencia del prestamista. Si algo deja claro el procedimiento previsto en el RD es que el acta es asunto entre el prestatario y el notario, y por tanto sin presencia del prestamista (o de su gestoría). Si se persona acompañando al prestatario, educadamente hay que pedirle que salga.

¿Y qué ocurrirá si el prestatario modifica o cambia mediante su comparecencia la designación inicial de notario? ¿Empieza nuevamente el cómputo de 10 días? No, pues así resulta de la Circular de obligado cumplimiento del CGN 1/2019, de 24 de mayo.

Únicamente podrá autorizarse un acta por operación de préstamo hipotecario aun cuando existan una pluralidad de prestatarios/fiadores/hipotecantes no deu-

dores, pues el notario ha de realizar un juicio positivo o negativo conjunto acerca del cumplimiento de los requisitos de información precontractual que la LCCI impone al prestamista. Para el caso de que no comparezcan todos los que han de firmar el acta al mismo tiempo, las sucesivas comparecencias habrán de ser completas y ser objeto de diligencias sucesivas. Además, en todo caso resulta imprescindible que cada uno de los prestatarios/fiadores/garantes-personas físicas reciba un asesoramiento individualizado, pero esto no quiere decir que los interesados no puedan comparecer al mismo tiempo ante notario, sino que este último deberá ir respondiendo a las preguntas que cada uno de ellos formule y efectuando las explicaciones que precise cada uno, debiendo además cada uno de ellos responder al test al que nos referiremos más adelante de forma separada.

Respecto a si debe incorporarse al acta el traslado a papel de la documentación remitida telemáticamente por el profesional, aunque se trata de una cuestión sobre la que es probable que tenga ocasión de pronunciarse la DGRN en un futuro próximo, entendemos que únicamente habrá de incorporarse aquella cuya remisión es obligatoria, con excepción del proyecto de escritura, dado que su coincidencia con la escritura que finalmente se firme habrá de ser objeto de comprobación por el notario, resultando superflua su incorporación al acta.

D) Consideraciones arancelarias

Por previsión legal, el acta previa no generará coste arancelario alguno (art. 15.8 LCCI). Por ello consideramos que sería razonable que se extendiera en papel común, en coherencia con su gratuidad (como ocurre, por ejemplo, con los poderes electorales), pues en otro caso la cuota fija de AJD por el timbre de los folios de papel notarial correría a cargo del notario, lo cual no tendría ningún sentido.

Como regla general no es necesario expedir copia del acta, cualquiera que haya sido su resultado, pues basta su reseña en la escritura cuando haya sido positivo (art. 15.7 LCCI), pero, tanto el prestamista/intermediario como el prestatario tienen derecho a obtener copia electrónica simple si así la solicitan. Por otro lado, precisar que el art. 12.3 del RD 309/2019 incorrectamente señala que tanto el prestamista como el prestatario podrán solicitar del notario la remisión de copia simple o autorizada electrónica de este acta previa. Actualmente no cabe remitir por parte del notario copias autorizadas electrónicas a particulares, solo a Registros públicos, autoridades fiscales y autoridades judiciales, por lo que al menos, de momento, la remisión solo podrá ser de copias simples electrónicas.

En los supuestos en que el resultado del acta sea negativo, precisamente porque el supuesto no encaja en la norma que proclama su gratuidad (art. 15.8 LCCI)—no se trata del acta donde conste la entrega de la documentación—, sino todo lo contrario, consideramos que el acta no debería ser gratuita, si bien se plantea la

cuestión de a quién repercutir ese coste porque el deudor no es responsable de que resulte negativa y el prestamista difícilmente estará dispuesto a abonarla.

2.2.2. OBJETO DEL ACTA. ALCANCE DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL

El notario en el acta previa deberá comprobar y dejar constancia de lo siguiente:

A) Cumplimiento de los plazos y entrega de la documentación: El notario ha de verificar que la documentación del art. 14.1 LCCI se ha puesto a disposición del interesado (de todos, cuando sean varios los prestatarios, e incluido el fiador/garante) con el plazo de antelación legal de diez días naturales.

i. En cuanto al cumplimiento del plazo de 10 días, 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, pues la entrega al cliente no es por medio del notario, sino del profesional directamente al cliente.

La literalidad del art. 14.1 LCCI pudiera dar a entender que el plazo legal de 10 días es desde que el prestatario recibe la documentación y firma la manifestación al efecto. Sin embargo, el art. 14.1*if* LCCI señala que esta documentación debe remitirse al notario que el prestatario elija por medios telemáticos seguros, que entre otros extremos debe permitir al notario una comprobación fehaciente de la fecha en que se incorporaron a la aplicación; conforme al art. 15.1 LCCI el notario debe comprobar el cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta disposición del prestatario de los documentos a los que nos estamos refiriendo; y el art. 11.2 del RD 309/2019, que concreta el contenido del art. 15 LCCI, establece que el notario debe poder comprobar fehacientemente la fecha en que los documentos firmados por el prestatario se incorporaron a la aplicación a través de la cual dichos documentos le fueron remitidos. De aquí se infiere que la única verificación fehaciente de plazos que puede efectuar el notario es la de la incorporación de la documentación a la plataforma y por lo tanto el cómputo de 10 días naturales solamente podrá hacerse desde dicha fecha con fehaciencia. Así lo ha entendido la DGRN en la mencionada Resolución de 16 de mayo de 2019 cuando ha afirmado que **la comprobación fehaciente de la fecha por parte del notario solo es posible cuando la incorporación a la aplicación queda bajo la fe pública notarial**. En cuanto al cómputo del plazo, dado que se trata de un plazo civil, se excluye el día inicial de incorporación de la documentación a la plataforma notarial. Por ejemplo, si se incorpora la documentación el día 1 del mes, el préstamo solo podrá firmarse del día 12 en adelante.

Como la entrega de la documentación debe hacerse necesariamente con una antelación mínima de 10 días naturales respecto a la fecha, no en que se autorice el acta previa, sino respecto a la fecha en que se firme el préstamo hipotecario,

será relativamente habitual que cuando el notario haga la comprobación de la fecha de entrega no hayan pasado 10 días desde la misma. En estos casos, el notario podrá autorizar el acta previa siempre que la comprobación del resto de requisitos sea positiva, y al autorizar el acta previa por una cuestión de prudencia deberá dejar constancia en la misma que el préstamo hipotecario no podrá autorizarse hasta que hayan transcurrido esos diez días desde la fecha en que la documentación se haya subido a la plataforma telemática (pues es la única, como hemos dicho, de la que el notario podrá hacer una comprobación fehaciente), siendo deseable consignar la fecha exacta a partir de la cual se podrá firmar la escritura.

ii. En cuanto a la entrega de la documentación, el notario debe validar que la documentación remitida es correcta, es decir, que se trata de todos los documentos que prevé el artículo 14.1 y además que cada uno de ellos cumple con los requerimientos de la LCCI y que han sido correctamente cumplimentados. Por decirlo en palabras del CGN, el notario debe llevar a cabo tanto una validación formal (comprobando, por ejemplo, que se ha remitido una FEIN y no una FIPER), como una validación material de la documentación (comprobando, por ejemplo, que la FEIN responde al Anexo I de la LCCI y está debidamente cumplimentada conforme a las condiciones ofertadas al prestatario, que el borrador del contrato se ajusta plenamente a las condiciones de la FEIN, o que la póliza de seguro de daños se refiere al inmueble que va a ser hipotecado).

B) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario: Si el prestatario formula cuestiones al notario, éste deberá responderlas, debiendo el notario dejar constancia de las respuestas dadas. En caso contrario constará en el acta que ninguna cuestión se planteó. Aunque la ley habla solo de las cuestiones que pueda plantear el prestatario, lógicamente si hay fiador o garante que deba igualmente comparecer y formula alguna cuestión, el notario deberá igualmente responderla.

Esto hará que necesariamente cada acta previa tenga un contenido distinto, pues difícilmente los particulares formularán al notario las mismas cuestiones en todos los casos.

C) Información que el notario debe prestar en todo caso: Si en el apartado anterior se recogen las cuestiones planteadas por el prestatario, en este se trata de la información que el notario debe prestar en todo caso, la pida o no el prestatario. No valdrá con introducir una afirmación genérica en el acta de que dicha información se ha prestado, sino que la información debe darse y así debe hacerse constar en el acta de manera individualizada con referencia expresa a cada cláusula de la FEIN y de la FiAE. No obstante, en la redacción del acta ha de bastar con una mera identificación mediante la rúbrica de cada cláusula (principal, intereses, plazo, periodicidad, cuota, comisiones, TAE, etc). Y, en todo caso, entendemos que no se tendrán que destacar aquellos apartados de ambas fichas que sólo son información general (otros derechos, reclamaciones, incumplimiento, información adicional, supervisor). En este apartado la información se limita a las cláusulas contractuales.

Llama la atención que, conforme a la literalidad de la norma, el notario debe proporcionar una información exhaustiva al prestatario sobre las condiciones financieras del préstamo, explicándole además todas aquellas cuestiones que se le puedan trasladar, pero sin embargo no exige que el notario haga la misma labor de asesoramiento respecto al significado de la garantía que aportan a los fiadores o garantes, que deberán no obstante acudir al otorgamiento del acta previa. Sin embargo, creemos que **el notario**, en su función de control de transparencia material de acuerdo con el art. 15.4 LCCI, **deberá necesariamente también informar y explicar a los fiadores el significado de la fianza**, y en su caso, de la solidaridad y la renuncia a los beneficios de división, orden y excusión, que son la regla general en la contratación bancaria. **Esta misma explicación** en cuanto al significado de la garantía hipotecaria **deberá efectuarse al hipotecante no deudor**.

Ahora bien, es importante destacar que el asesoramiento que ha de prestar el notario es un **asesoramiento exclusivamente jurídico** y relativo al contenido de la FEIN y FiAE, no siendo labor del notario prestar asesoramiento de tipo financiero que implique evaluación económica de la oferta, examen de solvencia del deudor o cualquier otra circunstancia de índole similar.

D) Además, el prestatario habrá de responder —en presencia del notario— y una vez prestado el asesoramiento individualizado respecto de la FEIN y FiAE a que ya hemos aludido, a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada. El test es obligatorio, aunque el prestatario aporte toda la documentación que le había sido entregada y el notario la pueda comprobar por sí mismo. A este test también deberán ser sometidos los fiadores y/o garantes reales. Lo que no es necesario es que el test sea firmado por los interesados, bastará con que estos firmen el acta, a la que habrá de incorporarse el mismo.

En cuanto a su contenido específico, de las distintas acepciones posibles de la palabra test, no parece que deba consistir en un examen escrito donde el interesado tenga que elegir entre las varias opciones que se presentan, sino presentarse como una prueba sencilla que permita comprobar unos hechos. En esta línea, el CGN ha elaborado un modelo de test para que sea empleado por todos los notarios de España a fin de dar una cierta uniformidad a esta comprobación, cuyo contenido ha recogido en la circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, distinguiendo según que el destinatario del test sea un prestatario o acreditado de un contrato de crédito, el fiador o el hipotecante no deudor, y añadiendo determinadas preguntas al modelo general para el caso de préstamo multidivisa. En nuestra opinión, el test va mucho más allá de lo exigido por la LCCI, que se refiere únicamente a un test relativo a la concreción de la documentación entregada y la información suministrada, ya que tal y como está diseñado es más bien un test de comprensión.

Si el test arroja un resultado negativo, el acta será negativa y por tanto no cabrá autorizar la escritura de préstamo hipotecario, salvo que se vuelva a empezar

el proceso. ¿Quiere esto decir que si el prestatario/fiador/garante falla alguna de las preguntas el acta habrá de arrojar un resultado negativo? No necesariamente. El test es un instrumento más de acreditación del cumplimiento del principio de transparencia material. En nuestra opinión, a la vista del tipo de preguntas incluidas en el test hay que distinguir dos clases: a) aquellas relativas a la comprensión por parte del interesado de la operación que va a firmar, y b) aquellas de verdadero/falso relativas a las condiciones financieras concretas de la misma. Si el prestatario/fiador/hipotecante no deudor responde erróneamente a alguna de las que hemos calificado de «clase a)» dicho error será indicativo de que el prestatario no comprende la documentación entregada y no cabrá autorizar el préstamo hipotecario. Por el contrario, si el prestatario/fiador/garante contesta de manera incorrecta a alguna de las denominadas de «clase b)», entendemos que habrá que incorporar el test con la pregunta incorrecta al acta, volver a explicar la/s pregunta/s fallida/s y solo si el prestatario/fiador/hipotecante manifiesta entonces haber entendido específicamente las cuestiones objeto de respuesta errónea se hará constar así en el acta y podrá entenderse que la misma tiene un resultado positivo.

E) Se plantea la cuestión de si el notario en este momento debe hacer además un control de contenido del CCI. Existen dos posturas al respecto:

a) La primera postura es que el notario en este momento del acta previa debe efectuar un control de legalidad de las condiciones financieras del préstamo ofertadas al prestatario, es decir, un *control de contenido directo* en cuanto que deberá comprobar si, por ejemplo, el tipo de interés variable pactado se acomoda al art. 21 LCCI, si se respetan las normas de amortización anticipada, de vencimiento anticipado y de tipo de interés de demora, que han quedado definidas por la LCCI sin posibilidad de pacto o modulación contractual respecto a dichas cuestiones, las cuales son analizadas en otros epígrafes de este trabajo. Según esta tesis, el control de transparencia de las cláusulas contractuales y del cumplimiento de los requisitos legales debe hacerse de manera completa en el momento de la autorización del acta por el notario, en cumplimiento del mandato legal que le atribuye la LCCI. Parece que no tendría demasiado sentido que el notario se limitara en el acta previa a efectuar el control de transparencia dejando para el momento del otorgamiento de la escritura el control de contenido del resto de condiciones del contrato de préstamo. En este sentido sería conveniente dejar constancia en el acta previa de que se ha comprobado que las cláusulas sobre vencimiento anticipado, tipo de demora, reembolso anticipado, y tipo variable en su caso, se corresponden con lo establecido en la LCCI. Esta postura es por la que se decanta la DGRN en la Resolución de 16 de mayo de 2019.

b) La otra postura es entender que en el momento de autorizar el acta previa el notario debe limitarse a lo que la ley le encomienda, un control de la transparencia material, pero no debe ir más allá. No obstante, será conveniente que, si al revisar las condiciones del préstamo detecta que alguna de ellas contraviene o no respeta estrictamente las previsiones legales de la LCCI (sobre vencimiento

anticipado, reembolso anticipado, tipo de demora, reparto de gastos y determinación del interés variable en su caso), lo advierta en el acta previa, explicando al prestatario y a los fiadores o garantes cuáles son las previsiones legales, y que lo comunique al prestamista a fin de que en el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario subsane dichos defectos, pues de lo contrario la escritura no podría autorizarse, al contravenir directamente alguna previsión legal. No hay que olvidar que el momento en que se formaliza el CCI es con el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, y es en ese momento y en ese documento cuando deben respetarse las previsiones que la LCCI establece.

Nosotros nos inclinamos por la segunda postura, ya que el objeto del acta es la comprobación del cumplimiento de los requisitos de transparencia material, es decir, que el prestatario/fiador/hipotecante no deudor ha recibido toda la información prescrita por el art. 14 LCCI dentro del plazo legal. Sin embargo, la adecuación del contenido del contrato de préstamo hipotecario a la LCCI y demás prescripciones legales debe efectuarse en el momento en el que dicho contrato se celebra, con ocasión de su firma. Lo que no quita para que el notario, a la vista del acta, haga las advertencias oportunas, o que el notario finalmente no pueda otorgar la escritura pública si la divergencia entre el proyecto de contrato y la escritura de préstamo no se subsana en favor del prestatario.

F) Por último, consideramos que, dentro de las comprobaciones que debe efectuar el notario para dar por cumplido el principio de transparencia material, no está la de comprobar que el proyecto de contrato se ajuste al formulario que la entidad prestamista pueda tener depositado en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues ésta no es una cuestión propiamente de transparencia material. La falta de depósito del formulario, o la no correspondencia del proyecto de contrato remitido con los formularios depositados, en ningún caso impide su uso y con independencia de las consecuencias de otro tipo que para el predisponente pueda tener; en ningún caso el depósito previo es un requisito contractual para la formalización del CCI ni para el cumplimiento del principio de transparencia material, pues ninguna mención al respecto recoge el art. 14 LCCI. Ahora bien, la Instrucción de la DGRN de 13 de junio de 2019 en esta materia obliga al notario con ocasión de la escritura de préstamo hipotecario a comprobar que las condiciones generales contenidas en dicha escritura han sido depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, debiendo en caso contrario notificarlo al Ministerio de Justicia. Todo ello sin perjuicio de que en la escritura puedan existir modificaciones de dichas condiciones como resultado de la libertad contractual.

2.3. *Eficacia del acta previa*

Conforme al art. 15.6 LCCI, y no puede ser de otra manera, el contenido de este 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 que le han sido entregados y que hemos analizado. Debe quedar claro en este punto que con el acta previa se presume cumplido el principio de transparencia material al tiempo del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario, pero en ningún caso el sistema orquestado por la LCCI exime al prestamista de facilitar al prestatario la información y documentación legalmente exigible y las explicaciones y aclaraciones sobre el préstamo que sean necesarias. El notario realiza un asesoramiento estrictamente jurídico que permite al consumidor tener una comprensión mejor del préstamo, pero en ningún caso el valor presuntivo del acta garantiza la comprensión real del mismo por el prestatario y los garantes, cuestión ésta que en caso de controversia únicamente puede ser desvirtuada por los tribunales de justicia.

3. Otorgamiento del acta y autorización de la escritura pública de préstamo hipotecario

Toda la actuación desplegada por el notario conforme a lo explicado hasta ahora en este epígrafe puede conducir a la constatación de que se han cumplido, o no, los requisitos del art. 14.1 LCCI.

A) Si el resultado de la comprobación es *negativo*, o bien si el prestatario no comparece para recibir el asesoramiento tras haber elegido al notario y haberse iniciado el acta, el notario lo hará constar en el acta, y el notario deberá comunicarlo telemáticamente a la entidad prestamista remitiendo copia simple electrónica o testimonio parcial, extractando las circunstancias del resultado negativo, y no podrá autorizarse la escritura de préstamo hipotecario. El resultado será negativo cuando de la documentación remitida, o de las declaraciones de los interesados durante la comparecencia (p. ej., reconozcan que la fecha de entrega no es la que figura en la manifestación firmada), resulte que las obligaciones previstas en el art. 14.1 LCCI no se han cumplido en tiempo y forma. La falta de cualquiera de esos documentos (incluidas las condiciones del seguro, cuando se requiera por el profesional), o la inobservancia del plazo, pero —también— cualquier discrepancia entre las condiciones ofertadas en la FEIN y el texto del proyecto del contrato, impide cerrar el acta con resultado positivo y consiguientemente el otorgamiento de la escritura de préstamo. No hay posibilidad alguna de que el interesado se conforme y acepte el otorgamiento con esa ausencia o discrepancia. Será necesario dar marcha atrás y empezar de nuevo el proceso. En estos casos el prestamista tendrá derecho a obtener copia simple electrónica de este acta previa «negativa» (art. 12 RD 309/2019).

B) Si el resultado de la comprobación es *positivo* deberá el notario comunicarlo igualmente por medios telemáticos al prestamista, y se concertará entre prestamista, prestatario y notario fecha y hora para otorgar la escritura de préstamo hipotecario, pues sin el acta previa positiva el notario no puede autorizar el contrato principal. En este caso, según prevé el art. 12.3 RD 309/2019, si el prestatario o el prestamista lo solicitan, el notario deberá remitirles copia electrónica

del acta. La mención que este precepto hace a la remisión de «copia electrónica autorizada» del acta actualmente no tiene virtualidad, dado que tal remisión solo es posible a Registros y Administraciones Públicas.

En la escritura de préstamo hipotecario que se autorice deberá hacerse **men- ción necesariamente al acta previa mediante una reseña identificativa de la misma en la que se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización**, así como la afirmación del notario, bajo su respon- sabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo (art. 15.7 LCCI). El control por parte del Registro de la Propiedad se limitará a comprobar esa reseña, y sin ella no inscribirá la hipoteca. Ahora bien, el acta previa no deberá incorpo- rarse en ningún caso. Además, y por lo que vamos a comentar a continuación, de- berá solicitarse del prestatario una **dirección de correo electrónico** y consignarla en la escritura y, si el prestatario no dispusiere de ella, dejar constancia expresa de dicha circunstancia.

Además, la DA 8.^a LCCI establece que el notario **entregará o remitirá tele- máticamente al prestatario sin coste copia simple** de la escritura de préstamo hipotecario. Esta misma regla debe entenderse de aplicación a los casos de no- vación modificativa por aplicación de la DA 6.^a. ¿Y qué decir de la subrogación pasiva con ocasión de la transmisión de la finca hipotecada? En este caso enten- demos que no procede tal gratuidad pues la subrogación tiene un carácter secun- dario respecto de la transmisión de la propiedad formalizada en la escritura.

Hay que subrayar que, no obstante haberse comprobado el cumplimiento de transparencia material a través del acta previa, ello no obsta a que en la escritura de préstamo hipotecario que se autorice el notario efectúe el **control de legalidad** propio de cualquier actuación notarial, lo que se extenderá al control de abusivi- dad que nos encomienda el art. 84 TR LGDCU, y además, como hemos señala- do anteriormente, a comprobar que las cláusulas de la escritura no contravienen ninguna de las previsiones legales de la LCCI sobre tipo de demora, vencimiento anticipado, reembolso anticipado y tipo de interés variable, de manera que si se contraviniera alguna de dichas previsiones legales el notario no deberá autorizar la escritura.

Diferente cuestión es **si sería posible autorizar una escritura de préstamo hipotecario en la que las condiciones no coincidan exactamente con las reco- gidas en la FEIN**. Si el cambio de condiciones es claramente favorable al presta- tario, porque solamente baje el tipo de interés o se reduzca la comisión de apertu- ra, lo razonable es dejar constancia de ello en la escritura y autorizarla. También, obviamente, si la variación se refiere solo a la TAE o la fecha de vencimiento y de pago de las cuotas, mes arriba, mes abajo, siempre que el plazo de duración del préstamo y, en su caso, de carencia no haya variado. Pero si el cambio es perjudi- cial, o no es claramente favorable al prestatario (porque, por ejemplo, cambie el sistema de bonificaciones del interés, o se reduzca el diferencial, pero al tiempo

cambie la comisión de apertura o las comisiones de reembolso anticipado), el notario no deberá autorizar la escritura, pues la comprobación de la transparencia material se refiere a unas condiciones que al variar respecto a las previstas para la firma y explicadas al prestatario por el notario puede suponer que el prestatario no ha tenido un conocimiento cabal de las mismas y con la suficiente antelación como para poder formar adecuadamente su voluntad.

Finalmente, la LCCI dispone que **el Registro de la Propiedad remitirá gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación**, con indicación de las cláusulas no inscritas y con la motivación de su respectiva suspensión o denegación.

En relación con esta obligación, puesto que en la escritura se ha de hacer constar una dirección de correo electrónico del prestatario, entendemos que este último será el destinatario de las comunicaciones. Por ello, no es necesario que figure en la escritura la dirección del hipotecante no deudor/garante. Si así fuera, el Registro de la Propiedad no tiene obligación de remitir esa información a los mismos y para que, caso de que así se solicitare por el interesado, no parece que deba ser gratuita.

IV. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE CRÉDITO INMOBILIARIO

1. Tipo de interés variable

Como cuestiones más relevantes en los préstamos a interés variable, la LCCI contiene las siguientes previsiones:

1. En los préstamos en que pacte un interés remuneratorio variable, la variación del interés se deberá ajustar, al alza o a la baja, a la de un índice de referencia objetivo (art. 21.1 LCCI), pudiendo el prestamista usar aquellos que cumplan los siguientes requisitos: ser claros, accesibles, verificables por las autoridades competentes y no susceptibles de influencia por el prestamista, o por acuerdos con otros prestamistas (probablemente se estuviera pensando en el caso Barclays-Libor al establecer este requisito). Concretamente, para los CCI sujetos a las normas de transparencia expresamente se permite que puedan ser aplicados por los prestamistas los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía y Empresa por sí o a través del Banco de España.

2. La cláusula suelo: Conforme al art. 21.1 LCCI, en el ámbito del CCI no se podrá fijar en las operaciones con tipo de interés variable un límite a la baja del tipo de interés. La eliminación es completa, sin que venga condicionada a la ausencia de un límite paralelo al alza en proporción similar. Al configurarlo como

una expresa prohibición legal, ya no cabe discutir sobre su transparencia o eventual carácter abusivo, simplemente **pasa a ser ilegal**.

Hay que destacar que esto es así sólo en el ámbito del CCI, pues esta Ley no es general para toda clase de préstamos hipotecarios, ni siquiera con consumidores. Por consiguiente, que en determinados contratos la cláusula suelo pase a ser ilegal no significa que lo sea para los restantes y tampoco hay razón para cambiar los términos de un debate centrado en el carácter transparente de la cláusula, que no ha de considerarse sin más como abusiva. La paradoja es que un mismo consumidor, según la naturaleza del inmueble que hipoteque (vivienda o local), estará sujeto a una u otra regla.

Por otro lado, la Disposición derogatoria única deroga el art. 6 de la Ley 1/2013, es decir, **queda derogada la expresión manuscrita**, que ya no será exigible en ningún caso⁴.

3. La cláusula cero: El art. 21.4 LCCI por su parte excluye el interés remuneratorio negativo en los CCI. Esta exclusión pasa a tener carácter legal y no será necesario pactarla en el contrato.

4. Cambio de interés variable a interés fijo: La LCCI recoge una serie de previsiones en relación con las comisiones para los casos de novación de tipo de interés y subrogación activa con sustitución del tipo de interés variable por otro fijo, que se recogen en el art. 23.6 LCCI, las cuales se analizan en el epígrafe 5.4 del epígrafe IV, a los que nos remitimos.

5. Honorarios notariales: En los cambios de tipo variable a tipo fijo vía novación o subrogación, la LCCI en su Disposición Adicional 9.^a se remite a la Ley 2/1994, de manera que las escrituras que documenten estos cambios serán sin cuantía.

Como reflexión complementaria a esta previsión creemos que al sancionar la LCCI la aplicación de la Ley 2/1994 a un supuesto muy específico (de novación o subrogación con cambio de tipo variable a tipo fijo) y no a otros, parece que en todos los demás supuestos de novación la regla ha de ser otra, la regla general, y ésta sólo puede ser la Ley 8/2012. En otro caso la norma de la DA 9 LCCI sería redundante y carecería de sentido.

⁴ El precepto citado exige una expresión manuscrita en los préstamos hipotecarios suscritos «con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir» en que existan limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, se concedan en divisas o lleven asociados instrumentos de cobertura del riesgo de interés.

2. Ventas vinculadas y combinadas

2.1. Ventas vinculadas

La LCCI prohíbe con carácter general las ventas vinculadas, es decir, ventas de paquetes integrados por el préstamo y otros productos, cuando el contrato de préstamo no se ofrezca al prestatario también por separado. Esta medida está orientada a favorecer la elección del producto más adecuado por parte del cliente y fomentar la competencia entre prestamistas, posibilitando la venta agrupada en aquellos casos en los que resulte más beneficioso para aquellos. Añade el art. 17.2 LCCI que será nulo todo contrato vinculado al préstamo que, en perjuicio del prestatario, no cumpla con las exigencias previstas en este artículo. La nulidad de las cláusulas del contrato de préstamo que, en su caso, afecten a productos vinculados no determinará la nulidad del préstamo.

Se busca con ello evitar prácticas hasta ahora frecuentes en que se obligaba al prestatario a contratar determinados productos adicionales no siempre financieros (el caso más habitual es de los seguros de vida de los prestatarios en los que el beneficiario era la entidad prestamista), sin cuya contratación no se concedía el préstamo.

La prohibición, no obstante, no es absoluta. Se permitirán las ventas vinculadas en las que el prestamista pueda demostrar que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos, en condiciones similares entre sí, que no se presenten por separado, acarreen un claro beneficio a los prestatarios. Estos supuestos excepcionados requerirán previa autorización de la autoridad competente y deberán contar con el correspondiente informe favorable del BE, CNMV o DGSS, según proceda.

Además, directamente la LCCI excepciona la validez de dos supuestos de venta vinculada, que expresamente permite:

i. La exigencia al prestatario de suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo (**seguro de protección de pagos**), 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. Estas vinculaciones podrán en su caso además comportar bonificaciones del tipo de interés ordinario, pero no necesariamente.

En estos casos el prestamista deberá aceptar pólizas alternativas de proveedores de seguros que ofrezcan unas condiciones equivalentes a las propuestas y sin que pueda cobrar nada por el análisis de la póliza alternativa presentada.

En estos supuestos de ventas vinculados el notario deberá comprobar la entrega al prestatario y su remisión a través de la plataforma telemática de las «*condiciones de las garantías del seguro*» exigido por la entidad prestamista. A nuestro

juicio, esta exigencia no se refiere propiamente a las condiciones de la póliza del contrato de seguro exigido, sino a cuáles son las condiciones mínimas que ha de cumplir la garantía en cuestión (así, en el caso del seguro de daños: capital mínimo garantizado, duración, etc.)

ii. La exigencia al prestatario, su cónyuge, pareja de hecho, o un pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado de parentesco, de contratar ciertos productos financieros establecidos por orden ministerial, siempre que sirvan de soporte operativo o de garantía a las operaciones de un préstamo y que el deudor y los garantes reciban información precisa y detallada. Añade el art. 32 sexiens de la Orden ECO 2011/2988 (creado por ECE/482/2019, de 26 de abril) que la cuenta bancaria cuya apertura se exija al prestatario podrá tener como única finalidad acumular capital para efectuar reembolsos del préstamo, pagar intereses del mismo o agrupar recursos para obtener el préstamo u ofrecer una seguridad adicional para el prestamista en caso de impago, lo cual es lógico y razonable.

2.2. Ventas combinadas

A diferencia de las ventas vinculadas (que están prohibidas, salvo los supuestos excepcionados comentados), las ventas combinadas son válidas, exigiéndose al prestamista que en su comercialización cumpla con los requisitos que establece el art. 17.7 LCCI.

Estas ventas combinadas en la práctica se plasman habitualmente en bonificaciones del tipo de interés ordinario, ya sea del tipo fijo o por bonificación del diferencial en el caso de interés variable, si se contratan distintos productos que oferta la entidad prestamista. Es el caso de la contratación de seguros (de hogar, de vida, de protección de pagos, de salud o de auto), de la contratación de productos financieros o de ahorro (como tarjetas de débito o crédito, planes de pensiones, fondos de inversión o carteras de valores), o de la domiciliación en la entidad prestamista de pagos o ingresos periódicos (domiciliación de nómina o pensión, domiciliación de pago de recibos de consumos periódicos como son el agua, la luz, la comunidad de propietarios, etc.).

Debe quedar claro que la utilización de ventas combinadas en un préstamo inmobiliario no cae dentro del ámbito de transparencia material que deba controlar el notario. Sin embargo, el notario sí deberá comprobar que en la FEIN se recojan todas las condiciones que determinen el cálculo del tipo de interés, y por tanto las eventuales bonificaciones convenidas, y que el proyecto de contrato responda a ello. Y además deberá constar el coste que corresponde a cada uno de los productos y servicios y las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado.

3. Interés de demora

3.1. Ámbito de aplicación

El art. 25.1 LCCI establece como interés de demora un recargo de **tres puntos sobre el interés remuneratorio**.

¿Cuál es el ámbito de aplicación de esta norma? Su ámbito de aplicación ahora sufre una doble restricción en comparación con el general del CCI. De un lado, **sólo se aplica a la hipoteca sobre inmueble para uso residencial**, dejando fuera todos los supuestos que no cuenten con una garantía de ese tipo y con ese objeto. Además, y dentro de aquellos, **sólo cuando el prestatario sea persona física**, quedando excluido en los casos de prestatario persona jurídica, aunque el garante hipotecario o fiador sea una persona física y en todo lo demás se aplique la LCCI. Paradójicamente, si en cualquiera de esos supuestos el deudor merece la calificación de consumidor (y recordemos que una persona jurídica puede serlo) recibirá mejor trato al ser aplicable la restricción del recargo de dos puntos impuesta por el TS, salvo que éste revise su doctrina a la vista de la nueva solución legal.

Además, la LCCI reforma el art. 114,III LH en idéntico sentido, desapareciendo por tanto la limitación del interés de demora en tres veces el interés legal para los «*préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda*» que estableciera el precepto citado en redacción anterior a la LCCI.

3.2. Régimen legal

El recargo de tres puntos sobre el interés remuneratorio no se establece como tope, sino que es directamente aplicable sin necesidad de fijarlo, en realidad, sin necesidad de pacto alguno, ya que se establece *ex lege*. Asimismo, se deja claro que sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente pago, y no podrán ser capitalizados en ningún caso.

¿Cómo se calcula? En el caso de sucesivas cuotas impagadas, y hasta que se declare el vencimiento anticipado de todo el préstamo, la parte de las cuotas vencidas correspondiente a los intereses no podrá devengar intereses de demora. Se limitará así a la parte que corresponda al capital de cada cuota que vaya venciendo, hasta que la declaración de vencimiento anticipado provoque su cálculo sobre todo el capital que estuviere pendiente y ya vencido. Ahora bien, como el recargo se produce sobre el interés remuneratorio correspondiente a cada cuota impagada que, en el caso de un préstamo a interés variable, y a la vista del singular alargamiento del plazo de espera hasta que tenga lugar el vencimiento anticipado, puede variar, el interés demora habrá de actualizarse con cada cambio, hasta quedar fijado de modo definitivo con el último que se aplique en el momento de operar el vencimiento. Cuando se hayan previsto bonificaciones/penalizaciones, en su caso

aplicables también a un tipo fijo, el recargo habría de aplicarse tras el incremento del remuneratorio por no haber cumplido las condiciones pactadas.

4. La tasación del inmueble

Las principales novedades respecto a la tasación de los inmuebles que sean objeto de hipoteca son:

- Exigencia generalizada de la tasación (art. 13 LCCI): Para cualquier CCI con garantía hipotecaria pasa a ser exigible la tasación, aunque después no se fije tipo de subasta de cara a la ejecución hipotecaria o la venta extrajudicial.

Decae por tanto la posibilidad de inscribir la hipoteca sin dicho certificado de tasación mediante el simple expediente de no hacer referencia en la escritura de préstamo hipotecario a esos procedimientos especiales de realización.

- Tipo de subasta en la venta extrajudicial: En ningún caso el tipo podrá ser inferior al valor señalado en la tasación, exigencia que pasa a tener valor general para cualquier hipoteca, y no sólo para el CCI (nueva redacción que se da al art. 129.2.a) LH por la Disposición Final 1.^a de la LCCI).

La incoherencia está en que no se ha modificado en los mismos términos el art. 682.2.1.º LEC, que sigue ofreciendo un margen de rebaja de hasta el 75 % de la tasación en el procedimiento de ejecución directa, a pesar de que el tipo de subasta ha de ser el mismo en los dos procedimientos (art. 2361.1.º RH).

Por lo tanto, si se quiere pactar un tipo inferior al 100 %, el acreedor habrá de renunciar a la venta extrajudicial, ya que no podrá pactar el mismo tipo para los dos procedimientos siempre que el tipo esté por debajo del 100 %.

- ¿Será necesaria una nueva tasación en caso de novación/ampliación posterior? Hasta ahora el criterio dominante era que la exigencia de la tasación se limitaba a la constitución de la hipoteca, sin hacerse extensiva a la novación posterior del préstamo, ni siquiera en los casos de ampliación. Aunque en la nueva regulación la tasación ya no se vincula expresamente al tipo de subasta y pasa a ser una exigencia por sí misma, lo cierto es que el art. 13 LCCI la exige «antes de la celebración del contrato de préstamo» y, por ello, parece posible continuar con la doctrina anterior de la DGRN, no siendo necesaria una nueva tasación para el caso de novaciones ni de ampliaciones de préstamo hipotecario.

5. La TAE

El artículo 8 LCCI, al que nos remitimos, regula de forma prolija la forma de calcular la TAE, la cual habrá de hacerse constar en la FEIN con indicación de sus componentes. Además, tratándose de préstamos a tipo variable habrá de advertirse que la variación del tipo puede afectar al nivel efectivo de la TAE.

6. El reembolso anticipado

El reembolso anticipado, cuando estemos ante un CCI, está regulado de forma imperativa en el art. 23 LCCI en los términos que veremos a continuación. El nuevo régimen se aplica a todos los préstamos/créditos incluidos en su ámbito de aplicación, aunque sea sólo por la condición de persona física del garante/fiador.

6.1. Condiciones para el reembolso anticipado

Ninguna condición cabe establecer para el reembolso anticipado, pudiendo efectuarse de forma total o parcial. Lo único que la LCCI permite pactar es un plazo de notificación previa que no excederá de un mes. En su ausencia, parece que la amortización debería tener eficacia inmediata, para el día siguiente, pero la LCCI fuerza un retraso por la obligación del profesional de proporcionar, en papel o en otro soporte duradero, y como máximo en tres días hábiles, la información necesaria para evaluar esta opción, cuantificando las consecuencias que tiene para el prestatario la liquidación total o parcial anticipada, exponiendo con claridad las hipótesis razonables y justificables que se hayan tomado en consideración, pero sin dejar que venza un plazo más del préstamo tras la solicitud de reembolso. Cualquier otra condición o límite es inadmisibles, por ejemplo, exigir una cuantía mínima para aceptar amortizaciones parciales.

6.2. Reducción del coste total del préstamo

En caso de amortización total, el prestatario tendrá derecho a la reducción del coste total del préstamo, que comprenderá los intereses y los costes correspondientes al plazo que quede por transcurrir hasta el momento de su extinción. En concreto, tendrá derecho al extorno parcial de la prima no consumida del seguro accesorio al préstamo, que se extinguirá simultáneamente con el préstamo, salvo que el prestatario comunique expresamente a la compañía aseguradora su deseo de que el contrato de seguro mantenga su vigencia y designe para ello un nuevo beneficiario. A estos efectos se entiende por seguro accesorio *«aquel que haya sido ofrecido por el prestamista al prestatario junto con el contrato de préstamo con la finalidad de cubrir los riesgos que pudieran afectar a su capacidad de reembolso del mismo»*. A nuestro juicio este inciso se refiere no solo a los seguros

de protección de pagos, sino también a los seguros de vida en la medida en que cubren el riesgo de fallecimiento del prestatario.

6.3. *Necesidad de pacto*

En contraste con los arts. 7-9 Ley 41/2007⁵, que siguen vigentes para los contratos excluidos del ámbito de la LCCI, ahora será necesario el pacto expreso para cobrar una comisión por la amortización anticipada.

6.4. *Regla general: la pérdida financiera como límite*

Como regla general, la LCCI establece que en ningún caso **la comisión pactada podrá exceder del importe de la pérdida financiera que sufra el prestatista**, de conformidad con la fórmula de cálculo prevista en el art. 23.8 LCCI. Por tanto, la cantidad resultante de la aplicación de los porcentajes que veremos a continuación nunca podrá rebasar ese límite, que siempre habrá de ser objeto de cálculo, e información al cliente para su comprobación. Además, al operar la pérdida financiera como límite máximo, pero consistir la compensación en un porcentaje sólo susceptible de rebaja en el contrato, podrá ocurrir que el monto total a recibir por el profesional resulte inferior al de aquella pérdida (como mucho, sería igual, y casi por casualidad), pues la LCCI no permite fijar como compensación directamente esta última, sin porcentaje.

6.5. *Supuestos tasados*

Partiendo de la regla general citada, la LCCI distingue una **serie de supuestos tasados** en que se podrán fijar comisiones de reembolso anticipado dentro unos límites máximos —y sin perjuicio, además de la limitación general señalada—, lo que no es obstáculo para que se fijen otros inferiores o ninguno:

- a) Préstamo a tipo de interés variable (o tramos variables de cualquier préstamo): en el contrato se ha de optar por una de estas dos posibilidades, siempre con el límite antes indicado:
 - + Porcentaje máximo del 0'15 % del capital reembolsado anticipadamente durante los cinco primeros años de vigencia del contrato (después, nada).

⁵ El ámbito de aplicación de estos preceptos ha quedado reducido a los contratos de préstamo o crédito hipotecario que recaigan sobre una vivienda y en los que el prestatario sea una persona jurídica que tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto de Sociedades cuando no exista un fiador/hipotecante no deudor persona física.

- + Porcentaje máximo del 0'25 % del capital reembolsado anticipadamente durante los tres primeros años de vigencia del contrato (después, nada).

b) Préstamo a tipo de interés fijo (o tramos fijos de cualquier préstamo): a diferencia del supuesto anterior, aquí los dos porcentajes se suceden en el tiempo, según la fecha de la amortización, y permiten cubrir toda la duración del préstamo (o del tramo a tipo fijo), pero siempre con el límite antes indicado:

- + Porcentaje máximo del 2 % del capital reembolsado anticipadamente durante los diez primeros años.
- + Porcentaje máximo del 1'5 % del capital reembolsado anticipadamente transcurridos los diez primeros años.

A estos efectos por tramo de interés fijo se puede entender el que supere los doce meses.

¿Y si el préstamo tiene un primer tramo variable de diez años y luego uno fijo de otros diez años? En estos casos parece que durante los tres/cinco primeros años podría pactarse una comisión del 0,25/0,15 % respectivamente y a partir de los 10 primeros una comisión del 2%. ¿Pero que ocurrirá en el supuesto contrario, más habitual en la práctica? Parece claro que durante los diez primeros años podrá pactarse la comisión del 2%, pero transcurridos los mismos, ¿se podrá pactar adicionalmente durante los años once a trece/once a quince una comisión del 0,25/0,15 % respectivamente? En contra de esta posibilidad estaría el tenor literal del art. 23.5 LCCI que, a diferencia de lo que señala el art. 23.7 LCCI en relación con los préstamos/tramos a tipo fijo, tan solo se refiere a una posible comisión de amortización anticipada durante los tres/cinco «*primeros años de vigencia del contrato*».

c) Supuestos de cambio de interés variable a interés fijo: Atendiendo al tenor del art. 23.6 LCCI, para los casos de novación/subrogación activa con sustitución del tipo de interés variable por otro fijo durante toda la vigencia del contrato, y siempre con el límite de la pérdida financiera antes señalada, la comisión a cobrar por el prestamista no podrá superar el 0'15 % del capital reembolsado anticipadamente durante los tres primeros años de vigencia del contrato de préstamo. Pasado dicho plazo, no habrá derecho a comisión. Hay que tener en cuenta que esta regla está limitada al cambio en la estructura del tipo de interés para pasar de uno variable a otro fijo, entendiendo como fijo el tipo de interés que no varía en función de un índice de referencia objetivo. Por tanto, el tipo seguirá siendo fijo aunque se establezcan bonificaciones/penalizaciones que pueden dar lugar a un cambio al alza/baja del tipo aplicado.

Ahora bien, este precepto, tal y como está redactado, resulta de difícil interpretación:

- + Atendiendo a su tenor, cuando estemos ante un CCI y se produzca una subrogación activa con modificación de tipo variable a fijo en los tres primeros años de vigencia del contrato, parece que no será de aplicación ni la comisión máxima del 0,5%⁶ tratándose de la subrogación de préstamos a interés variable ni la comisión por amortización anticipada pactada en el contrato de préstamo sino el límite máximo del 0,15 % sobre el importe amortizado anticipadamente a la entidad subrogada. De esa manera, aunque la comisión pactada en caso de amortización anticipada —según las reglas para préstamos a tipo de interés variable ya vistas— fuese el 0,25%, solo habría lugar a cobrar al 0,15%. Y de igual forma, si la subrogación se produjese durante el cuarto año habiéndose pactado una comisión del 0,15% durante los cinco primeros años, no habría lugar a ninguna comisión. De esta forma se favorecen los préstamos a tipo fijo, lo que parece ser la intención del legislador.

Duda: ¿Esta comisión habrá de ser objeto de pacto expreso? Lo cierto es que el artículo 23, al regular los supuestos de novación y subrogación, no se refiere a la necesidad de pacto en este sentido, a diferencia de lo que establece en relación con la comisión de amortización anticipada en los préstamos a tipo fijo y variable. Sin embargo, creemos que de haberse pactado una comisión por reembolso anticipado superior al 0,15 % operaría como límite máximo. Por el contrario, de no haberse pactado comisión alguna, el acreedor subrogado nada tendrá derecho a cobrar.

- + ¿Qué ocurre con los supuestos de novación? La norma parece referirse a una novación contractual de tipo variable a fijo en la que simultáneamente se produzca un reembolso anticipado, supuesto que no es nada habitual en la práctica y además, ¿por qué fijar una comisión máxima distinta a la que las partes podría haber fijado —la del 0,25%— durante los tres primeros años vigente el tipo de interés variable? Ante este sinsentido, caben dos opciones: o bien aplicar la norma tal cual está redactada, en cuyo caso carecerá de virtualidad práctica, o bien entender que, en realidad, se está refiriendo a la comisión por novación máxima que puede cobrar el prestamista en caso de pasar de tipo de interés variable a fijo. En este último caso la comisión legalmente fijada no es incompatible con las que puedan establecerse con ocasión de la novación para cualquier reembolso anticipado futuro —dentro de los límites legales— por el tiempo que quede por cumplir del préstamo.

⁶ Establecida por la disposición adicional única del RD-ley 2/2003.

6.6. Aplicación retroactiva

La Disposición Transitoria primera en su apartado 3 dispone lo siguiente: «Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23». Este último precepto, que ya hemos analizado, es el que se refiere al reembolso anticipado con ocasión de las subrogaciones activas y de las novaciones cuando se produce un cambio de tipo variable a tipo fijo, de ahí que parece que debemos interpretar esta Disposición Transitoria en el sentido de que las comisiones máximas que aquí se establecen serán de aplicación en los supuestos analizados a todos los contratos, con independencia de la fecha de su celebración.

7. Comisiones

El artículo 15.3 LCCI establece una regla general en materia de comisiones para los CCI: «Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y **siempre que respondan a servicios efectivamente prestados** o gastos habidos que puedan acreditarse».

Además de esta regla general, en la LCCI nos encontramos con las siguientes reglas especiales:

- La comisión de apertura solo podrá cobrarse una vez y ha de incluir todos los gastos relacionados con la concesión del préstamo, en particular los de estudio, de ahí que estos últimos no puedan dar lugar a una comisión independiente. Además, si se tratase de un préstamo en divisas, la comisión de apertura habrá de incluir cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.
- En materia de comisión por reembolso anticipado nos remitimos a lo señalado en el epígrafe anterior.
- A nuestro juicio, la comisión por reembolso anticipado no es incompatible con la comisión por reclamación de impagados, la cual podrá introducirse siempre que se ajuste a la regla general anteriormente señalada.
- Y lo mismo puede decirse de la comisión por preparación de la documentación necesaria para llevar a cabo en su momento la cancelación registral de la hipoteca.
- Y en cuanto a la comisión por novación, ya hemos visto en el epígrafe anterior que, a nuestro juicio, en las novaciones de tipo variable a fijo el

límite del 0,15% a que se alude en relación con las comisiones por reembolso anticipado debe interpretarse como límite máximo a la comisión por novación. Ahora bien, existen toda una serie de supuestos dudosos:

- + ¿Qué ocurre cuando el cambio en la estructura del tipo de interés por pasar de variable a fijo se combina con otras modificaciones, en particular si han transcurrido ya los tres primeros años de vigencia del contrato? Entendemos que se puede mantener la autonomía de esos otros cambios para hacer posible el devengo de la correspondiente comisión, o en su caso la más alta que fuera posible, pero en este segundo caso sólo una por todos los conceptos modificados (es decir, si cambia el tipo y se amplía plazo dentro de los tres primeros años, sólo el 0'15 %; pero si es después de los tres primeros años, sólo el 0'10 %⁷). Quizá esto se deba matizar en los supuestos que *grosso modo* podemos calificar de adaptación del contrato a la nueva normativa que en cada momento resulte aplicable, pues, aunque no resulte exigible con ocasión de llevar a cabo una novación circunscrita a otras cláusulas, de hacerse simultáneamente con un cambio del tipo de interés de variable a fijo, habría de aplicarse en exclusiva el régimen de comisión previsto para este último. Diferente es si la otra operación es de ampliación del préstamo, pues se trata de una figura independiente que podrá generar su propia comisión de apertura.
- + ¿Qué ocurre en las novaciones de tipo fijo a tipo variable? En este caso habrá que estar a lo pactado.

8. El vencimiento anticipado

8.1. *Ámbito de aplicación de la nueva solución legal*

Una de las principales novedades de la LCCI es la de **configurar el vencimiento anticipado como un efecto legal de la concurrencia de un determinado supuesto de hecho**, sin necesidad de pacto alguno y con independencia de la opción procesal del acreedor, ya acuda a un juicio declarativo, a un procedimiento de ejecución común o hipotecaria, o a la venta extrajudicial ante notario. Por lo tanto, ya no es necesario prever el vencimiento anticipado por impago en el contrato de préstamo, aunque de introducirse en el mismo no se cuestiona su validez. Ahora bien, tal y como venimos reiterando, conviene no olvidar que la norma **no es de aplicación general**, ya que está ceñida a los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCCI⁸. Paradójicamente la DF Primera LCCI ha

⁷ Comisión máxima a cobrar por ampliación del plazo del préstamo ex art. 10 Ley 2/94, de 30 de marzo, por la que se regula la subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios a partir de la reforma operada por la Ley 36/2003.

⁸ A este respecto hay que matizar que el nuevo art. 129.bis LH relativo a la venta extrajudicial que reforma la Disposición Final Primera tres LCCI opta por reproducir el contenido del art. 24

introducido un art. 129 bis en la Ley Hipotecaria en sede de venta extrajudicial para regular el vencimiento anticipado en idénticos términos, si bien su ámbito de aplicación parece que se limita a los CCI en que el prestatario sea una persona física.

¿Qué ocurre con otros posibles supuestos de vencimiento anticipado? Los términos en que se expresa el art. 24.1 LCCI pueden generar la duda de si es posible pactar otras causas de vencimiento anticipado del CCI distintas de la falta de pago de capital/intereses en los porcentajes y mensualidades que veremos. La respuesta ha de ser claramente positiva, pues el precepto sólo regula un supuesto de pérdida legal del derecho al plazo (hay otros, p. ej. desmerecimiento de la tasación inicial, art. 9 LMH), pero no excluye que sea posible —además— una pérdida contractual de dicho derecho, idea que confirma el art. 12 LH al hablar en plural de «*cláusulas de vencimiento anticipado*».

Finalmente, apuntar que al ser el vencimiento una consecuencia jurídica de un incumplimiento imputable al prestatario, a nuestro juicio deberían destacarse en la FEIN.

8.2. *Requisitos para el vencimiento anticipado*

¿Cuáles son los requisitos que han de concurrir para que se produzca este vencimiento «ex lege»?

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que las cuotas impagadas equivalgan, al menos:
 - + Al 3% de la cuantía del capital concedido —inicial, no del pendiente en el momento del impago—, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo —desde la firma, sin tener en cuenta en este factor temporal una eventual carencia—. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses (pensemos en cuotas que no se paguen mensualmente).

LCCI, en lugar de remitirse a él, salvo en la definición del supuesto de hecho, pues omite mencionar al fiador/garante.

Ante la nueva regulación, puesto que la DGRN exige la indicación expresa de que sólo podrá acudir a este procedimiento en caso de falta de pago de capital o intereses, no bastando la mera remisión a la legislación hipotecaria, entendemos que bastará con esta indicación sin que sea necesario detallar en qué términos se producirá ese vencimiento, al ser un efecto legal que no exige pacto expreso.

- + Al 7% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considera cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

Si la falta de pago se produjera justo antes de pasar el ecuador del contrato, parece que se aplicaría la primera regla señalada.

En ambos casos cabe apuntar lo siguiente:

- La regla del número de cuotas sólo debería aplicarse cuando las cuotas fueran mixtas de capital e intereses (sistema francés), ya que si fueran sólo de carencia (o cuotas de amortización creciente), el prestatario se vería perjudicado por una «falsa» regla de equivalencia, ya que las cuotas tenidas en cuenta son menores a las que pagará en el futuro. En ese caso será necesario que el impago (aunque sólo sea por intereses) alcance el porcentaje indicado del capital inicial.
 - En el resto de los casos creemos que hay que entender que basta con que se cumpla uno de los dos requisitos establecidos: o que se haya impagado un 3/7% del capital inicial concedido o que se haya producido un impago equivalente a doce/quince plazos mensuales, según que estemos en la primera/segunda mitad de la duración del préstamo.
- c) Que el prestamista haya requerido de pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. Sólo transcurrido ese plazo el prestamista podrá declarar vencido el préstamo.

Ante este cambio de regulación convendrá que los prestamistas incrementen la cifra de responsabilidad hipotecaria por los intereses ordinarios, normalmente muy por debajo de la prevista para los intereses de demora, pues les tocará esperar mucho más antes de declarar vencido el préstamo, y por ello seguirán acumulándose intereses de este tipo.

8.3. *Aplicación retroactiva de la LCCI*

La Disposición Transitoria Primera dispone que **la nueva regulación en materia de vencimiento anticipado es aplicable a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI** salvo que los mismos contengan una previsión más favorable para el prestatario. La única excepción por tanto son los contratos cuyo

vencimiento anticipado se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI, con independencia de que se haya iniciado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria. Este último inciso implica dejar sin resolver los numerosos procedimientos de ejecución que se encuentran ahora mismo en suspenso en aquellos casos en que nuestros tribunales han declarado nula la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota que amparara el art. 693.2 LEC en su redacción anterior a la que ha sido objeto de reforma por la LCCI.

Además no hay que olvidar que esta regla sólo es aplicable al contrato que sea CCI, según los criterios de calificación de esta Ley. A los restantes préstamos hipotecarios será siendo de aplicación el art. 693.2 LEC, que, tras su reforma por la LCCI, remite a lo expresamente pactado, sin establecer un mínimo de cuotas impagadas para declarar el vencimiento anticipado, a diferencia de la redacción anterior que, como sabemos, exigía un mínimo de tres cuotas impagadas.

Sobre esta cuestión volveremos al referirnos a la reforma del precepto citado en el epígrafe V.3.a) si bien conviene apuntar, en relación con los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI y cuyo vencimiento anticipado aún no se hubiese planteado que, a la vista de la literalidad de la Disposición Transitoria analizada, pudiera plantearse que un consumidor optase por la inaplicación del nuevo régimen de vencimiento anticipado *ex lege*, por entender que lo pactado le es más favorable, en cuyo caso, de resultar declarada nula la cláusula de vencimiento anticipado por impago, redactada bajo la vigencia de la legislación anterior, nos encontraríamos con la misma problemática que la ya expuesta en relación con los contratos cuyo vencimiento anticipado ya hubiese sido declarado antes de la entrada en vigor de la LCCI o que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

9. Gastos del crédito inmobiliario

La LCCI tiene una previsión de distribución legal de gastos que se recoge en el art. 14.1.e) LCCI. Ahora bien, el reparto de gastos definido por ley no se aplica a todos los CCI, como vamos a ver a continuación.

9.1. Ámbito de aplicación

A) *Subjetivo*: El art. 14.1.e) LCCI no establece reglas generales sobre distribución de gastos para el préstamo hipotecario en general cualquiera que sea el prestatario, sino exclusivamente en el ámbito del CCI, y no para todos ellos, sino solo para los que revistan la forma de préstamo hipotecario, pues los gastos que desgana el referido artículo se refieren todos ellos al préstamo hipotecario. Por decirlo de modo sintético, **el régimen del art. 14.1.e) se aplica únicamente a los CCI hipotecarios.**

Por lo tanto, el reparto de gastos del art. 14.1 LCCI no se aplica a todas las hipotecas de consumidores. Como ya hemos visto, el CCI no es un contrato exclusivamente celebrado con consumidores, ni abarca todo el ámbito de las hipotecas, o sólo de las hipotecas. En particular, de acuerdo con la singular aplicación extensiva del concepto de CCI, sólo porque concurra en el fiador o garante la condición de persona física, en ocasiones sin necesidad de que sea consumidor, una persona jurídica que sea prestatario de un CCI también puede verse favorecida por esta regulación de distribución de gastos, sólo porque su administrador le avale en el préstamo que garantice con hipoteca sobre una vivienda. El resultado será bastante paradójico si se compara con el caso de un prestatario consumidor en un préstamo que no sea CCI (préstamo para consumo no inmobiliario —por ejemplo, con la finalidad de cubrir gastos médicos o formaciones universitarias en el extranjero— garantizado con hipoteca de un local), que seguirá sometido a la situación preexistente, siendo de aplicación, eso sí, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el carácter abusivo de ciertas cláusulas de reparto de gastos.

Habría que valorar la posibilidad de que, cuando el préstamo sea CCI por razón de fiador/garante persona física, el prestatario persona jurídica pueda, siempre que ello no repercuta sobre el fiador/garante, renunciar a ciertos beneficios de la LCCI, como el régimen de distribución de gastos (y lo mismo podemos decir de la comisión por reembolso anticipado). Dado que el fiador o garante no se ve afectado por el reparto de gastos del préstamo pues no estará obligado al pago de los mismos en ningún caso, nada debería impedir poder llegar a un acuerdo entre prestatario y prestamista de reparto de gastos distinto al definido por el art. 14 LCCI. Cuestión distinta es el tipo de demora, definido por esta ley, sobre el que no cabría pacto pues este elemento del contrato podría llegar a repercutir en el fiador o garante.

Para préstamos hipotecarios no incluidos en la LCCI seguirá siendo de aplicación la normativa hasta ahora existente sobre distribución de gastos, con la jurisprudencia del TS sentada en esta materia en cuanto a abusividad de ciertas cláusulas de distribución de gastos con consumidores (entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2019).

B) *Objetivo*: La regulación del reparto de gastos claramente se ha recortado sobre el patrón de la escritura de préstamo hipotecario, olvidando, de un lado, que no siempre ha de haber hipoteca para que exista CCI y, de otro lado, que ni siquiera siempre habrá de constar en escritura pública, ya que es posible que el CCI se formalice en póliza, intervenida notarialmente o no.

Para todos esos negocios que son CCI, pero no son préstamo hipotecario, o lo hipotecado no es un inmueble de uso residencial, la duda es si forzar la aplicación extensiva de la nueva regulación, o seguir acudiendo a las reglas generales en materia de gastos, con la matización pertinente respecto del consumidor cuando se trate de un pacto que pretenda cambiar esas reglas. Parece razonable no efectuar

esta aplicación extensiva pues la LCCI instaura una regulación especial que ha de ceñirse a su específico supuesto de hecho, al fijar claramente con la redacción del art. 14.1.e) el ámbito objetivo de aplicación del reparto de gastos únicamente al préstamo hipotecario. Este mismo razonamiento valdría respecto de las otras garantías, especialmente las personales —fianza o aval— que se constituyeran. Es decir, el reparto de gastos del art. 14.1.e) LCCI se aplica únicamente a los CCI que sean préstamos hipotecarios y para el resto se aplicarán las reglas generales.

También hay que puntualizar que estas reglas, según la DA 6.^a LCCI, también serán aplicables a la novación modificativa con las debidas adaptaciones, incluyendo la ampliación/reducción de hipoteca o su recarga. En cuanto a la subrogación activa, ya hemos visto cómo el legislador ha introducido unas normas específicas relativas a la devolución al prestamista originario de la parte proporcional de los gastos y de los impuestos pagados por él con ocasión de la misma. Y en cuanto a la subrogación pasiva que tenga lugar con ocasión de la transmisión del bien hipotecado en la misma escritura, no parece que en estos casos puedan regir las mismas reglas en materia de gastos que con ocasión de la formalización del préstamo hipotecario, ya que la subrogación, a efectos de la compraventa o transmisión previa, operaría como un medio de pago para el vendedor, ya que afecta a la manera de pagar el precio de compra y es una cuestión negociada entre el vendedor y el comprador por más que la entidad financiera preste su consentimiento al cambio de deudor. Por lo tanto, en estos casos, medie o no consentimiento de la entidad financiera, entendemos que no correspondería abonar los gastos al acreedor. Sin embargo, si esa subrogación pasiva va seguida de una novación modificativa del préstamo en el que se ha subrogado el comprador, o en su caso, se incorpora un fiador persona física al préstamo hipotecario subrogado o se produce algún otro tipo de modificación, sí que entrarían en juego las reglas de reparto de gastos que hemos analizado.

Finalmente apuntar que dado que ni el art. 14 ni la DA 6.^a LCCI hacen referencia a la cancelación de hipoteca, las reglas de reparto de gastos vistas no se aplicarán a las mismas, cuyos gastos habrán de correr a cargo del hipotecante (o titular de la finca hipotecada) que es el principal interesado en la cancelación, como ha venido a reconocer expresamente el Tribunal Supremo en su reciente jurisprudencia sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios con consumidores.

9.2. *La nueva orientación legal*

La distribución de gastos no es una cuestión de transparencia, sino una norma material de la LCCI, sujeta a su doble carácter imperativo e irrenunciable (salvo la sugerencia anterior). No se trata, por tanto, de que la LCCI considere abusivo cualquier pacto en sentido distinto, es que simplemente no se puede pactar de otro modo si se trata de un CCI hipotecario, lo cual en absoluto prejuzga que en

un contrato distinto una cláusula que establezca otro reparto de gastos deba ser considerada abusiva. Son cosas distintas.

9.3. *Gastos a cargo del prestatario*

- + Gastos de tasación del inmueble: En su totalidad, con independencia de quién haya encargado el informe de tasación (por tanto, el prestamista lo podrá repercutir). No así los de comprobación cuando hubiera aceptado la tasación presentada por el cliente.
- + Copias que solicite: Sólo cuando las solicite el prestatario. Hay que recordar, no obstante, que según la DA 8.ª LCCI el notario entregará o remitirá telemáticamente al prestatario (sólo a él, no al fiador/garante), sin coste, copia simple de la escritura de préstamo hipotecario. Esta copia es gratuita y por tanto no se puede repercutir al prestamista.

9.4. *Gastos a cargo del prestamista*

- + Gestoría: En su totalidad serán de cuenta del prestamista. Lógicamente, no se incluyen los de gestoría de cualquier escritura anterior, en particular la compraventa del inmueble que se hipoteca. No obstante, cuando la novación tenga lugar en la misma escritura de compraventa del inmueble habrá que separar la parte correspondiente a cada operación, en su caso repartiendo el gasto por mitad.
- + Notaría: El prestamista asumirá la totalidad del coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias que solicite. Esta misma regla se aplica a las novaciones (DA 6.ª LCCI).

Para el caso de una novación cuando ésta tenga lugar en la misma escritura de compraventa del inmueble con subrogación pasiva (habitual en las compraventas de primera mano en las que el comprador se subroga en la hipoteca del promotor) habrá que separar la facturación por cada concepto, pues mientras que la novación será de cuenta del prestamista la factura por la compraventa con subrogación será para el comprador subrogado (sin perjuicio de lo establecido en la escritura en cuanto a la compraventa entre vendedor y comprador). En aquellas subrogaciones pasivas en las que el banco acreedor exija la incorporación de un fiador, indudablemente el nuevo afianzamiento irá de cuenta de la entidad prestamista, y en estos casos, parece que estaríamos hablando además de una novación modificativa del préstamo que ahora pasaría a estar garantizado además de por hipoteca con afianzamiento, por lo que parece que la subrogación debería minutarse también al prestamista.

- + Registros: El prestamista debe abonar la totalidad de los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad, o Registro de Bienes Muebles en su caso (o la nota marginal de subrogación activa). Según la DA 8.^a LCCI, el Registro de la Propiedad remitirá gratuitamente y de forma telemática al prestatario nota simple literal de la inscripción practicada y de la nota de despacho y calificación (es gratuita, no se la puede cargar al prestamista).

Lo que no parece que tenga que pagar el prestamista son los aranceles registrales relativos a cuestiones no relacionadas directamente con el préstamo inmobiliario como, por ejemplo, la coordinación y bases gráficas, cancelación de cargas preexistentes, etc.

9.5. *Impuestos*

El impuesto de ITP-AJD se pagará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

9.6. *Otros gastos*

Respecto a otros gastos preparatorios como, por ejemplo, los de comprobación registral del inmueble, estado de deudas de la comunidad de vecinos, o consulta a CIRBE, parece que serán a cargo de quien los inste o realice, sin perjuicio de que el prestamista los puede repercutir en la comisión de apertura, que ahora englobará la de estudio.

9.7. *Regla especial en caso de subrogación activa*

Finalmente, indicar que la LCCI tiene una regla especial de reparto de gastos entre el acreedor subrogado y el subrogante para el caso de las subrogaciones activas que se recoge en el artículo 14.1.e) y se comenta en el apartado específico sobre esta cuestión, el I.3.3.3.B), al que nos remitimos.

V. OTRAS MODIFICACIONES DE INTERÉS INTRODUCIDAS POR LA LCCI

1. Reforma de la Ley Hipotecaria y del TRLGDCU

La LCCI en su Disposición Final Primera modifica los siguientes preceptos de la Ley Hipotecaria:

- i. Art. 12.II LH: «*Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por la hipoteca, cualquier que sea la entidad acreedora, en caso de calificación registral de las mismas y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*». A la vista de la nueva redacción, podemos señalar lo siguiente:
- + Desaparece así la restricción de la calificación registral a las cláusulas de trascendencia real, y por ello todas las cláusulas que vayan a constar en el asiento habrán de ser objeto de calificación por parte del registrador de la propiedad, zanjándose así la polémica existente en este punto.
 - + Todas las cláusulas se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.
 - + Todas las cláusulas que se inscriben tienen trascendencia real, y por eso se inscriben, si bien el precepto menciona tres tipos:
 - las cláusulas «*financieras*» de vencimiento anticipado,
 - las «*demás*» cláusulas financieras, pero de las obligaciones garantizadas por la hipoteca,
 - y las «*demás*» cláusulas de trascendencia real, en especial las señaladas en el art. 12.I LH.
 - + Desaparece la restricción a las entidades del art. 2 LMH y la nueva regla se aplica «*cualquier que sea la entidad acreedora*».
- ii. Art. 114, párrafo III LH, en los términos señalados en el epígrafe IV.3 relativo a los intereses de demora.
- iii. Art. 129 a) LH en materia de venta extrajudicial, en los términos señalados al estudiar la tasación en el epígrafe IV.4.
- iv. Art. 129 bis LH: este artículo relativo al vencimiento anticipado es introducido por la LCCI también en sede de venta extrajudicial en idénticos términos que los ya expuestos en el epígrafe IV.8.2 en relación con los CCI con carácter general, al que nos remitimos. La única diferencia es que el art. 24 LCCI que regula el vencimiento anticipado con carácter general se refiere a los «*contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física*» mientras que el art. 129 bis LH, tras su nueva redacción, se refiere solo al «*préstamo o crédito concluido por una persona física*».

- v. Art. 258.2 LH, el cual queda con la siguiente redacción: «*El registrador de la propiedad denegará la inscripción de aquellas cláusulas de los contratos que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas por sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.*»

Esta nueva redacción nos lleva a plantearnos: ¿cuál es el papel del notario ante cláusulas abusivas o contrarias a normas imperativas o prohibitivas?

A nuestro juicio hay que distinguir entre lo que es un control de legalidad propiamente dicho en cuanto al contenido imperativo de la LCCI y demás normas de la misma índole en la materia, el cual habrá de llevar a cabo el notario en el ejercicio de su función con ocasión del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario; y el control de abusividad, respecto del cual hay que distinguir:

- a) En caso de existir en el contrato de préstamo cláusulas abusivas que no hayan sido declaradas nulas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, el notario deberá realizar la oportuna advertencia y el registrador podrá denegar la inscripción de la cláusula abusiva.
- b) En caso de existir en el contrato de préstamo cláusulas abusivas declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, resulta de aplicación el art. 84 TRLGDCU, que no ha sido modificado, y según el cual los notarios y registradores de la propiedad no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en que se pretenda la inclusión de estas cláusulas.

En cualquier caso, con la nueva LCCI el paradigma contractual experimenta un cambio profundo, pues todo lo relacionado con el control de la información precontractual y las condiciones de la transparencia material se ha encomendado a la exclusiva competencia del notario, sin más cometido por parte del registrador de la propiedad que verificar la autorización del acta. Tratándose del contenido, el notario habrá de seguir valorando la abusividad de las cláusulas en los mismos términos que antes, sólo que no podrá negarse a autorizar, salvo que se trate de cláusulas declaradas nulas por sentencia inscrita, sólo informar y advertir, mientras que el registrador de la propiedad podrá rechazar su inscripción en los estrictos términos indicados por dicho artículo.

2. Cuestiones procesales

- i. Copias SAREB: se añade una DA 22.^a a la Ley 9/2012, de 14/11/2012, para que si la SAREB careciera de copia con eficacia ejecutiva y no pudiera expedirse directamente a su favor con arreglo al art. 517 LEC y

la legislación notarial, baste que acompañe a la demanda ejecutiva una copia autorizada de la escritura, que podrá ser parcial, en la que conste que se expide al amparo de esta disposición y a los efectos del art. 685 LEC, junto con la pertinente certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca, sin perjuicio del derecho del deudor a oponerse por doble ejecución.

Lo cierto es que la reforma llega un poco tarde, cuando ya no es tan necesaria, pues la DGRN admite la legitimación de la SAREB para obtener primera copia con eficacia ejecutiva «*para sí*». Hubiera sido mucho más sencillo reconocer a la SAREB la posibilidad de presentar la certificación del Registro de la Propiedad con cualquier copia, aunque no sea ejecutiva. En su lugar se crea un extraño procedimiento donde el notario, al expedir la copia que acompañará a la certificación del Registro de la Propiedad, ha de indicar que no tiene eficacia ejecutiva, pero que se expide al amparo de la DA 22, Ley 9/2012, a los efectos del art. 685 LEC. El problema es que, para ello, el notario habrá de comprobar antes que no puede expedirse directamente a su favor una copia con eficacia ejecutiva, aunque con arreglo a la nueva doctrina de la DGRN es muy probable que sí puede obtenerse, haciendo entonces inaplicable el precepto.

Por todo ello, a nuestro juicio, es conveniente que al pedir la copia la SAREB lo haga siempre con eficacia ejecutiva, y para el caso de no ser posible que también la pida subsidiariamente con arreglo a la nueva disposición, pues, si pide directamente una copia no ejecutiva al amparo de esta última (podría hacerlo en cualquier caso, pero entonces no le serviría a los efectos del art. 685 LEC, pues no podrá constar que es al amparo de esa norma), corre el riesgo de que el notario no se la quiera dar con el argumento de que puede expedirse directamente a su favor primera copia con eficacia ejecutiva.

- ii. ¿Qué pasa con el tipo de subasta en la ejecución hipotecaria?: como ya hemos apuntado, se mantiene el límite inferior del 75 % sobre la tasación en el procedimiento de ejecución directa. Pero si se quiere fijar un tipo de subasta inferior hasta en un 75% a la tasación en este último, no podrá pactarse la venta extrajudicial.
- iii. Reforma del art. 693.2 LEC, que queda con la siguiente redacción: «*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el siento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física que está garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria*». A

la vista de este precepto, de nuevo hay que lamentar la falta de precisión del legislador pues el ámbito de aplicación de la LCCI no coincide exactamente con aquél en el que la norma transcrita nos remite al art. 24 de la misma, si bien parece que la norma hay que interpretarla en el sentido de que, tratándose de un CCI, habrá que estar a lo prescrito en el art. 24 LCCI ya estudiado para declarar vencido anticipadamente un préstamo y poder ejecutar el inmueble.

Por el contrario, cuando no estemos ante un CCI es necesario que se pacte el vencimiento anticipado por impago si bien, ante la ausencia de un plazo mínimo —al haber desaparecido la referencia de las tres mensualidades—, será conveniente que se tenga en cuenta por parte de las entidades financieras, al menos siempre que el prestatario sea un consumidor, lo establecido por el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013 —asunto C-415/11—.

- iv. ¿Qué pasa con la dación en pago?: uno de los datos que debe destacarse en la publicidad y en la información general es si está prevista la opción del deudor de poder dar en pago el inmueble hipotecado en garantía del préstamo, con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda derivada del mismo.

Así formulada esta mención es engañosa, ya que tal opción realmente no se puede pactar. El art. 140 LH para nada regula una dación en pago, sino una ejecución hipotecaria en sentido estricto, pero sin la posibilidad de perseguir otros bienes del deudor, caso de que concluido el procedimiento aún quedare deuda insatisfecha. Al contrario, como tal pacto de dación en pago sería incompatible con las exigencias procedimentales que impone la hipoteca.

- v. El Código de Buenas Prácticas: pasa a ser un mecanismo permanente que también se aplica a los contratos posteriores al 11 de marzo de 2012, sin límite de cara al futuro, pero será siendo de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

3. Derecho transitorio

3.1. *La regla general de la irretroactividad*

La LCCI no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.

A estos efectos entendemos que **la referencia temporal es la suscripción del contrato, el momento de su celebración**, normalmente en escritura/póliza no-

tarial, no la inscripción en el Registro de la Propiedad. Y lo será incluso respecto de aquellas cláusulas que pueden verse ahora eliminadas o modeladas en su contenido por la LCCI, y ello porque lo son por intervención directa del legislador, no porque las nuevas sean normas meramente interpretativas, complementarias o ejecutivas, o expliciten ahora un carácter abusivo que ha estado latente desde la firma del contrato. Por ese motivo, la mera subsanación, rectificación o complemento de una escritura otorgada con anterioridad no ha de verse propiamente como una novación sujeta a la regla especial que después se examina, sino como una proyección del contrato suscrito antes de la reforma, que seguiría gozando de aquella exención temporal. En particular:

- 1) Tasación de los bienes: la exigencia en la venta extrajudicial de que el tipo de subasta coincida con el valor señalado en la tasación, eliminando el margen del 75 %, no ha de suponer que dicho tipo se deba incrementar al 100 % con ocasión de poner en marcha el procedimiento después de la entrada en vigor de la LCCI, si antes dicho tipo se fijó entre el 75 % y 100 %.
- 2) Reembolso anticipado: salvo en materia de novación/subrogación, mantendrán su vigencia las comisiones que se hubieran pactado en el pasado.
- 3) Interés de demora: si hay pacto sobre el interés de demora, prevalece el pacto. De ser abusivo por superar el recargo de dos puntos: seguirá siendo abusivo, con todas las consecuencias asociadas a su invalidez, sobre todo a la vista de la STJUE de 7 de agosto de 2018, que permite cobrar, al menos, un interés igual al ordinario.
- 4) Gastos: las nuevas reglas de distribución de gastos sólo son aplicables a los CCI futuros.

3.2. *Novación/subrogación posterior a la entrada en vigor*

A pesar de haberse consagrado como regla la irretroactividad de la LCCI, sí que se establece la aplicación de la LCCI a aquellos contratos celebrados con anterioridad, siempre que en el momento de su celebración (o subrogación pasiva) hubieran podido recibir la calificación de CCI, cuando sean objeto de novación/subrogación con posterioridad a su entrada en vigor, y en el caso de la segunda sin distinguir entre subrogación activa (donde siempre han de cambiar algunas condiciones, y por eso puede subsumirse en la novación) o pasiva (donde puede no haber cambio material alguno, sólo subjetivo del deudor).

Duda: una cosa son las obligaciones de transparencia deducibles de la DA 6.^a LCCI, que han de aplicarse en cualquier subrogación/novación posterior a la entrada en vigor de la Ley, aunque el préstamo subrogado/novado sea anterior,

y otra la aplicación de la LCCI al contenido o a la futura ejecución del contrato. Respecto de lo segundo, parece que la constricción legal a los contenidos «*objeto de modificación*» permite excluir la aplicación íntegra de la LCCI a todo el contrato, sólo por el hecho de haberse producido una subrogación/novación. Siendo así, todo dependerá del alcance de la modificación de condiciones pactada (puede no haberla en la mera subrogación pasiva), pues sólo las nuevas habrán de someterse a la LCCI, no así las que permanezcan iguales. Por ello, el profesional habrá de informar especialmente sobre esos cambios, lo cual resulta una obviedad ya deducible del régimen general en todo caso aplicable, por lo que más bien debería informarle sobre los cambios que no se van a producir, a pesar de ser otro el nuevo régimen legal vigente (p. ej., comisiones por reembolso anticipado).

Ahora bien, las obligaciones de información habrán de ser especialmente cuidadosas al señalar las condiciones de partida, para evitar una novación trampa.

¿Y qué ocurre con los préstamos en que la oferta vinculante se hubiese aceptado por el prestatario antes de la entrada en vigor de la LCCI, cuando la formalización del préstamo tiene lugar con posterioridad? La DGRN en su Instrucción de 14 de junio de 2019 ha establecido que solo si puede acreditarse de forma fehaciente que la FIPER u oferta vinculante fue emitida y aceptada con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI podríamos estar ante un contrato preexistente a la LCCI y, por tanto, susceptible de elevación a público sin necesidad de cumplir con las normas de transparencia material y, en particular, sin necesidad de acta previa. En cualquier otro caso, aun cuando estemos en los primeros días de vigencia de la LCCI, resulta obligatoria el acta previa sin perjuicio de que la misma pueda realizarse no solo sobre la base de la FEIN, FiAE y demás documentación exigible por la LCCI, sino también de la FIPER, siempre que resulte acreditada una fecha de entrega de la misma anterior a la entrada en vigor de la LCCI.

B) Reembolso anticipado: el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el art. 23.6 LCCI, cualquiera que sea el momento en el que se hubiere celebrado el contrato, suscitando la duda de si las comisiones en caso de novación por pasar de interés variable a fijo serán las antes indicadas, sólo cuando se trata de CCI. A la vista de la singular inexactitud terminológica que el legislador muestra en ese precepto, tal y como ya hemos apuntado, quizá debamos entender que realmente se refiere a la comisión de novación, aunque equivocadamente hable de reembolso anticipado, y por eso en relación con las comisiones de reembolso anticipado propiamente dichas seguirá aplicándose la regla general de la irretroactividad en los términos vistos. No así si se trata de una subrogación acreedora con novación de tipo variable a fijo, tal y como ya hemos expuesto en el epígrafe IV.6.5 al que nos remitimos. Quedarán sin efecto, por tanto, las comisiones pactadas que se refieran a la novación/subrogación por sustitución de un interés variable por otro fijo siempre que se trate de préstamo que pueda reconducirse al ámbito de aplicación de la LCCI. Lo discutible en estos casos será cómo computar el plazo de tres años previsto en el art. 23.6 LCCI. A nuestro juicio no debería ser desde la celebración del contrato, sino desde la entrada en vigor de la LCCI.

3.3. *Uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías*

La DGRN, en su Instrucción de 14 de junio de 2019, ante la situación existente justo antes de la entrada en vigor de la LCCI (16 de junio) y con la finalidad de garantizar que todas las entidades financieras tengan tiempo para desarrollar la correspondientes plataformas para la remisión de la documentación obligada al notario con todos los requisitos y garantías necesarias, ha autorizado hasta el día 31 de julio de 2019 la firma de operaciones, mediando el acta notarial previa, pero tramitándose la preparación de la misma sin hacer uso de las plataformas informáticas previstas en la LCCI y su Reglamento de desarrollo. Para ello se admiten medios alternativos como: la entrega de la documentación en papel, su remisión por correo u otros medios informáticos, siempre que estos reúnan las debidas medidas de seguridad y, en todo caso, siempre que el notario pueda asegurarse de la fehaciencia de la fecha de entrega de la documentación al prestatario, así como de su no modificación desde la entrega.

*(Trabajo recibido el 24/06/2019
y aceptado para su publicación el 28/06/2019)*

GUÍA PRÁCTICA DEL ACTA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS DE DEUDOR PERSONA NO EMPRESARIA O PROFESIONAL

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

Notaria

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

Notaria

RESUMEN

El artículo ofrece una guía práctica y actualizada para el nombramiento por notario de mediador concursal mediante el acta de acuerdo extrajudicial de pagos de deudor persona no empresaria o profesional. Se contempla el procedimiento diferenciando requisitos, fases e hipótesis, incidiendo en la forma concreta de llevarlos a efecto.

Palabras clave: mediador concursal, acta de nombramiento, acuerdo extrajudicial de pagos, concurso consecutivo, deudor no empresario.

PRACTICAL GUIDE TO THE EXTRA-JUDICIAL DECISION PAYMENT AGREEMENT OF PERSONS NOT BUSINESS OR PROFESSIONAL

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

Notary

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

Notary

ABSTRACT

This article offers a practical and updated guide for the appointment by a notary of a bankruptcy mediator through the agreement of extrajudicial settlement of debtor payments, by persons not business or professional. The procedure addresses the differentiat-

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA Y LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

ing requirements, phases and hypotheses, which influence the precise manner of carrying them into effect.

Keywords: bankruptcy mediator, certificate of appointment, extrajudicial payment agreement, consecutive arrangement, non-business debtor.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS NECESARIOS.—III. FASES. 1. Requerimiento inicial y formación del expediente. 2. Diligencias posteriores. 3. Conclusión del expediente y cierre del acta. 3.1. Falta de aceptación por parte de los mediadores concursales nombrados. 3.2. Aceptación por parte de algún mediador concursal. 4. Índice notarial.

I. INTRODUCCIÓN

La modificación de la Ley Concursal, por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y la Ley 25/2015, de 28 de julio, introduce al ámbito concursal el acuerdo extrajudicial de pagos, contemplándose competencia para el notario si el deudor insolvente es persona física no empresario. Esta materia está regulada en el Título X de la Ley Concursal (artículos 231 y siguientes) y es interesante, a efectos prácticos, porque si se fracasa en el intento de lograr un AEP hay que instar el concurso del deudor, que se abre ya en fase de liquidación, y una vez concluido éste por liquidación o por insuficiencia de masa activa, se abre la puerta a poder obtener la exoneración del pasivo pendiente, para lo cual es requisito indispensable haber al menos intentado celebrar un AEP (art. 178 bis.3.3.^a LC).

II. REQUISITOS NECESARIOS

¿Cuáles son los requisitos que el notario debe apreciar para tramitar el acta?

1. Que el solicitante sea una **persona física no empresario**¹.
2. Que la deuda **no** alcance los **5 millones de euros**.
3. Que **no haya sido condenado** por sentencia firme en los 10 años anteriores por delitos patrimoniales.
4. Que en los 5 años anteriores **no haya sido declarado en concurso**, o alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación homologado judicialmente.

¹ Tendrán la consideración de empresarios: quien tenga tal condición conforme con la legislación mercantil, quien ejerza actividades profesionales y los trabajadores autónomos.

5. **Que no se encuentre negociando** un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso haya sido admitida a trámite².
6. Que el solicitante esté domiciliado en una localidad donde el **notario es competente**³.

III. FASES

1. Requerimiento inicial y formación del expediente

Fundamentalmente consiste un requerimiento hecho por el deudor al notario para que incoe el expediente y la aportación de ciertos documentos por parte del deudor que conformarán el expediente. Esta documentación está compuesta por:

- En primer lugar, por la documentación destinada a acreditar el cumplimiento de los requisitos previamente indicados:
 - Certificado de antecedentes penales.
 - Consulta negativa al Registro Público Concursal. Por el DNI del deudor, en esta página *web*: <https://www.publicidadconcursal.es/concursal-web/afectado/buscar>.
 - Prueba suficiente para acreditar la competencia del notario, es decir, debe justificar su domicilio en la localidad del notario⁴. No obstante, en algunos distritos también se atribuye esta competencia por turno.
- En segundo lugar, por una serie de documentos contemplados en la Orden JUS/2831/2015 o que se desprenden de la misma:
 - El escrito inicial: recogido en la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre. El deudor deberá rellenar el formulario y firmarlo.
 - Certificado de nacimiento o Libro de Familia (para contar con los datos para la posterior notificación al registro civil del lugar de nacimiento).
 - Los documentos sobre cuestiones laborales y de rentas, que acreditan que no se es empresario o profesional:

² Este requisito se puede comprobar con la oportuna consulta al Registro público concursal.

³ Para apreciar la competencia del notario acudiremos a las reglas generales recogidas en el reglamento notarial.

⁴ Esta circunstancia puede acreditarse bien mediante el domicilio que conste en el DNI, certificado de empadronamiento o de la forma que el notario considere oportuna para quedar suficientemente justificada su competencia.

- Certificado de renta y declaración del impuesto del patrimonio.
- Últimas tres nóminas, ayudas sociales o pensiones de jubilación.
- Los documentos relativos a los bienes del deudor:
 - Bienes inmuebles: copia autorizada o simple de la escritura y nota simple del Registro de la Propiedad.
 - Garantías hipotecarias: es necesaria una certificación de dominio y cargas solicitada a tal efecto al Registro de la Propiedad. También, y cuando el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión a los efectos del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, la declaración responsable firmada por él mismo de cumplir los requisitos previstos para ello en dicho texto legal y de conocer las consecuencias de la aplicación indebida de dichas medidas.
 - Garantías no hipotecarias: es precisa copia autorizada de la escritura.
 - Cuentas bancarias, fondos de inversión o similares: certificados expedidos por la entidad financiera.
 - Bienes muebles: un anexo con la descripción de cada bien y su identificación (modelo, matrícula, registro, fecha de adquisición...).
- Los contratos en vigor con los acreedores deben ser originales o copias fehacientes.

Al acta de requerimiento inicial hay que incorporar la documentación que hemos indicado previamente; si bien, dado que la documentación puede ser muy abundante, en relación con determinados documentos (así, las copias autorizadas relativas a determinados bienes), bastaría una reseña completa de los mismos en el acta, acompañándose al acta para su posterior entrega como expediente al mediador concursal.

2. Diligencias posteriores

1.º— Nombramiento de mediador: Dentro de los cinco días siguientes a la firma del acta de requerimiento inicial al notario, se procede a nombrar mediador por medio de la web: <https://extranet.boe.es/index.php?referer=/dmc/index.php>. Se accede mediante la tarjeta de firma electrónica, se elige la provincia del domicilio del deudor y se solicita la designación de mediador; el sistema procederá a indicar el nombre del mediador y su email.

2.º— Notificación al mediador designado: Se envía un correo firmado electrónicamente al mediador designado, conteniendo las siguientes circunstancias: «*Que ha sido designado para el expediente (con datos de identificación del deudor-requiere y del activo y pasivo), que tiene un plazo de cinco días para aceptar o rechazar la designación, y que si acepta deberá comparecer en la notaría para formalizar la aceptación*».

a) Si el mediador designado rechaza el nombramiento: Hay que proceder a nombrar un nuevo mediador siguiendo el sistema indicado (pulsando rechazar en aquel anteriormente elegido por la página *web*), hasta que un mediador acepte el cargo, en cuyo caso en la página del *BOE* se dará a «aceptar».

b) Si el mediador designado acepta el nombramiento: Tiene que comparecer en la notaría para formalizar dicha aceptación en diligencia, incorporándose el impreso de su designación al acta.

3.º— Formalización de la aceptación: Mediante diligencia se hará constar la aceptación por parte del mediador, debiendo indicarse: «Que acepta el cargo, la entidad aseguradora de su contrato de responsabilidad civil, la fijación de sus honorarios o al menos las reglas para determinarlos y un email para notificaciones». Se le entregará al mediador copia del acta hasta el momento de su aceptación con toda la documentación que conforma el expediente y se hará constar esta circunstancia por diligencia.

4.º— Comunicaciones: Una vez aceptado el cargo por el mediador hay que practicar una serie de comunicaciones sobre la apertura de las negociaciones y hacerlo constar por diligencias sucesivas en el acta:

- **Al Registro Público Concursal**: Se hace constar el inicio de las negociaciones mediante la firma electrónica en la página *web*: <https://www.registradores.org/registroVirtual/init.do>, para lo cual hay que estar previamente dado de alta en un servicio específico relativo al ámbito concursal. Los pasos a seguir son: presentación telemática de documentos < nueva presentación < seleccionar en la pestaña: acuerdos extrajudiciales > rellenar los datos del deudor y del notario y dentro del apartado «acuerdo extrajudicial» seleccionar en la pestaña «nombramiento de mediador concursal», procediendo a rellenar los datos del mediador nombrado. Por último, se sube copia simple del acta.
- **Al Juzgado de Primera Instancia que fuera competente para entender del procedimiento concursal**: La comunicación habrá de hacerse al Decanato de los Juzgados de primera instancia por correo ordinario certificado. En la comunicación se ha de indicar: los datos de identidad, DNI del deudor, la fecha de otorgamiento del acta y número de protocolo, la fecha de aceptación, identidad y NIF del mediador concursal, el *email* a la que los acreedores pueden efectuar cualquier comunicación o notificación, el núme-

ro de expediente y la indicación de que se trata del deudor persona natural no empresario previsto en el artículo 242 bis de la LC. A la comunicación se acompaña copia simple del acta.

- **A la Agencia Tributaria:** Es una comunicación electrónica, en la página web: https://www.agenciatributaria.gob.es/AEAT.sede/Inicio/Procedimientos_y_Servicios/Otros_servicios/Otros_servicios.shtml. Dentro de «otros servicios» se pulsa en Acuerdos extrajudiciales de pagos y declaración de concursos < después en el formulario < presentar nuevo formulario < se rellena el formulario y se sube copia simple del acta.
- **A la Tesorería General de la Seguridad Social:** Es una comunicación electrónica, en la página web: https://sede.seg-social.gob.es/wps/portal/sede/sede/EmpresasyProfesionales/comunicacion%20y%20variacion%20de%20datos/202352/!ut/p/z1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfIjo8-zijQ3NTAwtDQx93A08XQ0cQ329Qy2NA43dHU31w_EpMLA00I8i-Rr8BDuBIUL8XIQVAHxgV-Tr7putHFSSWZOhm5qXl60ck5-eW5mUmJyYDvalQqVCWWJQJYaekKqQkluQX60cYGRgZmxoBHRi-FzwqwF8EK8PghOLVYvyA3NKLKx8Mgy8RREQDDWyf-/dz/d5/L2dBISvZ0FBIS9nQSEh/, accediendo con el certificado electrónico. De nuevo se rellena un formulario en la página web y se sube copia simple del acta.
- **Al Registro Civil del lugar de nacimiento del deudor:** Es una comunicación por correo ordinario certificado, acompañado de una copia simple del acta inicial, con los datos de inscripción en dicho registro del nacimiento del deudor.
- **A los Registros de la Propiedad:** A los registros de en que el deudor tenga bienes inmuebles se envía una copia autorizada electrónica total, indicando que se envía de acuerdo con lo previsto en el artículo 233.3 de la LC y para la práctica de los asientos procedentes. Se envía por SIGNO copia autorizada electrónica.
- **Al Registro de Bienes Muebles,** si hubiera bienes inscritos en dicho registro a nombre del deudor.

3. Conclusión del expediente y cierre del acta

3.1. Falta de aceptación por parte de los mediadores concursales nombrados

En vista de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 14 mayo de 2019 en respuesta a la consulta formulada por la Junta Directiva del Colegio de Madrid, el 19 de noviembre de 2018, caben tres posibilidades en caso de falta de aceptación:

- Se puede cerrar el acta trascurrido el plazo de dos meses en caso de falta de aceptación de todos los mediadores nombrados. El cómputo, por ser más beneficioso para el deudor, se deberá contar desde el día que se intente la designación del primer mediador concursal y no desde la firma del requerimiento por el deudor.
- Se puede fijar, con carácter previo, en el requerimiento inicial un número máximo de intentos de nombramiento de mediadores, pasado el cuál sin haber logrado que ningún mediador acepte, se procede asimismo al cierre del expediente.
- Se puede fijar en el requerimiento inicial un número máximo de intentos de designación de mediador, y si resultan infructuosos, puede el Notario designar directamente a un mediador que esté dispuesto a aceptar.

3.2. *Aceptación por parte de algún mediador concursal*

Una vez aceptado el cargo por el mediador y realizadas las comunicaciones por parte del notario, en este punto la negociación queda a cargo del mediador, que tendrá por cometido reunir a deudor y acreedores para tratar de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo.

Transcurrido este plazo de dos meses el notario comunicará al Registro Público Concursal el cierre del acta, indicando que ha concluido el procedimiento y si en el mismo se ha alcanzado el acuerdo o no, según lo que le haya comunicado a su vez el mediador encargado del expediente. El notario dejará constancia por diligencia de dicha comunicación. Adicionalmente a la comunicación anterior hemos de diferenciar en la actuación notarial dos hipótesis:

- a) Si se ha alcanzado el acuerdo entre el deudor y los acreedores:
 - 1.º Dicho acuerdo extrajudicial deberá **elevarse a escritura pública**.
 - 2.º El notario **cierra el acta** por diligencia indicando en la misma los datos de la escritura pública donde conste el acuerdo alcanzado.
 - 3.º El notario deberá **notificar** el cierre del expediente a los Registros de la Propiedad y Juzgado de Primera Instancia que fuere competente en los términos indicados previamente.
 - 4.º El notario publicará **anuncio** en el Registro Público Concursal con la información que indica el artículo 238.2 de la LC.

- b) Si NO se ha alcanzado el acuerdo entre el deudor y los acreedores: el mediador deberá solicitar la declaración del **concurso de acreedores**, comunicándoselo así al notario, que procederá a cerrar el acta mediante diligencia. La copia autorizada del acta se aportará a la solicitud de concurso de acreedores.

4. Índice notarial

De cara a la preparación y envío del índice los códigos relativos al documento son los siguientes:

- El código a utilizar para este tipo de actas es el 1029: «1029 ESCRITURA O ACTA DE PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN CONCURSAL».
- Si se logra llegar a un AEP, se indica en el código 1029 que la escritura pública por la que se formalice el mismo debe darse de alta por medio del código 1027: «1027 ACUERDO DE MEDIACIÓN».
- Si se da íntegro cumplimiento al AEP, el acta por el que se deje constancia de ello debe ser notificada como «Acta de Manifestaciones», código 1602.

*(Trabajo recibido el 03/05/2019
y aceptado para su publicación el 20/05/2019)*

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

APORTACIONES SIN AUMENTO DE CAPITAL. UNA FISURA EN EL SISTEMA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

JUAN E. BALLESTER COLOMER

Registrador mercantil

LETICIA BALLESTER AZPITARTE

Notario

RESUMEN

Existe en la práctica societaria una operación atípica cada vez más frecuente por virtud de la cual los socios aportan bienes a una sociedad con destino a la cuenta 118, aparentemente sin contraprestación alguna. Se trata de un modo de adquirir el dominio creado por la fiscalidad y la contabilidad que escapa a todos los controles notariales y registrales, tanto jurídicos como administrativos, así como de la publicidad del Registro mercantil. En este artículo se pretende, a base de su tratamiento tributario y contable, indagar en su naturaleza jurídica para dotarla de un régimen legal, sacando a la luz los problemas que se plantean. Como su función es similar a la del capital social frente a terceros, pero no cumple las funciones del capital social internas, conviene ir de la mano de las normas que regulan el aumento de capital, decidiendo cuáles deberían aplicarse —en tanto atienden a la primera función—, desdeñando las que tienen por finalidad regular las relaciones entre los socios. Incluso planteando las que ya son aplicables por analogía al existir identidad de razón. También se advierte de las infinitas posibilidades que plantea pensar en su consolidación como una alternativa a la cuenta del capital social y de la urgencia de acometer su regulación por tratarse de una verdadera fisura en el sistema de las sociedades de capital.

Palabras clave: sociedades de capital, aportaciones de socio, aumento de capital, fondos propios

CONTRIBUTION OF ASSETS WITHOUT AN INCREASE IN SHARE CAPITAL. A BREACH IN THE SYSTEM OF CAPITAL COMPANIES

JUAN E. BALLESTER COLOMER

Registrar of property and trade

LETICIA BALLESTER AZPITARTE

Notary

ABSTRACT

An atypical business transaction, in which a company's shareholders contribute assets to account 118, apparently without a retribution or exchange, is becoming very popular. It is a way of acquiring property, created by accounting and taxation, that escapes all intervention from notaries and registrars, legal or administrative, as well as publicity in the Trade and Commercial Registry. This article intends to draw a legal regime from its tax and accounting regulation, bringing to light the problems it can pose. Its role is similar to share capital regarding creditors, but not regarding internal relationships among shareholders. Thus, we analyze the rules of increase in share capital, deciding which should be applied to our case —because they concern creditors—, and disdaining those that solely concern shareholders, and even mentioning those that should be applied by analogy. We also warn of the immense possibilities offered by this commercial transaction if it consolidates as an alternative to the share capital account, and the urgency of undertaking its complete legal regulation, being a real breach in the system of capital companies.

Keywords: capital companies, shareholders contribution of assets, increase in share capital, equity

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO.—III. RÉGIMEN JURÍDICO. 1. Elementos personales. 2. Elementos reales. 3. Elementos formales.—IV. EL ACUERDO DE RETORNO.—V. DESTINO DE LA CUENTA.—VI. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES. 1. Distinción del préstamo. 2. Distinción de la donación o subvención. 3. Distinción de la aportación a capital y de la prima de emisión.—VII. NATURALEZA JURÍDICA.—VIII. APORTACIONES NO A PRORRATA.—IX. POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN.—X. CONCLUSIÓN. ANEXO. TRATAMIENTO FISCAL EN LA ACTUALIDAD. 1. Impuesto sobre Sociedades en la cesionaria. 2. Impuesto sobre la Renta del aportante. 3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados. 4. Impuesto sobre Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana. 5. Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

I. INTRODUCCIÓN

Si nos permiten una anécdota, esperando en la cola de la Agencia Tributaria, el contribuyente que precedía presentó al funcionario del mostrador una sociedad civil constituida en documento privado y éste le preguntó: «¿Con o sin personalidad jurídica?» Después de ríos de tinta escritos, batallas campales entre notarios y registradores, el intento fallido de su inscripción en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1990, cambios jurisprudenciales y discusiones sobre el carácter civil o mercantil de su objeto, resulta que era tan sencillo como ponerles un código.

La autoridad fiscal ha decidido que la personalidad jurídica se la otorga el hecho de presentar en la Agencia Tributaria el documento de constitución de la SCP, aunque sea privado, pues considera la DGT que la misma presentación implica la falta de secreto de los pactos del artículo 1.169 del Código civil. Por tanto, a pesar de no ser un registro público que pueda informar a terceros, presupone que presentar un documento en ventanilla produce conocimiento general, porque *Hacienda somos todos*.

La contabilidad y la fiscalidad han ganado la partida a los juristas. En los años noventa, con la gran reforma del Derecho societario la fiscalidad procuraba el funcionamiento unitario del ordenamiento jurídico a la hora de calificar una misma operación y decía, por ejemplo, «que es escisión a efectos tributarios (tratamiento neutro) lo que mercantilmente es escisión (inscrita en el Registro mercantil)»; pero hace tiempo que tomó el control y es el Derecho quien sigue como puede sus pasos. La operación que vamos a analizar, la aportación a la cuenta 118, es un ejemplo de cómo, ante una normativa fiscal y contable, hay que encuadrarla dentro del marco clásico de los negocios jurídicos, ya que la fiscalidad atiende al resultado económico siguiendo su propio ritmo, desechando incluso la

validez del negocio jurídico¹ sin conocer los principios generales del Derecho y, en ocasiones, como ésta, sacándose de la manga los requisitos jurídicos cuando no están previstos en la ley. Contra este apunte contable parece urgente, como veremos, reaccionar.

II. CONCEPTO

Cuando las aportaciones de los socios a la sociedad tienen por destino el capital social están rigurosamente reguladas en Derecho societario, y cuando se anotan en las cuentas corrientes con socios o préstamos a largo y corto nos remitimos a la naturaleza jurídica del préstamo. A medio camino entre ambos, aunque más cerca del capital social, se encuentra una cuenta del pasivo, la 118, «aportaciones de socios o propietarios».

Este negocio jurídico que tiene en jaque al sistema carece de una regulación legal y ha sido calificado como una operación *low cost*², pues ofrece un producto básico, funcional, sin extras y barato, pero de la misma calidad que el producto tradicional equivalente. Desde el punto de vista formal es más sencillo de llevar a cabo que una ampliación de capital, pues no está sometido al régimen de publicidad del Registro mercantil ni precisa control notarial-registral, ni jurídicamente ni en materia de blanqueo de capitales.

Por el momento se encuentra prácticamente fuera del conocimiento científico de los juristas, no se estudia en la Facultad de Derecho, hay muy pocos trabajos doctrinales y la mayoría de los profesores, abogados mercantilistas, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles apenas saben bien de qué se trata o empiezan a tener noticia ahora, muy especialmente desde que llegan documentos al Registro de la propiedad con aportaciones de fincas sin aumento de capital social. Muchos preguntan ¿qué es esto?, pero quien la conoce, se apunta.

Tradicionalmente la cuenta 118 se había utilizado con cierta frecuencia en aquellas sociedades con problemas financieros o de viabilidad para ir tirando, taponando agujeros³. Pero se ha generalizado su uso hasta llegar a ser desmesurado e incluso incontrolado⁴.

¹ BAGO ORIA: *Dos visiones de la causa jurídica: el derecho fiscal y el derecho privado* «... ante un negocio causalmente nulo, un experto en derecho privado no continuaría su indagación, mientras que el fiscalista analizaría la conveniencia de uno u otro gravamen y, por lo tanto, aceptaría de forma implícita que esa conducta existe y puede producir efectos jurídicos».

² BALLESTER COLOMER/BALLESTER AZPITARTE: «La aportación a la 118. Un negocio jurídico *low cost*». *Diario La Ley*, núm. 9366, Sección Tribuna, 26 de febrero de 2019, Wolters Kluwer.

³ A la cuenta pueden aportarse desde pequeñas cantidades de numerario hasta grandes cantidades u objetos de gran valor, y las entidades financieras usan la cuenta para transmitir patrimonios inmobiliarios de gran envergadura a sociedades de gestión y fondos para la reestructuración de activos financieros tóxicos.

⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ en *Aportaciones de socios sin aumento de capital*. En Tribuna INEAF, 5/06/2017.

Dos son las razones de ese *boom*: la primera, la modificación del Plan General contable de 2007, que ha distinguido la cuenta 118 de su anterior significado cercano a la subvención, pues se trataba de una aportación definitiva sin contraprestación para auxiliar a una sociedad con dificultades. Hoy no necesita «causa» y puede obedecer a cualquier finalidad. La segunda viene dada por la consulta vinculante V1978-16, de 9 de mayo de 2016⁵, en la que la DGT se plantea la fiscalidad de esta aportación, realizada «al objeto de dotar de liquidez a la sociedad y mejorar el patrimonio neto», que ha sido determinante en este nuevo impulso de la operación, pues como veremos en el anexo la dota de un trato fiscal muy favorable respecto del aumento de capital o del préstamo. De las conclusiones extraídas por la DGT, los preceptos tributarios mencionados en la misma, dos sentencias, una resolución de la DGRN⁶ y de su tratamiento fiscal (LITP y AJD)⁷ y contable (RICAC de 5 de marzo de 2019)⁸, sistematizamos a continuación el negocio jurídico y sus elementos típicos.

Dice el artículo 609 del Código Civil que *la propiedad se adquiere por la ocupación [que] la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición [y que] pueden también adquirirse por medio de la prescripción*.

De todos son conocidos, sin ánimo exhaustivo, los títulos derivativos traslativos del dominio regulados en el Derecho civil —como la compraventa, la donación, la sucesión o la permuta—; los administrativos —la expropiación—, penales —la confiscación— o mercantiles —regulados en las leyes de sociedades de capital o de modificaciones estructurales. En materia societaria, los títulos traslativos son de dos tipos: «particulares» cuando se producen aportaciones de uno o varios bienes a cambio de acciones o participaciones sociales, que a su vez pueden ser «escaleras arriba» —de socio a sociedad, como las constituciones de sociedad o los aumentos de capital—, o «escaleras abajo» —en restituciones no dinerarias de sociedad a socio, como las liquidaciones o reducciones de capital—. Por su parte, las «universales» se producen sólo entre sociedades, cuando en operaciones de reestructuración afectan a patrimonios completos (fusiones) o a porciones patrimoniales significativas que forman unidades de negocio (segregaciones, escisiones y aportaciones de rama de actividad).

⁵ Subdirección General de Impuestos sobre la Renta de las Personas Jurídicas, LA LEY 2150/2016.

⁶ La Resolución de 9 de octubre de 2012 establece: «4. Por lo que se refiere al segundo defecto apuntado cabe decir que los socios pueden financiar su propia sociedad ya sea mediante aportaciones inscritas dentro del patrimonio neto (como son las llamadas «aportaciones de los socios para compensar pérdidas» o las que «a fondo perdido» se imputan dentro de la cuenta ciento dieciocho del Plan General de Contabilidad por cualquier causa...».

⁷ El artículo 19.1 del TRLITPAJD (LA LEY 3423/1993) recoge que: «1. Son operaciones societarias sujetas: 2.º «Las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social».

⁸ BOE 11 de marzo de 2019.

Pues bien, puede definirse la aportación a la cuenta 118 como aquel negocio jurídico traslativo del dominio por virtud del cual uno o varios socios aportan dinero, bienes o derechos a los fondos propios de una sociedad sin contraprestación. Se trata de una aportación definitiva que sigue el principio de irrevocabilidad del capital social; «a fondo perdido» o «no reintegrable», como exige la consulta vinculante V1978-16 de la DGT; lo que los juristas llamamos simplemente en propiedad.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

Si hasta ahora en los manuales de Derecho mercantil se leía que una sociedad puede financiarse por medios internos a través del aumento de capital o acudiendo al crédito, deberían añadir: «o mediante las aportaciones de los socios a la cuenta 118». Estamos ante un negocio jurídico atípico e incluso innominado en el Derecho sustantivo (salvo en la esfera fiscal y contable) y la Ley de Sociedades de Capital debería crear un epígrafe que regulara estas «otras aportaciones de socios», quizás con el título de «Aportaciones de socios sin aumento de capital». Su importancia, ante la ausencia de un régimen legal, es determinante para decidir las normas aplicables o el régimen de derechos y obligaciones.

Para informarlo debemos estar a los acuerdos de las partes, en tanto no sean contrarios a las normas imperativas y de orden público que disciplinan en todos los contratos, y en lo no previsto expresamente en los acuerdos por las normas dispositivas de las figuras más afines y por las reglas de la contratación. Sin duda debemos partir de las normas del aumento de capital social con la finalidad de realizar nuevas aportaciones. La cuenta 118 se encuentra dentro de los fondos propios de la sociedad, se trata de un pasivo no exigible cuya función patrimonial es similar a la del capital social respecto de terceros, pero no cumple las funciones del capital social en lo que se refiere a la estructura interna para determinar la condición de socio o sus derechos. Por lo que para construir su régimen jurídico conviene ir de la mano de las normas que regulan el aumento de capital social, decidiendo cuáles deberían aplicarse en tanto atienden a la primera función, desdénando las segundas, e incluso planteando al intérprete las que ya son aplicables por analogía al existir identidad de razón.

1. Elementos personales

Respecto del aportante, son aplicables las normas generales sobre capacidad o vicios del consentimiento. Pueden ser personas físicas o jurídicas que deben reunir la condición previa de ser «socio o propietario» (término no jurídico que no sabemos si se refiere al titular real, al socio único o al socio que controla la sociedad). Debe entenderse por analogía con las normas sobre sociedades que se requiere (documentalmente) el consentimiento individual y expreso del aportan-

te, especialmente cuando no consistan en dinero o en cosas fácilmente convertibles en dinero.

Respecto de la sociedad cesionaria puede tratarse de una sociedad mercantil o cualquier otra entidad sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades (art. 7 LIS), y sometida al Plan General Contable. En todo caso, a diferencia del anterior, el vigente PGC no exige que la sociedad se encuentre incurso en pérdidas, admitiendo que la aportación a la cuenta 118 se realice por cualquier motivo de fortalecimiento del patrimonio social⁹.

2. Elementos reales

Los elementos reales son los bienes o derechos patrimoniales aportados que han de ser susceptibles de valoración económica (art. 58 LSC)¹⁰. Hay que entender aplicables las normas sobre saneamiento del Código civil y las del Código de comercio sobre la transferencia de riesgos (arts. 64, 65 y 66 LSC). También, por analogía, las normas sobre aportaciones no dinerarias a sociedad en cuanto a su valoración y realidad (atendiendo a las normas contables) y descripción de los bienes (informada, en su caso, por su inscribibilidad en los diferentes registros públicos). Pero no todos aquellos requisitos societarios (como la certificación bancaria en el aumento dinerario) tendentes a proteger la realidad del capital social. Las numerosas normas reguladoras del principio de realidad del capital social, como el informe del experto independiente, no pretenden proteger el valor de las aportaciones de unos socios en relación a los otros sino, en su función de garantía, salvaguardar a los acreedores sociales de las aportaciones de todos.

A la cuenta 118 puede aportarse lo mismo que a la cuenta 100 de capital social: dinero, bienes, derechos (créditos) y deudas (asociadas a activos con un valor neto positivo), siempre que se sigan sus respectivas leyes de circulación. También posiciones contractuales. El dominio y los demás derechos reales, incluso temporales (usufructo o servidumbres), bienes o derechos de propiedad industrial o intelectual, el *know-how*, o incluso una empresa o establecimiento (arts. 133,1 y 190,1 del RRM). También cabe la aportación de derechos personales (arrendamientos) o de uso, aunque se presuman realizadas a título de propiedad (art. 60 LSC).

⁹ En el Plan General Contable de 1990 únicamente se contemplaba este tratamiento cuando la aportación se realizaba por los socios o propietarios para compensación de pérdidas o con la finalidad de compensar un «déficit». Pero en la actualidad, como dice la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma que luego veremos, «el enfoque de la cuenta se ha visto ampliado y el destino de las aportaciones de socios que recibe la sociedad puede ser para otros fines distintos [...]».

¹⁰ El artículo 9 de la RICAC de 2019 citada establece, para contabilizar estas aportaciones en el patrimonio neto, que será necesario verificar la siguiente información: «a) La certeza de la incorporación de los activos al patrimonio de la sociedad, o de la condonación de la deuda; b) La identidad de los aportantes y el porcentaje de participación que poseen en la sociedad; c) El importe dinerario o el valor razonable de los activos aportados por cada socio, o el valor razonable de la deuda condonada ...».

No podrían, por tanto, consistir en trabajo o servicios (artículo 58, 2.º LSC), aunque tampoco excluimos (*vide supra*) que las aportaciones realizadas puedan llevar anejas prestaciones accesorias de trabajo o servicios (asociándolas a las acciones o participaciones sociales preexistentes del aportante).

La mayor especialidad jurídica de la aportación a la cuenta 118 se produce respecto de la contraprestación cuyo carácter «invisible» causa quebraderos de cabeza: no hay intercambio de bienes o derechos por acciones o participaciones sociales como sucede en el aumento de capital. En principio, el Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (LA LEY 11517/2007), asigna a la cuenta «Aportaciones de socios o propietarios» los elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa «cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo». Vuelve a acercarse la naturaleza jurídica de la aportación a la cuenta 118 a la suscripción del capital social, pues el artículo 96,1 de la LSC impide que, en las acciones o participaciones sociales, la preferencia o privilegio pueda consistir en recibir un interés.

Puede afirmarse, siempre desde su configuración contable-fiscal, que no hay contraprestación de la sociedad ni previa (no pueden traer causa de bienes o servicios realizados por la empresa) ni simultánea (recibiendo acciones o participaciones sociales) ni posterior (no es un préstamo o figura similar que pueda derivar intereses u otro tipo de beneficio o retribución).

3. Elementos formales

Una de las mayores ventajas de la aportación a la cuenta 118 es la flexibilidad de su régimen. Hemos visto que la operación de aportación no está sometida al control de legalidad notarial y registral, a la obligatoriedad de su inscripción, a las normas sobre blanqueo ni a la publicidad material que ofrece su inscripción en el Registro Mercantil y el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*.

Fiscalmente la aportación a la cuenta 118 debe figurar en las Cuentas anuales, en la partida del Balance, «Otras aportaciones de socios» y en la Memoria, que deben ser depositadas en el Registro mercantil una vez aprobadas por la Junta general¹¹. También cuando se trate de socio único deberá figurar el contrato transcrito en el libro-registro de socios con las consecuencias previstas en el artículo 16 de la LSC.

¹¹ A diferencia de la inscripción, la publicidad de las cuentas anuales no está sometida al control de legalidad del registrador mercantil, que tiene limitada la calificación (art 368 RRM).

Para acordarla, según la DGT, basta —o se necesita— el acuerdo de la Junta general, sin que se exijan más requisitos, pues no necesita certificación del acuerdo por el administrador o que conste en el libro de actas. No se exige, pues, escritura pública y estaría prohibida su inscripción (obligatoria) en el Registro mercantil, pues no figura entre los actos inscribibles y se sigue un sistema de *numerus clausus* (art. 16 CCo y 94 —13.º RRM)¹². No obstante, nos consta que hay sociedades que solicitan y registros mercantiles que inscriben las aportaciones a sociedad sin aumento de capital¹³.

Esta aportación es título para la adquisición del dominio y en consecuencia inscribible (voluntariamente) en el Registro de la propiedad cuando se refiera a bienes inmuebles siempre que figure, al menos por exigencias *traditorias* y las derivadas de la legislación hipotecaria, en escritura pública otorgada por el aportante y la sociedad.

En un posible régimen legal debería especificarse cuál es el órgano competente para acordarla. Las posibilidades se abren en abanico, desde exigir unanimidad en una Junta general de socios hasta que se acuerde por la administración social, suscribiendo un acuerdo con los aportantes. Puesto que quienes aportan evidentemente asienten, exigir la unanimidad de los socios equivale a exigir el consentimiento de los no aportantes cuando no se efectúan a prorrata y ello podría defenderse por aplicación analógica de las normas sobre la donación, que debe ser aceptada por el beneficiario (art. 618 y 629 CC). Respecto a reservarlo a la administración social¹⁴, no está entre los acuerdos que debe adoptar la Junta general en la Ley de Sociedades de Capital (art. 160 LSC), salvo que suponga la adquisición de un activo esencial, por lo que parecería la solución más lógica y operativa, al no existir perjuicio económico para los socios no aportantes. La operación es una buena noticia para los acreedores y beneficia a los demás socios, cuya posición equivale a la del socio que no acude a un aumento de capital con aportaciones sin diluirse su participación, o a la del socio cuando otro presta di-

¹² Lo anterior supone también importantes ventajas añadidas en el ámbito fiscal, por contraposición al aumento de capital, en cuanto a la certeza de la fecha en la que se produce. A este respecto véase la resolución del TEAC 9426/2015, de 6 de noviembre de 2018, en la que se produce un cambio de criterio al entender materializada la inversión consistente en la compra de títulos en virtud de una operación societaria (constitución o aumento de capital) en la fecha en la que se formaliza la escritura pública, y no con la inscripción en el Registro mercantil (como venía diciendo anteriormente), al carecer la inscripción de eficacia constitutiva.

¹³ El peso de la interpretación recae en los registradores y esperemos que pronto en las espaldas de la DGRN. En nuestro sistema, el Registro mercantil no publica con eficacia material situaciones patrimoniales salvo que sirvan de sustento a la cifra del capital social. La posibilidad de su inscripción se basa en el artículo 94, 13.º del RRM en relación con el artículo 383 del RH. El primero establece que se inscribirán: «... los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento». El segundo, que «no podrá practicarse a favor de sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el Registro Mercantil».

¹⁴ No habría inconveniente para que los estatutos de una sociedad establecieran la necesidad de que estas aportaciones fueran autorizadas, decididas o ratificadas por la Junta general de socios (art. 160.j LSC).

nero a la sociedad, prohibiendo en el contrato de préstamo su ulterior conversión en capital social mediante compensación de créditos.

No obstante, puesto que en el supuesto de hecho de la Consulta vinculante V1978-16 y también en las dos sentencias que mencionaremos, se adoptó en Junta general de socios, habría de determinarse el quórum exigible y el derecho de información. Podría exigirse en la aportación a la cuenta 118 el quórum reforzado del aumento de capital (arts. 194, 199 y 201 LSC) y en la convocatoria un régimen similar al del informe de los administradores o de los socios autores de la propuesta (art. 286, 287 y 300 LSC), pues precisamente la falta de claridad en la calificación de la operación (a fondo perdido o con derecho de devolución) ha sido el motivo de los demandantes en las dos sentencias con las que contamos.

Respecto a otras previsiones, como el derecho (u obligación) de aportar o suscribir, las sociedades no pueden imponer a sus socios nuevas aportaciones, como se desprende de que las modificaciones estatutarias en este sentido requieran unanimidad o ésta sea necesaria para aumentar el capital social mediante el procedimiento de la elevación del valor nominal de las acciones (art. 291 LSC). Es, pues, inconcebible plantear algún mecanismo similar a un derecho de suscripción preferente. Más bien el derecho del socio consiste en poder liberarse de la obligación de hacerlo siendo que sólo reporta beneficios. Tampoco podría establecerse como causa de separación o exclusión «no aportar a la cuenta 118 en la medida que lo hagan los demás», salvo consentimiento unánime.

IV. EL ACUERDO DE RETORNO

En el caso de la consulta vinculante tantas veces citada, los socios habían previsto en la Junta general en la que realizaron la aportación el retorno de la misma, de manera que pudieran ser reembolsadas cuando se restableciera el equilibrio patrimonial y la situación de liquidez lo permitiera. Pero la fiscalidad lo desdeña como requisito del negocio jurídico, por lo que el acuerdo de aportación a la cuenta 118 no debe contener ninguna previsión sobre su suerte.

Por lo que respecta al acuerdo de retorno desde la cuenta 118 tiene autonomía propia y se encuentra desvinculado del anterior. Y también, de *lege data*, podría acordarla la administración de la sociedad responsable de la formulación de las cuentas, puesto que tampoco figura entre los acuerdos que deben tratar los socios en la Ley de sociedades de capital.

Siguiendo con el paralelismo, podríamos darle la vuelta al calcetín y plantearnos qué requisitos de la reducción de capital serían aplicables al acuerdo de retorno. Desde luego exigirán el consentimiento individual del receptor¹⁵ si con-

¹⁵ Aunque la LSC lo contemple únicamente en sede de disolución y liquidación (art. 393 LSC), existe un principio general de que la restitución debe hacerse en metálico, requiriendo cualquier

siste en cosas diferentes a dinero¹⁶. Aunque es impensable en nuestro sistema, que usa como eje de la tutela la cifra de retención del capital social, veremos en las conclusiones que de *lege ferenda* podría establecerse un derecho de oposición u otro régimen de responsabilidad por la restitución para proteger a los acreedores en tanto reduce los fondos propios respecto de los ajenos.

Pero la autoridad fiscal y la normativa contable dicen que la entrega a los socios «corresponderá al derecho abstracto a la distribución de reservas (procedentes de beneficios o de aportaciones de socios) acordada en los términos y con los requisitos establecidos para ello en la normativa mercantil»; y «corresponde a cada socio por el hecho de serlo (y, por tanto, con independencia de que hubiera o no aportado en su día los fondos correspondientes a las reservas a repartir)». Por tanto, de conformidad con los artículos 273 y siguientes de la LSC, se necesitará acuerdo de la Junta general para el reembolso, debiendo respetarse los límites establecidos con relación al capital social, las reservas o los gastos de I+D. La distribución se hará a prorrata entre los socios —salvo disposición contraria de los estatutos— y se requerirán los *quórum*s mínimos establecidos para la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación de resultado del ejercicio.

V. DESTINO DE LA CUENTA

El acto de aportación a la cuenta 118 no necesita establecer normas sobre su destino. La sociedad puede haber previsto en el propio acuerdo la reversión de los bienes, como sucedía en el supuesto de hecho de la consulta. Pero no sólo no es necesario, sino que no forma parte del negocio jurídico y han de realizarse sin derecho a devolución. Ello justifica que, en caso de intervenir notario y registrador de la propiedad, deban autorizar e inscribir el dominio a favor de la sociedad «por título de aportación a la cuenta 118».

Resulta recomendable especificar con claridad si se realizan a fondo perdido, o si surge para el aportante un derecho de crédito. Únicamente en el primer caso estamos ante una aportación a la cuenta 118 y la restitución, si se produce, se hará a todos los socios (por el hecho de serlo, como decía la consulta); mientras que en el segundo no se llega a perder la conexión entre el socio y el objeto aportado, a quien se le reintegrará su aportación en los términos inicialmente convenidos.

otra forma de pago el consentimiento del afectado. La DG lo extrapoló a la reducción de capital en resolución de 30 de julio de 2015, entendiéndose necesaria previsión estatutaria o unanimidad de los socios para la restitución *in natura*, y siendo necesario que el acuerdo se refiera a un balance aprobado (resolución 14 de febrero de 2019).

¹⁶ En ese caso habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 28 de la RICAC de 5 de marzo de 2019, que establece que cuando la sociedad acuerde el pago mediante la entrega de un elemento patrimonial o grupo de elementos patrimoniales distintos del efectivo, si el valor contable por el que están contabilizados los citados elementos es inferior al valor razonable de la deuda reconocida con el socio, en el momento de la baja se registrará un beneficio por la diferencia entre ambos importes.

La sentencia 429/2017, de 17 de octubre, del juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca (Rec. 262/2015, LA LEY 240569/2017) fija como criterio determinante para distinguir la aportación a la cuenta 118 el hecho de que, aunque exista la posibilidad de que sea devuelto a los socios, no constituye un pasivo que deba devolverse por definición¹⁷. El mismo requisito sobre el carácter definitivo y en un supuesto de hecho no muy distante del anterior resulta también de la sentencia 140/2016, de 24 de junio, de la Audiencia Provincial de La Rioja (Rec. 45/2015, LA LEY 113863/2016). Dicha finalidad sobre su carácter puntual o irrevocable debe determinarse inicialmente al realizar la aportación, ya que forma parte de su naturaleza y no puede variarse posteriormente mediante un traspaso contable.

Los bienes aportados a la cuenta 118 permanecerán en el balance de la sociedad hasta que se produzca su liquidación, salvo que queden absorbidos por las pérdidas derivadas de la actividad social, o bien tenga lugar su reparto conforme a las reglas mercantiles relativas a la distribución de reservas, como veníamos diciendo. Como cuarto destino posible, la sociedad puede aumentar el capital social con cargo a la cuenta 118, debiendo plantearse qué procedimiento se debería seguir, si el de la compensación de créditos (art. 301 LSC) o el de la conversión de reservas.

Especialmente si los aportes no se han realizado por todos los socios y en proporción a su porcentaje en el capital social, lo lógico sería aplicar el procedimiento de la compensación de créditos, a fin de que reciban quienes pusieron, y no quienes no lo hicieron. Pero la respuesta es negativa, ya que no se trata de créditos vencidos y exigibles, siendo esencial, desde el punto de vista civil, contable y fiscal, el carácter definitivo de la aportación¹⁸. Así se establece también para las reservas por prima de asunción de participaciones sociales o de emisión de acciones, por buscar un paralelismo¹⁹. Por tanto, su conversión en capital requiere acuerdo de la Junta general, tener por base un balance formulado dentro de los seis meses anteriores al aumento y verificación por el auditor de cuentas de la

¹⁷ En el caso concreto, lo distinguía de las aportaciones a la cuenta 551 (cuentas corrientes de efectivo con socios, administradores y cualquiera otra persona natural o jurídica que no sea Banco, banquero o Institución de Crédito, ni cliente o proveedor de la empresa, y que no correspondan a cuentas en participación), que «se justifica[n] desde el prisma de las necesidades puntuales de tesorería de la mercantil, [siendo] cantidades que se tendrían que reponer en el mismo ejercicio o en el inmediatamente siguiente, y que responderían a importes reducidos». En cambio, «la distribución de [la] cuenta [ciento dieciocho] será similar a la de una reserva disponible y se atenderá a las reglas generales y limitaciones previstas en el ámbito mercantil para la distribución de beneficios».

¹⁸ La capitalización de los saldos de esas respectivas cuentas habrá de observar los requisitos previstos para la correspondiente ampliación de capital en atención a la contrapartida correspondiente a la propia naturaleza de la causa subyacente a los fondos suministrados: aumento con cargo a reservas, por aportaciones no dinerarias, por compensación de créditos (RDGRRN 9 de octubre de 2012).

¹⁹ La normativa contable repetidamente citada las equipara: «Las aportaciones de los socios reguladas en este artículo constituyen beneficios distribuibles, igual que la prima de emisión o la prima de asunción».

sociedad o, en su defecto, por el nombrado por el Registro mercantil a petición de los administradores (art. 303 LSC).

Otra cuestión sería la aportación a la cuenta 118 de una sociedad anónima o limitada que, desde un principio, se hiciera con la intención de convertirla posteriormente en capital²⁰. Si se tratara de dinero sería una forma fácil de burlar la presunción de onerosidad del préstamo entre socio y sociedad, y resulta sorprendente la solución de la consulta vinculante en tanto se preveía el retorno de las cantidades, siendo benevolente al no encasquetarles el concepto de préstamo y más aún clarificando el régimen fiscal de la aportación a esta cuenta.

Si se tratara de aportaciones no dinerarias, decíamos anteriormente que no resultan aplicables a la aportación los requisitos societarios tendentes a proteger la realidad del capital social y existiría un propósito manifiesto de eludir su aplicación, pudiendo entrar a valorar si el balance verificado por el auditor (art. 303 LSC) suple materialmente al informe de experto independiente (art. 67 LSC) o si, de manera y con propósito semejante a lo dispuesto en el art. 72 de la LSC para las adquisiciones onerosas en las «fundaciones retardadas», deben respetarse los requisitos intrínsecos a la naturaleza de la aportación a la sociedad anónima.

VI. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

1. Diferencia con el préstamo

Para acercarnos a la naturaleza jurídica de la aportación a la cuenta 118 ya hemos visto reiteradamente que se distingue del préstamo (bonos u obligaciones) por su falta de exigibilidad. Como establece la normativa contable (artículo 9.º,4d de la RICAC de 5 de marzo de 2019), los bienes aportados a la cuenta son fondos propios (no ingresos), no pueden recibir ni contraprestación en acciones o participaciones «ni ninguna otra contraprestación».

En este sentido nos parece que la DGT patina especialmente cuando quiere distinguir la aportación a la cuenta 118 del préstamo. No le cabe en la cabeza que el préstamo entre socio y sociedad o a la inversa pueda ser gratuito. De esa manera parece insinuar que, mientras el primero es oneroso en todo caso (tenga o no interés), por contraposición, la segunda, la aportación a la cuenta 118, ¿sería gratuita? Al no recibirse una contraprestación en acciones ni participaciones, ni tratarse de préstamos con derecho a devolución, parece encontrarse en un limbo.

Señala que «... dado que la entidad consultante manifiesta en su escrito que las cantidades aportadas por los socios les serán devueltas por la sociedad por acuerdo de la Junta de socios, parece que cabría calificar la operación como contrato de préstamo de los socios a la sociedad, pues aquellos han entregado dinero a ésta

²⁰ A ese supuesto se refiere la normativa contable, artículo 9.º,6 de la RICAC de 5 de marzo de 2019.

con condición de devolver otro tanto; al tratarse de dinero, *llevará la calificación de simple préstamo*. A estos efectos es irrelevante que se pacte pago de intereses o no (préstamo simple gratuito), pues en ambos casos el negocio jurídico se calificará como oneroso, ya que la onerosidad no viene determinada por la existencia o no de intereses, sino por la de una contraprestación (*onus*, carga), *por contraposición a los negocios jurídicos lucrativos en los que la prestación de una parte no queda compensada por la contraprestación de la otra parte*²¹.

Por ello resulta de gran interés clarificar la finalidad de la misma. De no especificarse expresamente el carácter no reintegrable de la aportación, podría dar lugar a su revisión y calificación como préstamo de socio y, por ende, operación vinculada, debiendo valorarse con intereses de mercado (art. 16 LIS). También la RICAC de 5 de marzo de 2019 establece en el artículo 9.º que para determinar si las aportaciones se imputan al patrimonio neto o se inscriben dentro del pasivo se estará al título jurídico de la aportación del que debe resultar indubitadamente que las cantidades aportadas solo pueden ser reintegradas a los socios previo cumplimiento de los requisitos establecidos... para el reparto del beneficio distribuable.

2. Distinción de la donación, el legado o la subvención

La distinción con la donación (o el legado) es uno de los puntos que causa confusión para determinar la naturaleza jurídica de esta aportación. La DGT solamente exige que la aportación se realice «sin contraprestación» y por ello difiere el pago del impuesto en la renta del aportante (ver anexo); pero el hecho de que no la vea no significa que no exista una contrapartida ni una causa del negocio jurídico.

La subvención se considera una donación modal: esto es, sujeta a una determinada carga que es, fundamentalmente, el cumplimiento del fin para el que se otorga. La aportación a la cuenta 118 se asemeja a ella en que no hay contrapartida directa por parte del beneficiario, pero, como hemos visto repetidamente, no es un elemento esencial de la aportación la actividad de fomento o auxilio ante una situación patrimonial concreta.

3. Distinción de la aportación a capital y de la prima de emisión

De nuevo se asemeja a la aportación a capital en que estamos ante un modo de financiación interno con destino a los fondos propios no exigibles, de forma que los socios se convierten en los últimos acreedores sociales, quienes recibirán el remanente en caso de liquidación social. Pero se distingue porque no se trata de una inversión equiparable a la suscripción de acciones o participaciones asociada

²¹ Consulta vinculante de la DGT V1978-16.

a ostentar la titularidad de una cuota en el patrimonio social. Aportar a la cuenta 118 no otorga al aportante más derechos económicos ni incrementa el contenido de los derechos políticos derivados de la titularidad de las acciones o participaciones sociales. La sociedad no aumenta el capital social y los socios no suscriben puesto que no hay emisión de acciones ni creación de participaciones sociales. No hay permuta de bienes o derechos a cambio de nuevas acciones o participaciones, ni siquiera por acciones o participaciones con un mayor valor nominal.

También guarda semejanzas con la prima de emisión (incluso con las acciones sin valor nominal de diversos estados de América). Hay un sobreprecio que conlleva suscribir acciones o asumir participaciones en una emisión superior a la par, pero se distingue por el carácter conexo o accesorio que tiene la prima respecto de la ampliación de capital, pues precisamente viene a complementar el valor nominal de las acciones o participaciones suscritas. Al igual que la aportación a capital, su destino son los fondos propios, constituyendo la prima una reserva disponible.

VII. NATURALEZA JURÍDICA DEL NEGOCIO DE APORTACIÓN

La autoridad fiscal dice que «en todo caso, como se ha referido, para considerar que las aportaciones efectuadas forman parte de los fondos propios de la entidad, éstas deben realizarse sin derecho a su devolución y sin que se pacte contraprestación alguna por dichas aportaciones»²². En la cuenta 118 da igual, por tanto, quién aportó los bienes o con qué fin. Y sin duda, en un sistema causal como el nuestro, la cuestión de mayor interés es determinar cuál es la contraprestación en el aportante para plantearnos, si nada recibe a cambio, si estamos ante un acto de liberalidad u oneroso, causal o abstracto.

El punto más conflictivo de estas aportaciones es su carácter aparentemente abstracto, que puede llevar a equívocos. La doctrina considera que la causa del negocio jurídico oneroso no es la finalidad perseguida por las partes, sino algo más inmediato —la contraprestación misma—, de forma que en la compraventa son el precio y la cosa (art. 1.274 CC) El hecho de que en la aportación a la cuenta 118 no exista una contrapartida visible puede llevar a pensar que no existe causa, lo que daría lugar a la nulidad del negocio (art. 1.275 CC).

A nuestro entender, se trata de un negocio jurídico inconcreto en el sentido de que establece un recipiente para lograr una finalidad práctica que puede ser variada, pero no es necesaria su expresión en el negocio (art. 1.276 CC). Debe interpretarse, por tanto, que la aportación a la cuenta 118 no es un negocio abstracto, sino un contrato causal y oneroso en el que sí hay contraprestación: los aportantes entregan dinero o bienes sustituyéndolos en su patrimonio por «el ma-

²² Consulta vinculante de la DGT V1978-16.

yor valor de sus acciones o participaciones»²³. Podríamos decir gráficamente que es una permuta en la que la contraprestación del apunte contable en la sociedad cesionaria que fortalece sus fondos propios es el apunte contable en el cedente que aumenta el valor de sus acciones o participaciones creciendo sus expectativas ante el mejor saneamiento patrimonial²⁴. Nadie discute el carácter oneroso de la aportación a capital social si, a cambio de los bienes, en vez de nuevas acciones o participaciones, se aumenta el valor nominal de las ya existentes.

La confusión a su vez sobre si se trata de un negocio oneroso o lucrativo se basa en que es asimilable a una donación; que la entrega se efectúe sin contrapartida previa, simultánea o posterior y además a fondo perdido, suena a donación. En ésta, la liberalidad consiste en que donde estaba el bien no queda nada. Efectivamente una donación a sociedad realizada por un extraño es esencialmente gratuita, pero hay que replantear su carácter lucrativo si es un socio el bienhechor. Pues también el donante, con ese «acto de comunicación», se beneficia del mayor valor de sus acciones o participaciones sociales.

VIII. APORTACIONES QUE NO SEAN A PRORRATA

Cuando las aportaciones no se realizan por todos los socios a prorrata de sus respectivos porcentajes en el capital social surge un *animus donandi* cuyas consecuencias no parecen claramente definidas. Los bienes aportados a la cuenta 118 se integran en la misma sin distinción por razón del aportante, a diferencia de los préstamos o cuentas corrientes con socios, en los que mantienen su titularidad; y a diferencia también de las aportaciones no dinerarias, que siguen vinculadas nominalmente al aportante por la responsabilidad asumida por su realidad y valoración (art. 73 LSC).

En este caso, siendo la aportación entre socio y sociedad un contrato oneroso y causal que debe someterse a sus reglas, sí que debe considerarse un acto de liberalidad para con sus socios que ven revalorizadas sus acciones o participaciones sociales, debiendo someterse a las suyas. Contablemente, establece el

²³ Dice el artículo 9 de la RICAC de 5 de marzo de 2019 que «Estas contribuciones se integran en el patrimonio neto de la sociedad, pero a cambio no se entregan nuevas acciones o participaciones sociales y, en consecuencia, el socio que las realiza no recibe derecho alguno, sin perjuicio de que las reconozca como un mayor valor de la inversión». VARO REINA: «Aportación de socios a fondos propios», *Tribuna* 21-03-2014, en EL DERECHO.COM, LEFÈBVRE: «Y decimos “aparentemente” (sin contraprestación) porque no es cierto que no se reciba nada a cambio, efectivamente no se reciben nuevas acciones/participaciones sociales, ni queda reflejado frente a terceros que las acciones/participaciones sociales tienen mayor valor nominal, pero la realidad es que en las acciones/participaciones de los socios aportantes se produce un doble efecto: i) incrementan su valor neto contable; y ii) se incrementa su coste de adquisición».

²⁴ Estamos ante la misma naturaleza jurídica de la aportación con aumento de capital social, es decir, ante una permuta (de bienes o dinero por acciones), y en consecuencia que se regiría por las reglas de la compraventa aplicables de forma supletoria (art. 1471 CC). En el patrimonio del cedente, si se respeta la proporcionalidad, el valor del bien enajenado se sustituye por el mayor valor exacto de las acciones/participaciones.

artículo 9 de la RICAC de 5 de marzo de 2019 que «cuando los socios efectúen una aportación en un porcentaje superior a su participación en el capital social de la sociedad, el exceso sobre dicho importe se reconocerá atendiendo a la realidad económica de la operación. *En la medida en que la operación se califique como una donación*²⁵ se aplicarán los criterios indicados en el apartado 1 de la norma de registro y valoración sobre subvenciones, donaciones y legados recibidos del Plan General de Contabilidad o del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas».

Fiscalmente, las aportaciones de socios que excedan de su respectivo porcentaje de participación generarán un ingreso tributable en la sociedad receptora (donatario) y un gasto no deducible en el socio (donante). Cuando la diferencia sea a favor de la entidad, la parte que se corresponda con el porcentaje de participación en la misma tendrá la consideración de aportación del socio o partícipe a los fondos propios de la entidad y aumentará el valor de adquisición de la participación del mismo. La parte de la diferencia que no se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad tendrá la consideración de renta para la entidad y de liberalidad para el socio o partícipe²⁶.

Aquí el negocio jurídico es atacado por una aparente sinrazón, pues el socio o socios aportantes están llevando a cabo un acto de mera liberalidad a los restantes socios que no aportaron, quienes se enriquecerán en la medida exacta en la que ellos se empobrezcan. La donación se ha producido, aunque el donatario es la sociedad cesionaria, y respecto de los socios no aportantes solamente se acabará consumando si después enajenan sus acciones o participaciones sociales, se convierte la cuenta en capital, se distribuye como reservas o se reparte en la liquidación social.

IX. CONFIGURACIÓN DEL NEGOCIO DE APORTACIÓN

Ya hemos visto que el nuevo impulso de la figura que estamos analizando ha venido de la mano del Plan General Contable y de la consulta vinculante V1978-16, que no exige que la sociedad esté en crisis y deja abierta expresamente la posibilidad de que se realicen dichas aportaciones para financiar proyectos específicos de la sociedad. Puestos a vivir fuera del sistema y colocarnos una pistola en la sien, la aportación a la cuenta 118 no ha de ceñirse a este esquema fiscal expuesto y puede contener los acuerdos de las partes que no sean contrarios a las

²⁵ En tal caso, al menos por la parte del exceso, deberán respetarse las reglas generales sobre la forma de las donaciones (arts. 632 y 633 CC) y por tanto, tratándose de inmuebles, será necesaria la escritura pública tanto para la donación como para su aceptación.

²⁶ Imaginemos que un socio titular del 90% del capital social aporta un bien valorado en 100.000 euros, sin que los restantes socios hagan ningún aporte. Entendemos que por 90.000 euros se seguirá el tratamiento anterior establecido para el caso de prorrateo, de forma que no se computará como ingreso en la sociedad y para él representará un aumento en el valor de sus acciones y participaciones. En cambio, por los restantes 10.000 euros, deberá computarse como ingreso en la sociedad y como liberalidad no deducible para el socio.

normas imperativas y de orden público que disciplinan en todos los contratos. De la misma forma que un aumento de capital social puede ir acompañado de pactos entre socios con las enormes posibilidades dispositivas que proporciona la autonomía de la voluntad de los artículos 1.255 CC y 28 LSC, especialmente teniendo en cuenta que los participantes en el negocio son (previamente) integrantes de una sociedad.

Imaginemos que una sociedad limitada que explota un *resort* quiere financiar, de forma interna, un pequeño parque de atracciones. Puede acudir al préstamo, al mecanismo clásico del aumento de capital o usar la cuenta 118. Tenemos las acciones o participaciones preexistentes de los socios para usar todas las armas de configuración que nos proporciona la LSC y establecer preferencias u obligaciones entre los socios (art. 94, 2.º LSC). Siempre que se respete el derecho individual del socio a no aportar, en la Junta general se podrán fijar cuantos pactos se desee para servir de proyecto financiero a medida, que podrá formar parte del contenido estatutario y otorgando, una vez inscrito en el Registro mercantil, plena eficacia de dichos pactos frente a terceros adquirentes.

Las aportaciones de los socios a la cuenta 118 constituyen beneficios distribuibiles, así que, a través de modificaciones estatutarias sobre la distribución, podría pactarse que se les restituya más o preferentemente a los que aportaron (art. 95 LSC). Tampoco vemos obstáculo para que en dicho plan financiero se fijen derechos políticos privilegiados a través de modificaciones estatutarias con participaciones sociales de voto plural (art. 188.1 LSC). Ni objeción para que se pacten prestaciones accesorias (art. 86 LSC) ni para que sean gratuitas o retribuidas²⁷ siempre que se asocien a las acciones preexistentes del aportante o de los no aportantes. O para que se establezca un régimen pactado similar al derecho (obligación) de suscribir (aportar), o de los desembolsos pendientes con obligación de aportar sucesivamente, con la aquiescencia de los obligados.

Nada obsta aparentemente para que, a través de la aportación a la cuenta 118 puedan realizarse, entre sociedades, aportaciones de rama de actividad o conseguir el resultado económico de operaciones de modificación estructural —como una escisión parcial por absorción intragrupo— cuando el aumento de capital social no es un elemento esencial del negocio jurídico, evitando así sus engorrosos procedimientos²⁸.

²⁷ Si bien para la fiscalidad las aportaciones a la cuenta 118 no deberían ser retribuidas, pues no puede haber ningún tipo de contraprestación, según el régimen de la Consulta.

²⁸ La aportación a la cuenta 118 es un mecanismo extraordinario, como señalan VIVES RUIZ y TAPIAS MONNÉ: *La aportación a fondos propios como fórmula para reestructuraciones societarias*, Editorial LA LEY 3514/2016, para «las reestructuraciones intragrupo, que buscan resituar en el organigrama societario una participación o unos activos —o incluso una unidad productiva [...] y en las que el aumento de capital y, especialmente, la creación de nuevas acciones o participaciones sociales suele ser un efecto “secundario” no buscado, totalmente innecesario». Estos supuestos se encuentran recopilados y analizados por CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO: «El aumento del capital en la fusión de sociedades por absorción», *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 44, de 2015, pp. 107-167, que resulta de extraordinario interés.

En definitiva, a salvo de su calificación fiscal²⁹, no vemos inconveniente jurídico en que se establezca a través de la autonomía de la voluntad un régimen a la carta de aportación y retorno, hacia y desde la cuenta 118, mucho más beneficioso que el del préstamo y mucho más flexible que el del aumento de capital social.

X. CONCLUSIÓN

El negocio jurídico de aportación a la cuenta 118 es una creación contable-fiscal que, a diferencia de las que tienen su origen en procesos legislativos, fruto de una larga reflexión por parte de juristas y expertos, puede sufrir importantes variaciones en cualquier momento si se produce un cambio de criterio. Con carácter general, responden a una finalidad «abstracta» de fortalecimiento del patrimonio social, que encaja en la naturaleza jurídica del contrato de sociedad —pues los socios tienen intereses paralelos y no contrapuestos— y gozan de un amable tratamiento fiscal por contraposición a otras figuras de las que la hemos diferenciado. Actualmente y por todas las razones expuestas, la aportación a la cuenta 118 se trata de una *ganga* multiuso y no sería muy descabellado pensar que, de consolidarse el tratamiento *low cost*, esta cuenta pasará a competir y a desbancar a la cuenta 100 en las sociedades cerradas.

Hay casos en los que el encorsetamiento en la cifra del capital social resulta inquietante respecto de los terceros. Por ejemplo, en las resoluciones de la DGRN que en operaciones de reducción y aumento de capital simultáneas se niega (libera de) la tutela de los acreedores sociales si no se altera la cifra a la baja en el resultado final de la operación. Esto tiene sentido cuando se trata de una operación acordeón en la que la reducción se realiza con la finalidad de enjugar pérdidas seguida de un aumento con nuevas aportaciones. Pero carece de él si la reducción se lleva a cabo con una restitución que puede afectar a la solvencia³⁰. Lo mismo puede decirse cuando se aporta a una sociedad un negocio individual con un patrimonio neto positivo, se aumenta la cifra de capital, pero con deudas a corto plazo que al integrarse alterarán el cobro de los acreedores de la sociedad³¹.

«Hace mucho tiempo que la Unión Europea (informe Winter de 2002, entre otros) reclama una reconfiguración del capital social suprimiendo gastos innecesarios para acreedores y accionistas e, incluso, en una segunda fase, suprimirlo como sucede en algunos derechos sajones³² más preocupados por la solvencia

²⁹ El tratamiento fiscal del aumento de capital y de la aportación es el mismo en cuanto al impuesto de la renta del aportante, solo que en ésta se difiere el pago, existiendo diferentes reglas sobre imputación temporal del impuesto.

³⁰ RDGRN de 19 de enero de 1995 contemplaba el caso de una reducción con restitución por el nominal y una aportación subsiguiente de idéntico numerario de forma que en el caso concreto no había perjuicio; pero su doctrina se entiende extendida a supuestos en que se vea perjudicada la solvencia, pues basa la protección exclusivamente en la cifra de retención.

³¹ Esa confusión de patrimonios es lo que justifica en las operaciones de modificación estructural la tutela efectiva de los acreedores sociales.

³² El Código de California en 1975 y, posteriormente, en 1983, el *Revised Model Business Corporations Act*.

real que por el encorsetamiento en su cifra como retención frente a terceros acreedores. El capital social, eje de todo el sistema en las sociedades de capital, tiene una función insustituible a la hora de estructurar internamente una sociedad, pero una vez fundada y en funcionamiento lo que interesa en el tráfico mercantil son el conjunto de los fondos propios que miden el compromiso de los socios con la empresa³³. La cuenta 118, como el capital, las reservas, los beneficios y las primas, cumple esa misma finalidad de fortalecerlos frente al pasivo exigible.

La incapacidad de los juristas de acometer esas reformas abona el terreno para que entren a “legislar” extraños, muchas veces legos en el conocimiento de los principios generales del Derecho, y esta creación contable-fiscal llena de lagunas ha abierto una grieta en el marco legal. Hace tiempo que la fiscalidad ganó la partida a los juristas en la indeseable configuración no unitaria de los negocios jurídicos, y a pesar de que esta cuenta aparece como una fisura por la que desagua la seguridad jurídica, no se espera reacción. Es como si el sistema, al no poder reformarse por sus propios mecanismos, se autorreformara solo.»³⁴

ANEXO: TRATAMIENTO FISCAL EN LA ACTUALIDAD

La Consulta Vinculante V1978-16, de 9 de mayo (LA LEY 2150/2016), de la DGT enfoca las aportaciones a la cuenta 118 con un distinto tratamiento fiscal según se realicen a prorrata entre todos los socios (en proporción a su participación en el capital social) o por uno o varios socios, pero no por todos. Si bien se trata de un mismo negocio jurídico, vamos a centrarnos en aquellas aportaciones que han sido efectuadas por el socio único o por todos los socios a prorrata para que nos sirva de patrón general.

En este caso, las aportaciones no rompen la proporcionalidad accionarial existente. Con las salvedades que veremos, el tratamiento fiscal es muy beneficioso y podría asimilarse al régimen bonificado de las operaciones de modificación estructural en las que se difiere el pago del impuesto, al considerarlas neutras la ley fiscal (como si no hubieran tenido lugar). Solamente se exige que las aportaciones se realicen sin contraprestación, habiendo desaparecido la exigencia de que tengan por finalidad la compensación de pérdidas, como sí contemplaba el Plan General Contable de 1990 (LA LEY 3442/1990).

³³ El capital social de una empresa es muchas veces irrelevante en la práctica mercantil: para contratar con una sociedad se tiene en cuenta su cifra de negocios, o para fijar su precio de venta, el *cash-flow* que genera. A su vez, los Bancos suelen atender también al *ratio* de endeudamiento, que no solamente mide la capacidad de la compañía para devolver su deuda, sino que supone una muestra del compromiso de los accionistas para con la misma, reflejando los fondos propios su grado de implicación, al tratarse de beneficios generados y no repartidos sino reinvertidos en la actividad.

³⁴ BALLESTER COLOMER/BALLESTER AZPITARTE: *Aportaciones sin aumento de capital, ¿una fisura del sistema en las sociedades de capital?* Diario EXPANSIÓN, 24 de abril de 2019.

1. Impuesto sobre Sociedades en la sociedad cesionaria

En la sociedad receptora, la aportación no tributa como ingreso, ya que los artículos 10.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LA LEY 18095/2014) (LA LEY 18095/2014) y 36.2 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885) (LA LEY 1/1885), excluyen de la cuenta de resultados todo incremento en el patrimonio neto durante el ejercicio que tenga su origen en aportaciones de los socios o propietarios. Puesto que la Ley reguladora del impuesto no establece nada particular al respecto, tampoco genera renta alguna para determinar la base imponible del IS.

2. Impuesto sobre la Renta del aportante

La aportación a la Cuenta 118 queda claramente aventajada respecto a las restantes aportaciones de los socios a sociedades, tanto cuando existe contraprestación (en un aumento de capital o constitución), como cuando se consideran realizadas a título lucrativo (una donación).

En la renta del aportante, ya sea persona física o jurídica, no hay transmisión, a pesar del carácter definitivo que antes destacábamos, sino únicamente un incremento del valor (de adquisición) de sus acciones o participaciones, cuya tributación quedaría diferida a una posterior transmisión.

Siendo personas físicas, el art. 37.1.c de la LIRPF exige computar como ganancia, en las aportaciones no dinerarias, la diferencia entre el valor de adquisición y el de mercado en el momento de la transmisión, si fuera superior al valor nominal de las acciones o participaciones recibidas, una vez añadido, en su caso, el importe de la prima de emisión.

Tratándose de sociedades, el art. 17.4 LIS también impone la valoración de mercado del elemento transmitido, salvo que resulte de aplicación el régimen previsto en el Capítulo VII del Título VII de la LIS (por ejemplo, la aportación de rama de actividad), en cuyo caso, como decíamos anteriormente, se mantiene inicialmente la valoración de los elementos transmitidos.

Esta diferencia de trato fiscal resulta aún más llamativa si se tiene en cuenta que el régimen especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS, tanto en las personas físicas como jurídicas, está siempre condicionado a la existencia de motivos económicos válidos (art. 89.2 LIS), lo que permite a la Administración tributaria impedir que se acojan al régimen favorable aquellas operaciones que no sean propiamente de reestructuración o racionalización, sino que persigan únicamente obtener una ventaja fiscal. No ocurre lo mismo con las aportaciones a la 118, porque como decíamos anteriormente el vigente PGC no exige que concurra ningún motivo de necesidad financiera en la sociedad cesionaria, mencionando la compensación de pérdidas únicamente a título enunciativo.

En caso de retorno o reembolso al socio, la Consulta Vinculante V1978-16 sí que atiende a la naturaleza física o jurídica del beneficiario, existiendo un régimen diferente para la imputación temporal del ingreso. Siendo socios personas jurídicas, el importe retirado minorará el valor fiscal de adquisición de la participación y, si hubiera exceso, entonces se considerará ingreso.

De manera semejante, las personas físicas, tratándose de valores admitidos a negociación, tributarán como rendimientos del capital mobiliario, por asimilación al régimen de la distribución de la prima de emisión, regulado en el art. 25.1.e de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF. Esto es, el importe obtenido minorará hasta su anulación el valor de adquisición de las participaciones, tributando solamente el exceso sobre dicho valor como rendimiento de capital, no sujeto a retención ni ingreso a cuenta³⁵. Por tanto, podemos decir que, cuando el retorno se realiza a un socio persona jurídica o a un socio persona física si se trata de cotizadas, la tributación queda diferida hasta que se produzca la alteración patrimonial, con la venta de participaciones o liquidación de la sociedad.

Este tratamiento cambió, sin embargo, para los socios persona física de sociedades no cotizadas tras la reforma fiscal de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre. En estos casos, la restitución al socio no reduce el valor de adquisición de su participación si se encuentra dentro de la diferencia existente entre éste y el valor de los fondos propios de la participación correspondiente al último ejercicio, tributando dicha diferencia como rendimiento de capital mobiliario. Solamente el exceso sobre la misma reducirá, hasta su anulación, el valor de adquisición de la participación, con el consiguiente diferimiento de la tributación.

El régimen de tributación del retorno al socio persona física, en sociedades no cotizadas, puede ilustrarse con el siguiente ejemplo.

Don Fulano, que compró 300 acciones de una SL por 3.000 euros percibe, como consecuencia de un reembolso desde la cuenta 118, dos euros por acción. En el ejercicio fiscal, la sociedad, cuyo capital estaba compuesto por 2.500 acciones de 10 euros de valor nominal, contaba con 2.500 euros en reservas, de las cuales 1.250 euros eran indisponibles.

Valor de los fondos propios:

25.000 euros (capital social).

+2.500 euros (reservas totales).

³⁵ Véase la Consulta vinculante de la DGT V2682-17, de 20 de octubre (LA LEY 2785/2017), que realiza una interesante distinción, otorgando este tratamiento sólo si el importe de la devolución de aportaciones no procede de beneficios no distribuidos. En caso de que sí proceda de beneficios no distribuidos los considera rendimientos de capital mobiliario, sujetos a retención o ingreso a cuenta. Ahora bien, se refiere a un supuesto completamente distinto al que planteamos, ya que la restitución de la aportación voluntaria se realiza por la vía de la reducción de capital.

-1.250 euros (reservas indisponibles).

26.250 euros total FP a estos efectos³⁶.

Valor de los FP correspondientes a las 300 acciones de don Fulano.

26.250/2.500 acciones, multiplicado por 300: 3.150 euros.

Para calcular el límite de la tributación inmediata, en el ejercicio fiscal en el que percibe la restitución de la cuenta 118, la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios correspondientes a su acción (3.150 euros) y el valor de adquisición de las mismas (3.000 euros) tributará como rendimiento de capital mobiliario (150 euros). El exceso (450 euros) minorará el valor de adquisición de sus acciones, que pasará a ser de 2.550 euros, con el consiguiente diferimiento de la tributación.

3. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados

Ya hemos dicho que la aportación de los socios a la cuenta 118 toma carta de naturaleza en los artículos 19.1 y 45.I.B del TR del Impuesto, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. El mismo declara operaciones societarias sujetas y exentas «las aportaciones que efectúen los socios que no supongan un aumento del capital social». La previsión específica como hecho imponible, tras la reforma de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre (con anterioridad se sujetaban a tributación las aportaciones de los socios para reponer pérdidas), supondría la inaplicabilidad de otras modalidades del Impuesto, por razones de incompatibilidad entre las mismas.

Ahora bien, la posterior restitución a los socios de las cantidades o bienes aportados, en tanto en cuanto no conlleve disminución del capital social, no constituye ningún hecho imponible del impuesto, como así reconoce la Consulta de 2016, existiendo también otra Consulta Vinculante V1887-15, de 15 de junio de 2015³⁷, que se pronuncia sobre este aspecto en particular. En Derecho tributario rige el principio estricto de legalidad (art. 31.3 de la Constitución) estando expresamente prohibida la analogía (art. 14 LGT) y el TR no recoge una norma

³⁶ Así resulta del art. 25.1. e) Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, relativo a los rendimientos del capital mobiliario derivados del reparto de la prima de emisión que es aplicable a estos reembolsos: «A estos efectos, el valor de los fondos propios a que se refiere el párrafo anterior se minorará en el importe de los beneficios repartidos con anterioridad a la fecha de la distribución de la prima de emisión, procedentes de reservas incluidas en los citados fondos propios, así como en el importe de las reservas legalmente indisponibles incluidas en dichos fondos propios que se hubieran generado con posterioridad a la adquisición de las acciones o participaciones».

³⁷ Consulta Vinculante V1887-15, de 15 de junio de 2015, de la Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos (LA LEY 2142/2015).

inversa para declarar sujetas las restituciones de aportaciones que no supongan una reducción del capital.

La no sujeción al IOS, sin embargo, si bien *a priori* puede suponer un incentivo más, podría hacer entrar en juego otras modalidades del impuesto, como la cuota gradual del Impuesto sobre AJD cuando se cumplan los requisitos del art. 31.2 del TR (aportaciones que se realicen en escritura y que se refieran a bienes inscribibles, puesto que damos por hecho que recaen sobre objetos valiables, como hemos visto en los elementos reales del negocio). Esto mismo puede ocurrir cuando la aportación a la cuenta 118 se realice a una sociedad que no tenga su domicilio social o sede de dirección efectiva en España (art. 6.1.B del TR), pero sea formalizada en territorio español (por ejemplo, por razón del lugar de situación del inmueble). La no sujeción a IOS puede también conllevar la necesidad de tributar por IVA o por Transmisiones Patrimoniales Onerosas, en función de la naturaleza del bien y de los sujetos intervinientes, o incluso si cambiase el actual planteamiento tributario o se plantease en un caso de aportaciones no a prorrata, por Impuesto sobre Donaciones si se tratase de socios personas físicas.

4. Impuesto sobre Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana

Dada la amplitud con la que se configura el hecho imponible en el art. 104 del TRLRHL —la transmisión de la propiedad de los terrenos *por cualquier título* o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos—, siempre que la aportación a la cuenta 118 recaiga sobre terrenos que no tengan naturaleza de rústico según la normativa del IBI, se devengará el impuesto municipal, sin especialidad alguna frente al régimen general de aportaciones de inmuebles a sociedades mercantiles.

5. Impuesto sobre la Renta de no Residentes

Nos planteamos aquí si, tratándose de una aportación de inmueble situado en territorio español, podría entrar en juego la normativa básica reguladora de las retenciones en el ámbito de los no residentes sin mediación de establecimiento permanente: en particular, el art. 25.2 del TR de la Ley del IRNR, que obliga al adquirente (en este caso, la sociedad) a retener e ingresar el 3 por 100, o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto del socio no residente.

El mismo artículo 25.2 exceptúa la retención en casos de aportaciones de bienes inmuebles que se realicen para la constitución o aumento de capital de las sociedades residentes en territorio español, pero no contempla específicamente, como hace el TR del ITPAJD, las aportaciones que no supongan un aumento de capital. No obstante, la Consulta de 2016 reitera en varias ocasiones que no pue-

APORTACIONES SIN AUMENTO DE CAPITAL

de existir contraprestación alguna por la aportación, por lo que *a priori* faltaría un elemento esencial de la obligación de retener, como en cualquier transmisión efectuada a título lucrativo (véase, entre otras, Consulta Vinculante V1651-12 (LA LEY 1923/2012)).

*(Trabajo recibido el 26/04/2019
y aceptado para su publicación el 20/05/2019)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO CONTRACTUAL

EL TJUE Y EL VENCIMIENTO ANTICIPADO POR IMPAGO EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CON CONSUMIDORES: A VUELTAS CON LA INSEGURIDAD JURÍDICA

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

Notaria de Fuenlabrada

RESUMEN

El presente trabajo ofrece un análisis de las posibles consecuencias derivadas de la declaración judicial de nulidad por su carácter abusivo de cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota, que en los últimos tiempo se ha generalizado en los juzgados de instancia. Para ello, la autora parte de la postura del Tribunal Supremo en esta materia y profundiza no solo en el contenido de la importante sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sobre la cuestión, sino también en las posibles consecuencias derivadas de la misma y de la entrada en vigor de la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario.

Palabras clave: préstamo hipotecario, consumidor, vencimiento anticipado, impago, abusividad, sobreseimiento del procedimiento ejecutivo.

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA

**THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
AND EARLY MATURITY DUE TO NON-PAYMENT
IN MORTGAGE LOANS WITH CONSUMERS: LEGAL
UNCERTAINTY GOES ON**

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Notary of Fuenlabrada

ABSTRACT

This paper analyzes the possible consequences of judicial declaration of nullity for its abusive carácter of early maturity due to non-payment clauses which have become widespread in courts of first instance. The author starts with the position of the Spanish Supreme Court regarding this kind of clauses and goes deeper into the content of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 26 March 2019, referring also to the probable consequences of it and of the entry into force of the Real Estate Credit Law.

Keywords: mortgage loan, consumer, early maturity, non-payment, abusive character, dismissal of enforcement procedure.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 26 DE MARZO DE 2019.—IV. LA SOLUCIÓN OFRECIDA POR LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—V. VALORACIÓN CRÍTICA.

I. ANTECEDENTES

Hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, Reestructuración de deuda y Alquiler social, el artículo 693.2. LEC disponía lo siguiente: «*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro*», si bien a partir de la citada ley la norma transcrita pasa a exigir el impago de «*al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses*». Es por ello que, de cara al análisis que realizaremos a continuación, hay que distinguir entre préstamos con consumidores celebrados antes y después de la entrada en vigor de la citada Ley: en el primer caso, la regla general en la práctica bancaria era introducir una cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota y, en el segundo, por el impago de tres.

A raíz de la reforma legislativa citada y de la doctrina que el TJUE ha ido desarrollando en los últimos años sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamo con consumidores, algunos juzgados de instancia empiezan a plantearse la posible nulidad por abusiva de las cláusulas en que estaba previsto el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota, tratándose, claro está, de préstamos hipotecarios formalizados antes de la entrada en vigor de la citada Ley 1/2013.

¿Y cuál es la doctrina del TJUE sobre esta cuestión? Según el TJUE, en su sentencia de 14 de marzo de 2013 —asunto C-415/11—, los criterios a tener en cuenta por el juez nacional a la hora de valorar la posible abusividad de una cláusula serían los siguientes:

- 1) el incumplimiento por el deudor de una obligación esencial en el marco de la relación contractual de que se trate;

- 2) el carácter suficientemente grave de dicho incumplimiento con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;
- 3) que la facultad de declarar el vencimiento anticipado no constituya una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; y
- 4) que el Derecho nacional prevea medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Entre los casos en que se ha planteado la posible nulidad de la cláusula de vencimiento por impago de una sola cuota destacaremos la cuestión prejudicial elevada por el juzgado de instancia de Santander número 2, que dio lugar al auto de 11 de junio de 2015 del TJUE en un supuesto en que la entidad acreedora había declarado el vencimiento anticipado ante el impago de cuatro cuotas del préstamo hipotecario al amparo de una cláusula en la escritura de préstamo que permitía dicha declaración de vencimiento anticipado «en caso de falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses». La respuesta del TJUE en este caso fue:

- 1.º Que el mero hecho de resultar una cláusula de vencimiento anticipado contraria al art. 693.2 LEC (en su redacción vigente en el momento de elevarse la consulta) no es argumento suficiente para concluir que tiene carácter abusivo, pues la misma «*debe causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven de dicho contrato*».
- 2.º Que el hecho de que la cláusula reputada abusiva no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola la existencia de un desequilibrio importante entre las partes.

II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo había defendido la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago con carácter general siempre que hubiese quedado claramente determinado en el contrato los supuestos determinantes del vencimiento anticipado y no al arbitrio de la entidad prestamista. Sin embargo, podemos observar un cambio de postura al respecto en la sentencia plenaria de 23 de diciembre de 2015 —confirmada por la posterior de 18 de febrero de 2016—, sin duda a la vista de los pronunciamientos del TJUE. En las citadas sentencias el TS, aunque tiene en cuenta los arts. 1129 y 1124 CC y art. 693.2 LEC como normas que darían cobertura legal a este tipo de clausulado, se inclina a favor del carácter abusivo de aquellas cláusulas de vencimiento anticipado que permitan la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria —la de pagar intereses— al «*no vincularse a pará-*

metros cuantitativa o temporalmente graves» ni permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente.

Ahora bien, una vez declarada la nulidad de este tipo de cláusulas, hecho que se ha ido generalizando en la práctica judicial, hay que analizar las consecuencias de dicha declaración de nulidad: ¿la nulidad implica que procede sobreseer el procedimiento en el caso de haberse éste iniciado o, de plantearse la cuestión antes de su inicio, que no cabe acudir al procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados? Y en caso afirmativo, ¿de qué mecanismos goza el acreedor hipotecario para hacer frente a un incumplimiento reiterado del deudor?

El Alto Tribunal, en la reseñada sentencia de 23 de diciembre de 2015, ha defendido la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución directa a pesar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado con apoyo en los siguientes argumentos:

- 1.º Que la decisión de proseguir la ejecución puede ser más perjudicial para el deudor que el sobreseimiento, habida cuenta de que es en el procedimiento de ejecución directa donde el legislador ha reforzado los mecanismos de protección del deudor ejecutado.
- 2.º Que el impedir a los acreedores acudir al procedimiento de ejecución directa para proteger a los consumidores puede tener como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, consiguientemente, a la adquisición de vivienda en propiedad.
- 3.º El necesario equilibrio en las prestaciones hace que no resulte adecuado obligar a las entidades financieras, «ante comportamientos de flagrante morosidad», a acudir a la vía declarativa ante la imposibilidad de acudir al procedimiento ejecutivo.
- 4.º Que el juez nacional, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional —el art. 693.2 LEC vigente— siempre que la sustitución permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de ambas partes en el contrato, pues solo de esta manera se evitaría un efecto perjudicial equivalente al que se produciría en el supuesto de nulidad contractual causada por la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Esta doctrina del Tribunal Supremo ha sido muy controvertida y ha provocado que diversos juzgados de primera instancia nacionales hayan elevado cuestiones prejudiciales al TJUE por entender que la misma podría ser contraria a la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia. Ante esta situación, el propio Tribunal Supremo (asunto C-70/17) elevó una cuestión prejudicial mediante auto de 8 de febrero de 2017 sobre dos cuestiones:

- 1.^a Si un tribunal nacional que haya declarado abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de este tipo puede valorar la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, continuando con el proceso de ejecución contra el consumidor por resultar más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor hipotecario instar la resolución del contrato o la reclamación de las cantidades debidas por otras vías.
- 2.^a Si un tribunal nacional puede declarar una cláusula contractual parcialmente abusiva, permitiendo la subsistencia de la parte de la cláusula que no se considera abusiva.

La respuesta a dicha consulta ha venido de la mano de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, que pasamos a analizar.

III. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 26 DE MARZO DE 2019

En respuesta a la cuestión prejudicial elevada por nuestro Tribunal Supremo, reseñada en el epígrafe anterior y a otra cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona en términos similares, el TJUE ha resuelto en su sentencia de 26 de marzo de 2019 lo siguiente:

- 1.º Que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permita al juez nacional integrar dicho contrato, modificando el contenido de esa cláusula (cita, entre otras, la sentencia 30 de abril de 2014, asunto Kásler y Káslerné Rábai). La finalidad es evitar que la modificación del contenido de las cláusulas abusivas que figuren en un contrato contribuya a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de su anulación y consiguiente no aplicación a los consumidores.
- 2.º En consecuencia, en el supuesto objeto de análisis, *«la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas, pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia»*¹.

¹ En las conclusiones del Abogado General, de fecha 13 de septiembre de 2019, en torno la cuestión de la posible validez parcial de este tipo de cláusulas, aunque se plantea la posible validez parcial de la cláusula mediante la aplicación del «blue pencil test» (regla del fraccionamiento de la cláusula procedente de la jurisprudencia del Bundesgerichtshof), que defiende la posible nulidad parcial de una cláusula abusiva siempre que: i) únicamente esté infectada por un elemento abusivo una parte de la cláusula y ésta pueda eliminarse sin otra modificación; ii) la frase subsistente tenga sentido incluso sin los elementos eliminados; y iii) se preserve la finalidad; se defiende la improce-

- 3.º En una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Por tanto, lo primero que ha de dilucidar el juez nacional es si la supresión de la cláusula abusiva tiene como consecuencia necesaria que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir y solo en este caso, si la anulación de los contratos expusiera a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales, será posible la aplicación supletoria de una norma nacional para sustituir la cláusula abusiva y evitar así la nulidad contractual.

Y al contrario, «si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria».

Por tanto, a juicio del TJUE, la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota solo podrá dar lugar a la aplicación del art. 693.2 LEC —lo que permitiría acudir a la ejecución hipotecaria siempre que la entidad acreedora haya respetado el plazo mínimo fijado en la misma para dar por vencido anticipadamente el préstamo— si el contrato de préstamo con garantía hipotecaria no puede subsistir sin dicha cláusula de vencimiento anticipado y si, además, de la imposibilidad de acudir al procedimiento de ejecución directa a causa de dicha nulidad se derivan consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor. En otro caso, solo cabrá acudir al procedimiento de ejecución directa cuando así lo solicite el consumidor.

La clave está, en consecuencia, en si la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago puede o no determinar la nulidad de los contratos de préstamo hipotecario, cuestión que el TJUE deja sin resolver, «pasándole la pelota» (si se nos permite la expresión) a los jueces y tribunales de nuestro país.

dencia de dicha regla, salvo en el caso de que la cláusula controvertida contemplara varias causas de vencimiento anticipado, lo que no acontece en el supuesto de hecho objeto de controversia donde la finalidad de la cláusula en cuestión se pierde sin una referencia precisa al número de cuotas mensuales que permiten su aplicación.

Hasta la fecha, el propio Tribunal Supremo tan solo se ha referido tangencialmente a la cuestión de la posible nulidad contractual a causa de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado objeto de análisis, si bien de su argumentación parece inferirse que no procedería tal nulidad. En la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015, aunque reconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la aplicación supletoria de una norma nacional, como el art. 693.2 LEC, sólo cabe si la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obliga al juez a anular totalmente el contrato, *«quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización»; ha defendido que se produciría un efecto perjudicial equivalente si la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado produce el efecto de cerrar el acceso al proceso especial de ejecución hipotecaria*, ya que el sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria no puede considerarse que *«sea en todo caso más favorable al consumidor»*.

Esto nos lleva nuevamente a una situación de incertidumbre en relación con las ejecuciones pendientes o incluso futuras en los juzgados de nuestro país, dado que, como veremos, la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario únicamente resuelve aparentemente la problemática en relación con aquellos contratos de préstamo que entren en su ámbito de aplicación y cuyo vencimiento anticipado aún no se hubiera declarado a la entrada en vigor de la misma. Para todos aquellos fuera de dicho ámbito de aplicación, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en lo sucesivo LCCI) ha modificado el art. 693.2 LEC, que ha quedado con la siguiente redacción: *«Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo...»*. De ahí que, aunque finalmente los jueces y tribunales españoles se muestren favorable a la nulidad total del contrato como consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y el consumidor quedare expuesto como consecuencia de dicha nulidad a consecuencias especialmente perjudiciales, se encontrarán sin un criterio temporal al que acudir de cara a admitir el procedimiento de ejecución directa, a no ser que acudan al fijado en el vigente art. 24 LCCI, si bien este está pensado para determinado tipo de préstamos.

¿Y cuáles serían las consecuencias derivadas de la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado nula si no procede la reintegración del contrato por no entenderse que la nulidad de la cláusula conlleva la nulidad del contrato?

En cuanto a la entidad financiera, la misma se vería obligada a instar un juicio declarativo para dar por resuelto el préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor, con arreglo al art. 1124 CC, con el evidente perjuicio económico que ello le produciría al demorarse en el tiempo el cobro de lo adeudado más allá de lo previsto.

Y respecto del deudor, tal y como apuntara el propio Tribunal Supremo en el citado auto de 8 de febrero de 2017, también se producirían los siguientes efectos perjudiciales: pérdida de las ventajas y garantías que contempla en beneficio del consumidor la actual regulación del procedimiento de ejecución directa; incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento; y además, ante la imposibilidad de los acreedores de recuperar los créditos morosos por el proceso especial de ejecución hipotecaria, una contracción del crédito a futuro y con ello una mayor dificultad para el acceso a la vivienda en propiedad en nuestro país.

IV. LA SOLUCIÓN OFRECIDA POR LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La Disposición Transitoria primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario tras establecer en su apartado 1: *«Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor»*, añade lo siguiente en su apartado 4: *«Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley, en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo y estuviera este suspendido o no»*.

Aparentemente, con el régimen transitorio previsto para el vencimiento anticipado en el LCCI, para todos aquellos contratos dentro del ámbito de aplicación de dicha Ley celebrados con anterioridad de la misma habría quedado resuelta la problemática planteada en torno a las posibles consecuencias de la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por impago en un futuro, ya que, a la vez que se amplía de forma considerable el plazo de incumplimiento necesario para poder declarar vencido anticipadamente la totalidad de un préstamo o crédito y se exige al acreedor un previo requerimiento de pago al deudor, se declara el vencimiento anticipado *ex lege* en el caso de cumplirse los requisitos antedichos de forma imperativa. De esta forma, la nulidad o no de la cláusula de vencimiento anticipado por impago sería irrelevante de cara al posible inicio por parte del acreedor hipotecario del procedimiento de ejecución directa, siempre que cumpla con los nuevos estándares de conducta.

Ahora bien, tal y como ha apuntado oportunamente CABANAS TREJO², aunque claramente la intención del legislador fue zanjar la problemática, al menos respecto de contratos dentro del ámbito de aplicación de la LCCI, previos a la misma

² CABANAS TREJO, Ricardo: *Aspectos contractuales y procesales de la nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Aferra, 2019, págs. 283-289l.

y cuyo vencimiento anticipado no hubiera sido declarado a la entrada en vigor, la redacción final de la disposición transitoria analizada plantea las siguientes dudas interpretativas:

- 1.º Si el inciso «*salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él*» implica que ante un contrato previo a la entrada en vigor de la LCCI que contenga un pacto de vencimiento anticipado por impago de un número de cuotas inferior al fijado en el art. 24 LCCI (lo que ocurre siempre en la práctica), el consumidor podría optar por la inaplicación del nuevo régimen de vencimiento anticipado *ex lege*, por lo que habría que estar a lo pactado.
- 2.º Si la consideración anterior unida al inciso «*en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado*» puede interpretarse en el sentido de una posible opción por lo pactado por parte del deudor, prescindiendo del nuevo régimen de vencimiento anticipado. De ser así, de resultar declarada nula la cláusula de vencimiento anticipado por impago, al desaparecer un presupuesto necesario del procedimiento de ejecución hipotecaria, nos encontraríamos con la misma problemática que la ya expuesta en relación con los contratos cuyo vencimiento anticipado ya hubiese sido declarado antes de la entrada en vigor de la LCCI o que queden fuera de su ámbito de aplicación. Es decir, que salvo que nuestro Tribunal Supremo abogue a futuro por defender la nulidad del contrato de préstamo como consecuencia de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado por impago quedaría a elección del deudor que la entidad financiera pueda acudir al procedimiento de ejecución directa o tenga que ir a una de declarativo ordinario y posterior ejecución.

Ciertamente, la interpretación a que parece conducirnos la literalidad de la norma estaría claramente en contra de la que sin duda debió de ser la intención del legislador: resolver la problemática de cara a futuras ejecuciones permitiendo a las entidades financieras acudir a la vía ejecutiva directamente siempre que se respeten los nuevos plazos fijados para la declaración de vencimiento anticipado en el art. 24 LCCI. Ahora bien, la disposición transitoria transcrita dice lo que dice y habrá que esperar a ver cómo la aplican nuestros jueces y tribunales.

V. VALORACIÓN CRÍTICA

Tal y como resulta de lo expuesto anteriormente, en la actualidad se puede hablar de una situación bastante preocupante por lo que a las ejecuciones hipotecarias en nuestro ordenamiento jurídico se refiere, respecto de la cual nos gustaría realizar una serie de valoraciones:

- 1.^a No hay que olvidar que el punto de partida de toda la problemática es la nulidad declarada judicialmente de las cláusulas de vencimiento antici-

pado por impago de una única cuota, cláusulas que estaban amparadas no solo por normas de rango legal en el momento de celebrarse el contrato, sino también por diversas sentencias del propio Tribunal Supremo —la STS de 4 de junio de 2008 y STS de 9 de marzo de 2001, entre otras—. De hecho, eran tan frecuentes en la práctica que no debería sorprendernos que el impago de una sola cuota pudiera poner en marcha la mecánica judicial. Otra cosa es que dicho plazo pueda resultar excesivamente breve y no justifique las graves consecuencias que pueden derivarse para el deudor del vencimiento anticipado del préstamo y consiguiente ejecución.

- 2.^a El hecho en sí de la existencia de la cláusula, si el banco actúa de forma responsable declarando el vencimiento anticipado solo cuando el incumplimiento del deudor es grave y reiterado en el tiempo, no perjudica al deudor.
- 3.^a En estos supuestos no estamos en un escenario de cumplimiento normal por el deudor, como acontece en otros en que las cláusulas han sido declaradas nulas por abusivas, como en el caso de las cláusulas suelo, sino que el hecho determinante del vencimiento anticipado es el incumplimiento del deudor.
- 4.^a En todo contrato hay que velar por el equilibrio contractual, equilibrio que quedaría roto si ante un incumplimiento grave por parte del deudor el acreedor se quedase sin medios efectivos para el cobro de lo adeudado.
- 5.^a A mi juicio, el argumento empleado por el TJUE para defender que no cabe la integración del contrato de préstamo por el juez nacional, porque de lo contrario no se produciría el efecto disuasorio que toda declaración de nulidad está abocada a producir —en el sentido de que solo si la cláusula se elimina sin más, los predisponentes se cuidarán mucho en el futuro de volver a introducirla en sus contratos— carece de sentido en el supuesto objeto de análisis, ya que cuando se ha planteado la posible nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una única cuota es porque ya no estaba en vigor la norma legal que las amparaba, por lo que difícilmente, aun cuando el juez nacional proceda a la integración del contrato, nos vamos a volver a encontrar con una cláusula de este tipo.
- 6.^a La doctrina maximalista construida por el TJUE, donde la nulidad de la cláusula tan solo puede ser objeto de integración mediante la aplicación supletoria de una norma de derecho nacional si la nulidad de la cláusula conlleva necesariamente la nulidad del contrato y dicha nulidad produciría consecuencias excesivamente perjudiciales para el deudor, debería suavizarse o matizarse en aras de la seguridad jurídica siempre que los consumidores queden suficientemente protegidos. Y es que es posible

aunar la necesaria protección de los consumidores con la protección, también sumamente necesaria, de la seguridad jurídica en los Estados miembros. ¿Cómo? Permitiendo a los acreedores acudir a la vía ejecutiva solo si existe un incumplimiento grave del deudor y dotando al deudor de mecanismos de garantía suficientes dentro del procedimiento, tal y como ha defendido nuestro Tribunal Supremo.

- 7.^a En cuanto a la cuestión concreta de si la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago conlleva la nulidad del contrato, puede defenderse que desde el momento en que la facultad de acudir al procedimiento ejecutivo como remedio ante el incumplimiento del deudor puede calificarse de esencial para el acreedor, ya que de no existir la misma lo más seguro es que no habría concedido el préstamo o la habría hecho en condiciones más onerosas para el deudor, el contrato puede reputarse nulo, al faltar uno de sus elementos esenciales.
- 8.^a De no resolverse la situación actual de incertidumbre no hay duda de que, a corto o medio plazo, el riesgo de que las entidades financieras no puedan acudir a la vía ejecutiva ante un incumplimiento de carácter esencial por parte del deudor puede redundar en una subida de tipos y en una disminución del crédito concedido para la compra de vivienda en nuestro país, riesgo al que ya apuntara nuestro Alto Tribunal, tal y como hemos tenido ocasión de exponer.

*(Trabajo recibido el 27/05/2019
y aceptado para su publicación el 10/06/2019)*

DERECHO SOCIETARIO

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE OCTUBRE DE 2018 SOBRE LA ASISTENCIA FINANCIERA PROHIBIDA

JESÚS LLEONART CASTRO

Notario

RESUMEN

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018 acude a la interpretación teleológica para resolver dos vulneraciones de la normativa reguladora de los negocios sobre las propias participaciones y acciones. Se analiza la tesis defendida por el Alto Tribunal y se pone de manifiesto la posible insuficiencia de ésta para proteger los intereses que la ley pretende garantizar en materia de asistencia financiera prohibida. De forma breve se reflexiona sobre la verdadera finalidad perseguida por la norma y de qué forma pueden salvaguardarse aquellos intereses atendiendo a un elemento determinante: la causa de los negocios involucrados.

Palabras clave: autocartera, asistencia financiera, interpretación teleológica, nulidad, conexión causal, negocios coligados, negocios conexos, causa.

COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF OCTOBER 1, 2018 ON PROHIBITED FINANCIAL ASSISTANCE

JESÚS LLEONART CASTRO

Notary

ABSTRACT

The Supreme Court judgment of October 1, 2018, addresses the teleological interpretation utilized to resolve two violations of the regulations governing business on own

JESÚS LLEONART CASTRO

stocks and shares. The thesis defended by the High Court is analyzed and the possible insufficiency of this case is highlighted to protect the interests which the law intends to guarantee in the matter of prohibited financial assistance. Briefly, we reflect on the true purpose pursued by the regulation and how those interests can be safeguarded according to a determining factor: the purpose of the businesses involved.

Keywords: treasury stock, financial assistance, teleological interpretation, nullity, causal connection, associated businesses, related businesses, cause.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUPUESTO DE HECHO.—III. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2018.—IV. BREVES REFLEXIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La asistencia financiera para la adquisición de las acciones o participaciones propias ha sido siempre contemplada por el legislador con la mayor de las precauciones. La garantía que entraña para los terceros el capital social, como aval de que la construcción teórica que supone la atribución de una personalidad jurídica distinta a las sociedades no implica una merma de la seguridad del tráfico, no puede quedar diluida por un uso impropio de la normativa societaria. Sobre la personalidad jurídica, doctrina y jurisprudencia han estado especialmente preocupadas por la utilización de los medios organizativos y productivos propios de entes cuyo fin primordial es la ganancia de un lucro a repartir entre el grupo humano que lo conforma, con la finalidad de satisfacer intereses individuales bajo la capa protectora de la personalidad propia del fenómeno societario. Construcciones jurisprudenciales como la teoría del levantamiento del velo han venido, desde hace décadas, luchando contra esta utilización fraudulenta de las ventajas societarias. La tardanza del legislador español en la admisión de la sociedad unipersonal, que solo debidamente espoleado por las directivas comunitarias fue capaz de ver la luz, es otro claro síntoma de la preocupación existente sobre esta materia.

Ya decía PANTALEÓN¹, siguiendo a GIRÓN TENA, que la doctrina del levantamiento del velo se basa en que la persona jurídica es algo «real»; arranca de posiciones formalistas, y no es así. Si se parte de una concepción nominalista, de un concepto lógico y no ontológico de la persona jurídica, los casos conflictivos se resolverían a través de la interpretación finalista de las normas. Como la función del concepto de persona jurídica es presentar unitariamente una normativa (es decir, una función instrumental), si esta normativa se pretende utilizar alejándose de los fines que el ordenamiento se propone proteger con la atribución de la personalidad jurídica, simplemente se debe prescindir de aplicar esta normativa.

¹ PANTALEÓN, F.: «Comentario a la sentencia de 28 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, 1984, pp. 1711 y ss.

Pero no hay velo que levantar porque entre los miembros del grupo y los terceros no hay velo ni natural ni jurídico.

La consolidada doctrina del levantamiento del velo no ha conseguido responder satisfactoriamente todos los supuestos que entrañan riesgo para la seguridad en el tráfico. El legislador se ha preocupado de forma especial por establecer, mediante rigurosas normas imperativas, prohibiciones que buscan evitar la génesis de los citados riesgos. La prohibición general de la asistencia financiera para la adquisición de las acciones o participaciones propias o la regulación sobre la autocartera son claros ejemplos de ello.

El Tribunal Supremo en la sentencia que nos ocupa ha profundizado en los aspectos que hemos apuntado: la finalidad de la norma, el interés protegido y la interpretación teleológica de aquella.

II. EL SUPUESTO DE HECHO

El caso que llega al Tribunal Supremo parte de la existencia de una situación de autocartera. A lo largo de la historia de la normativa societaria de nuestro país, el legislador ha considerado la situación de autocartera como merecedora de toda su desconfianza. Y ello debido a los perjuicios que de dicho fenómeno pueden producirse para la propia sociedad y, especialmente, para los socios y terceros interesados. La regulación actual, en la Ley de Sociedades de Capital, insiste en el mismo fundamento al establecer, con carácter general, la prohibición de la situación de autocartera (artículo 134, para la originaria, y 140.2 para la derivativa), salvo determinadas excepciones de adquisición derivativa permitida (artículo 140.1). Aún con todo, dicha situación excepcional se somete a un plazo de duración máximo de tres años, durante los cuales la sociedad puede optar entre proceder a su enajenación o a amortizar dichas participaciones con la consiguiente reducción de capital. Transcurrido ese plazo, dice el artículo 141.2 en su primer inciso que «la sociedad deberá acordar inmediatamente su amortización y reducción de capital» y que «si la sociedad omite estas medidas cualquier interesado podrá solicitar su adopción por el Secretario Judicial o por el Registrador Mercantil».

En el caso de autos, en el que había transcurrido en exceso el plazo de tres años y se había procedido con posterioridad a la enajenación voluntaria de las participaciones por la sociedad, se plantea la validez de dicha venta o si, por el contrario, conforme al tenor de la ley, es nula, por contravención de norma imperativa, ya que sólo se puede, transcurrido el plazo, proceder a la amortización vía reducción de capital. Además, dicha venta de participaciones se había realizado concediendo al comprador un aplazamiento en el pago del precio. El aplazamiento se había concedido a los socios sobre una parte considerable del precio, durante varios años, sin devengar intereses y sin que esos socios tuvieran que prestar garantía alguna del pago del precio aplazado. Dicha facilidad, dicha asistencia

financiera, supondría una contravención de la prohibición general de asistencia financiera de los artículos 143 y 150 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sentencia de primera instancia concluyó que la enajenación de las participaciones era válida, aun habiendo sido realizada fuera de plazo, y que la asistencia financiera prestada siendo nula por contravención de una norma imperativa daba lugar únicamente a la inmediata exigibilidad del precio aplazado, pero no afectaba, en ningún caso, al negocio jurídico asistido. La Audiencia Provincial, al resolver la apelación, confirma la sentencia de la primera instancia, con el voto particular de uno de los magistrados que consideraba que las transmisiones realizadas eran nulas por vulnerar el régimen legal de la autocartera de las participaciones sociales de las sociedades limitadas y que la contravención de la prohibición de asistencia financiera debía determinar, además, la nulidad de la transmisión y no sólo la del aplazamiento del pago.

III. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2018

El Tribunal se pronuncia sobre las dos cuestiones controvertidas, la transmisión extemporánea de las participaciones y la asistencia financiera prohibida, usando como referencia la finalidad de la norma. Mediante la interpretación teleológica concluye que lo que es contrario a Derecho es que la situación de autocartera se haya prolongado durante más de tres años, pero no que se haya puesto fin a la misma mediante la transmisión de las participaciones sociales en autocartera con posterioridad al transcurso de esos tres años. No responde a la ratio del art. 141.2 LSC que la única solución, una vez transcurrido el plazo de tres años durante el que se permite a la sociedad limitada la tenencia de las propias participaciones adquiridas lícitamente, sea la amortización de las participaciones con reducción del capital social, de modo que no sea ya posible la enajenación de las participaciones en autocartera. La finalidad de la norma es dar efectividad a las cautelas que la ley establece para la autocartera de participaciones sociales, entre las que se encuentra su carácter temporal, con un plazo máximo de tres años, durante los cuales ha de ponerse fin a la situación mediante la enajenación de las participaciones propias o su amortización, con reducción de capital.

Si la sociedad no cumple voluntariamente la exigencia legal de poner fin a la autocartera dentro de ese plazo, el art. 141.2 LSC permite hacer efectiva la finalización de la autocartera mediante la coerción judicial. Pero, lógicamente, ésta solo permite que la finalización de la situación de autocartera extralimitada temporalmente se lleve a cabo mediante la amortización de las participaciones en autocartera, con reducción de capital. No puede imponerse coactivamente por el tribunal que la finalización de la situación de autocartera se lleve a cabo mediante la enajenación de las participaciones sociales porque esta solución requiere la participación no solo de la sociedad incumplidora, sobre la que puede imponerse la coerción, sino también de un tercero que adquiera las participaciones, y es

claro que a un tercero, en principio indeterminado, no puede imponerse coactivamente tal adquisición, todo ello sin perjuicio de las especiales normas que rigen la transmisión de las participaciones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada. La enajenación de las participaciones pasado el plazo legal no perjudica la finalidad perseguida por la normativa. Es más, sería un contrasentido estimar una acción de nulidad de la transmisión de las participaciones sociales porque se volvería a la situación de autocartera extralimitada en el tiempo y se reduciría el patrimonio social al tener que restituir el precio obtenido por las participaciones transmitidas. Sin embargo, con la transmisión de las participaciones sociales se ha mantenido la cifra del capital social y se ha incrementado el patrimonio social al ingresar en el mismo el precio obtenido en la transmisión, lo que objetivamente favorece a la sociedad.

En cuanto a la asistencia financiera, quedando fuera de toda duda que las facilidades otorgadas para la adquisición de las participaciones propias son nulas por vulnerar la prohibición estudiada, se cuestiona si dicha nulidad debe extenderse a la transmisión asistida o si, por el contrario, es suficiente con anular la asistencia y que quede sin efecto dicha financiación. El Tribunal Supremo entiende que es la asistencia financiera la que produce efectos perniciosos para la sociedad, sus socios y los acreedores sociales y que tales efectos quedan automáticamente eliminados con la anulación de la asistencia financiera prohibida, no exigiendo la norma en ningún caso que afecte al negocio jurídico asistido.

IV. BREVES REFLEXIONES

El Tribunal Supremo utiliza como criterio hermenéutico para resolver ambos conflictos la interpretación teleológica, que atiende a la finalidad de la norma. Dicha finalidad, salvo que haya sido explicitada por el propio legislador, no puede sino ser inferida de fuentes diversas: el propio articulado, la exposición de motivos, la tramitación parlamentaria del texto legal, etcétera. Cualquier criterio interpretativo es susceptible de ser confrontado con otro diferente, o incluso con uno idéntico que ponga en liza elementos distintos y llegue a conclusiones diversas, puesto que el artículo 3.1 del Código Civil no atribuye exclusividad ni preferencia a ninguno de ellos y, en cualquier caso, dependen de la subjetividad de quien los esgrima.

En el caso de la enajenación extemporánea de las participaciones propias, consideramos que el Tribunal Supremo interpreta de forma acertada la norma. La regulación interpretada en este supuesto tiene una finalidad claramente tuitiva y ello debe impregnar el proceso de aplicación e interpretación de aquélla. La norma sólo será eficaz si efectivamente protege aquel bien jurídico cuya defensa pretende asumir. De esta forma, una aplicación rigurosa y excesivamente literal de la norma, como señalaba la sentencia, no sólo hará decaer la protección sino que producirá un perjuicio para la sociedad aún mayor que el que se trataba de evitar.

No obstante, no podemos compartir el criterio del Tribunal en cuanto al segundo de los problemas planteados. La prohibición de asistencia financiera tiene su origen en la Segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, en cuyo artículo 23.1 disponía que *«una sociedad no podrá adelantar fondos, ni conceder préstamos, ni dar garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero»*. Llegó hasta aquí desde el derecho inglés, siquiera con alguna variación. Su transposición a nuestro ordenamiento interno tuvo lugar por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE, y fue después mantenida por el art. 81.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Aunque la reforma por la Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre de 2006, permitió flexibilizar el régimen de la asistencia financiera, y así lo hicieron otros países como Italia o Reino Unido, y pese a que en la tramitación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, que traspuso a nuestro ordenamiento la citada Directiva, se propuso flexibilizar su régimen cumpliendo ciertas condiciones; finalmente el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital mantiene la prohibición en el artículo 150, en cuanto a las sociedades anónimas y 143 para las sociedades de responsabilidad limitada, aunque con alguna diferencia.

Aunque su ubicación dentro del capítulo relativo a *«Los negocios sobre las propias participaciones y acciones»*, dedicado casi exclusivamente a la autocartera, parece considerar la regulación de la asistencia financiera como un mero anexo o cierre de la regulación de aquélla, la verdad es que, tanto en su concepción teórica como en el tráfico negocial, una y otra institución aparecen con frecuencia indistintamente; sin perjuicio de una posible, y frecuente, interrelación, como en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo que hemos examinado. No por ello debemos dejar de observar que existen ciertos puntos de conexión entre una y otra figura, siendo el ejemplo más claro el fundamento de ambas instituciones.

El legislador pretende proteger, principalmente, a los acreedores sociales reforzando la integridad del capital social y la correspondencia entre éste y el patrimonio de la sociedad, afianzando la solvencia patrimonial de la sociedad. No obstante, y aunque ello es importante, resulta paradigmático la existencia de un artículo como el 162 de la Ley de Sociedades de Capital. Este precepto, que es de aplicación exclusiva a las sociedades de responsabilidad limitada (recordemos, en la vida práctica, la indiscutible protagonista hoy día), que *«en la sociedad de responsabilidad limitada la Junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores»*. Además, en caso de que estos actos se realizaran en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo, el párrafo segundo exime de la necesidad de dicho acuerdo de Junta. Este tipo de operaciones, que sólo necesitan un acuerdo específico para cada caso, pueden llegar a ser mucho más gravosas para el capital y para los terceros que la asistencia financiera dirigida a la adquisición de participaciones sociales. Más aún en la sociedad de responsabilidad limitada, donde, por su especial carácter, a

medio camino entre la sociedad personalista y la capitalista, los intereses particulares de los socios pueden verse mezclados con el interés societario, alcanzando umbrales en que es difícil discernir uno y otro. Si este artículo habilita cualquier clase de asistencia financiera, para cualquier tipo de operación, por arbitraria, individual, o caprichosa incluso, que pudiera llegar a ser, con la única excepción de que no se utilice para la adquisición de participaciones sociales, resulta lícito pensar que la prohibición del artículo 143 (y 150 para las sociedades anónimas) obedece a algún fundamento adicional al de la protección de los terceros.

La sanción para la indicada contravención es la más grave de nuestro ordenamiento. Dada la prohibición establecida, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, serán nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. No hay sanción específica para estas vulneraciones más allá de una mera sanción administrativa en el artículo 157.1. Dicha sanción, como ha reiterado en varias ocasiones el Tribunal Supremo, tiene un carácter administrativo que no soluciona las consecuencias perjudiciales que la infracción produce en el ámbito jurídico privado, puesto que no soluciona la afectación negativa que la asistencia financiera supone para la integridad del patrimonio social y su efectiva correspondencia con el capital social o para la solvencia de la sociedad.

La más grave de las sanciones jurídicas no puede estar reservada para una operación como la asistencia financiera, sobre la base de la protección de la integridad del capital social, si existen otras operaciones que, pudiendo incluso llegar a ser sustancialmente más gravosas para ese interés protegido, son admitidas con carácter general, reconocidas explícitamente en la ley y que solo necesitan un acuerdo de Junta, que ni siquiera ha de tener una mayoría cualificada. Necesariamente, la prohibición de asistencia financiera debe tener raíces más profundas que alcancen los cimientos del fenómeno societario para que el legislador haya querido mantener un régimen como éste.

Por consiguiente, la finalidad de la norma, la única tenida en cuenta por el Tribunal Supremo para interpretarla, debe completarse con un segundo bien jurídico digno de protección: la protección de los socios. Mediante la examinada regulación, el legislador está limitando el margen de acción de los administradores y sus posibles abusos. Se pretende evitar actuaciones que vulneren el principio de igualdad de trato, que eviten asimismo la injerencia de terceros en la sociedad que guarden una especial relación, de confianza o de fidelidad retribuida, con los administradores que les han allanado el camino. La utilización de dichos medios puede obedecer al objetivo de administradores para romper los equilibrios existentes en la formación de la voluntad social o adquirir, o afianzar, una posición de control en el seno de la sociedad.

Algunos autores han defendido la eventual necesidad de una operación de este tipo, que podría estar salvada si el interés de esos socios que se trata de proteger se respetara mediante la atribución a los mismos de la posibilidad de consentir

la operación (en términos similares al artículo 162 LSC) y justificada (lo cual habrían de valorar los socios) en un potencial beneficio social.

Estas consideraciones y otras similares llevaron a la admisibilidad en la Directiva 2006/68/CE, de seis de septiembre de dos mil seis, a habilitar a que los Estados miembros, a su elección, puedan permitir la asistencia financiera para la adquisición de participaciones o acciones propias bajo el cumplimiento de una serie de requisitos, de carácter extraordinario, que minimizan los riesgos de la operación. No obstante, el legislador español no ha optado por trasponer dicha habilitación.

En este punto debemos volver a resaltar que, para las sociedades de responsabilidad limitada, está admitida con carácter general y con las pertinentes cautelas la asistencia financiera para cualquier tipo de operación en que un socio pudiera necesitarla. Salvo, claro está, si esta operación es la adquisición de las propias acciones o participaciones sociales. Por eso mismo se nos antoja indiscutible la conexión causal existente entre la asistencia prestada y el negocio asistido. Es decir, la conexión causal entre uno y otro negocio resulta indubitada; sin embargo, esta conexión, creemos, debería resultar determinante para la sanción que debiera recibir el negocio prohibido.

En un caso como el que la sentencia examinaba, una parte considerable del precio había sido aplazada, sin necesidad de prestar garantía alguna de su pago y sin devengo de intereses. Es prácticamente imposible defender que el negocio jurídico de adquisición de las participaciones no está ligado desde su génesis a la asistencia financiera prestada. La conexión causal, siempre existente entre ambos negocios, en este caso se produce en el instante mismo de perfección del negocio jurídico de transmisión y por ello resulta sorprendente que el Tribunal Supremo no extienda la sanción de la nulidad de pleno derecho a este negocio y mantenga solo la ineficacia de la asistencia financiera. Ambos negocios, en un caso como este, se nos presentan como contratos conexos o coligados, totalmente dependientes el uno del otro, de forma que, igual que surgen vinculados entre sí, no pueden sobrevivir separadamente.

Decimos, por tanto, que la conexión causal, que siempre existe por definición, habría de determinar la expansión de la nulidad al negocio asistido. No obstante, tal sanción no habría de producirse en todo caso. Para ello sería necesario que dicha conexión causal se presentara entrelazada de forma que no habláramos de dos causas conectadas, sino de una identidad de causa, una causa única. Es una figura frecuente en nuestro ordenamiento, y lugar común en la doctrina y la jurisprudencia, encontrarnos ante figuras contractuales conexas o coligadas que comparten una única causa común. Un ejemplo cotidiano es la adquisición de vivienda que se hipoteca para garantizar la financiación necesaria para su compra. De la misma forma que aún el ojo más inexperto puede diferenciar este caso de aquel en que se hipoteca un inmueble propio en garantía de deuda ajena, creemos que las circunstancias del caso pueden ayudarnos a discernir aquellas asistencias

financieras que, pese a ser nulas, no han sido *conditio sine qua non* para la perfección del negocio jurídico de transmisión de las participaciones. Ciertamente, el elemento temporal podría resultar determinante en muchas ocasiones, pero no por ello se convierte en un criterio infalible; si así lo fuera, cualquier dilación o anticipación intencionada de la asistencia podría entonces servir para desconectar causalmente dos negocios que, en realidad, son uno sólo. La importancia de la asistencia prestada, la parte del precio satisfecha, las garantías a las que se someta la operación, la cercanía temporal, por supuesto, son sólo algunos de los criterios que pueden inclinar la balanza en uno u otro sentido.

Es cierto que ello supone esclavizar la solución a la justicia del caso concreto, sin poder ofrecer una solución que determine *ex ante* la subsunción de los supuestos de hecho en una consecuencia jurídica común. Pero no es menos cierto que con ello se gana en justicia y, sobre todo, se garantiza que los bienes jurídicos que la prohibición de asistencia financiera trata de garantizar, sean protegidos o, por lo menos, tenidos en cuenta a la hora de ofrecer una solución. Concluir, como hace el Tribunal Supremo, que con la nulidad de la asistencia prestada «se pone fin a los efectos perniciosos que la asistencia financiera tiene para la propia sociedad, para los demás socios y para los acreedores sociales», no protege suficientemente los intereses en juego ya que no extirpa el problema desde la raíz. Tal y como veíamos antes, si la norma trata de evitar injerencias, en palabras del Tribunal, perniciosas, la ineficacia debe extenderse a la propia entrada de los elementos extraños al ente societario y no limitarse a controlar los síntomas que aquélla pueda acarrear.

Podrán encontrarse fácilmente en la práctica supuestos en los que la unidad causal entre ambos negocios no se pueda identificar fácilmente (aunque será difícil encontrar un supuesto en el que exista tal unidad y que sea más claro que el que examina el Tribunal Supremo en esta sentencia). En estos casos, el negocio jurídico asistido debería subsistir y mantenerse la validez de la enajenación, dado que *utile per inutile non vitiatur*. En los demás casos creemos que la interpretación teleológica que pone el acento en la finalidad perseguida por la norma debe realizarse bajo la luz de la causa del negocio jurídico cuya licitud se examina, ya que no hay en Derecho más eficiente expresión de finalidades que la causa, que aglutina en ella lo efectivamente querido por las partes y lo objetivamente diseñado por el ordenamiento.

V. BIBLIOGRAFÍA

VALVERDE GONZÁLEZ-MOREJÓN, Ander: «La asistencia financiera en operaciones de refinanciación y reestructuración de deuda», *Diario La Ley* 2221/2015.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana: «Derecho de sociedades. Parte especial. Negocios sobre las propias participaciones en la sociedad limitada». *Instituciones de Derecho de Sociedades*, 2015, pp. 1-100.

tuciones de Derecho Privado, tomo VI, volumen 3.º, Consejo General del Notariado, Thomson Reuters, año 2004.

BAREA MARTÍNEZ, María Teresa: «La transmisión de las acciones y participaciones sociales. Asistencia financiera», «Las sociedades de capital: cuestiones teóricas y prácticas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario 2015, tomo II.

CARRETERO PIRES, Ana: «Prohibición de asistencia financiera: concepto y aplicación a operaciones de adquisición apalancadas», *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, 2008.

CASTRO VALDIVIA, Mónica: «Comentario al artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital», *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de sociedades de capital*, vol. 1, 2017, editorial Aranzadi.

(Trabajo recibido el 04/05/2019
y aceptado para su publicación el 20/05/2019)

LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

SANTIAGO PÉREZ RAMOS
Notario

RESUMEN

El trabajo analiza la forma de convocatoria de la Junta general a la vista de la vigente Ley de Sociedades de Capital y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y sentencias del Tribunal Supremo en la materia. A tal fin, el autor distingue entre la forma de convocatoria propiamente dicha y las personas que están legitimadas para ello.

Palabras clave: Junta general, convocatoria, sociedades de capital, forma, legitimación.

THE CALL FOR THE GENERAL MEETING OF CAPITAL COMPANIES

SANTIAGO PÉREZ RAMOS
Notary

ABSTRACT

This paper analyzes the manner of convening the general meeting in view of the current Capital Companies Law and the resolutions of the General Directorate of Registries and Notaries and Supreme Court rulings on the matter. To this end, the author distinguishes between the form of actual call and the people who are entitled to do so.

Keywords: general meeting, call, capital companies, form, legitimation.

SANTIAGO PÉREZ RAMOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. QUIÉN PUEDE CONVOCARLA. 1. Regla general. 2. ¿Puede convocar un administrador con cargo no inscrito en el Registro Mercantil? 3. Si son varios los administradores, ¿a quién corresponde esta facultad? 4. ¿Puede convocar la Junta general un administrador con cargo caducado?—III. FORMA DE LA CONVOCATORIA.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los requisitos a la hora de la celebración de una Junta general ordinaria o extraordinaria es la de su convocatoria. La LSC lo regula en los artículos 166 y siguientes, y de ellos vamos a partir para tratar la evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado acerca de esta materia, tratando dos aspectos, quién puede convocarla y la forma de la convocatoria.

II. QUIÉN PUEDE CONVOCARLA

1. Regla general

Según el art. 166 LSC les corresponde la facultad de convocatoria a los administradores o liquidadores de la sociedad, y excepcionalmente, conforme al artículo 169 LSC, por el secretario judicial o registrador mercantil del domicilio social si la Junta general ordinaria o las Juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, en cuyo caso podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores. Así, aparte de inicio nuestra legislación la posibilidad de convocatoria por los apoderados sociales, ya que es una competencia exclusiva de los administradores. También está apartado de esta facultad el consejero delegado, siendo esta una de las facultades del Consejo de administración indelegables, según el art. 249 bis j) LSC.

Por tanto, sólo podrá ser convocada, excluyendo los supuestos de convocatoria excepcional, por un administrador o liquidador de la sociedad que tenga el cargo vigente.

2. ¿Puede convocar un administrador con cargo no inscrito en el Registro Mercantil?

Ya una RDGRN de 4 de junio de 1998 lo admitió, porque la inscripción del cargo de administrador es obligatoria, que no constitutiva (art. 81 RRM), siempre que, conforme a la RDGRN de 14 de septiembre de 2015, se acredite la regularidad de su nombramiento.

3. Si son varios los administradores, ¿a quién corresponde esta facultad?

Parece claro que, si son varios los administradores solidarios, cualquiera de ellos podrá convocar la Junta general.

En el caso de administradores mancomunados, deben todos ellos convocarla de forma conjunta, ya que son los que forman la totalidad del órgano de administración, incluso si en los estatutos de la sociedad, en el caso de ser más de dos los administradores mancomunados, autorizara a dos cualquiera de ellos a ejercitar la facultad de representación, ya que, como señaló la DGRN en Rs. de 18 de septiembre de 2013 ó 27 de julio de 2015, entre otras, esta cláusula estatutaria se refiere exclusivamente a las relaciones externas de la sociedad, de los vínculos jurídicos con terceros, pero no al funcionamiento interno, a cuyo régimen corresponde el funcionamiento de la Junta general, englobando también con la convocatoria.

Esto puede ser criticable porque, si se establece esta cláusula estatutaria, es precisamente para evitar un bloqueo de la sociedad por uno de los administradores mancomunados, y no tener que acudir a la convocatoria extraordinaria por el secretario judicial o el registrador mercantil del domicilio de la sociedad. Pero la verdad es que la doctrina de la Dirección General es muy clara en este sentido.

4. ¿Puede convocar la Junta general un administrador con cargo caducado?

Surge el problema en las sociedades en el que se establezca un plazo de duración del cargo de administrador (art. 221 LSC), bien legalmente, como en las sociedades anónimas, bien estatutariamente, así en las sociedades de responsabilidad limitada; en estos casos puede darse la circunstancia de convocatoria de la Junta general por administrador con cargo caducado.

En estos casos, el art. 222 LSC admite la vigencia del cargo hasta que, vencido el plazo, se haya celebrado Junta general o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. Por tanto, entiendo que durante ese plazo podría convocar la Junta general el administrador con cargo caducado.

Una vez transcurrido ese plazo sería más dudoso. Así el Tribunal Supremo, en STS de 23 de febrero de 2012, entre otras, admite la convocatoria de la Junta general por administrador de hecho en base a los principios de conservación de la empresa y de estabilidad de los mercados y la finalidad de evitar la paralización de los órganos sociales y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalia funcional del órgano de administración, reconociendo, dentro de ciertos límites, a quienes de hecho administran la sociedad facultades para convocar Junta dirigida a regularizar los órganos de la misma.

Por tanto, entiende la jurisprudencia que un administrador con cargo caducado podría convocar la Junta general a los efectos de evitar la paralización de la sociedad y la regularización de sus órganos, aún más allá del plazo establecido en el art. 222 LSC. Sin embargo, la DGRN limita esta facultad por el administrador de hecho a supuestos de caducidad reciente (entre otras, RDGRN de 4 de febrero de 2015).

III. FORMA DE LA CONVOCATORIA

Partiremos también de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el art. 173 LSC dispone que: «1. *La junta general será convocada mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad si ésta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera ésta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social.*

2. En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad. En el caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.

3. Los estatutos podrán establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad».

Por tanto, existen tres formas de convocatoria:

— Por página web.

- Por publicidad en el BOE y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia.
- Y en sustitución de los medios anteriores, estatutariamente podrá establecerse otro siempre que cumpla tres requisitos: Notificación individual, notificación escrita y notificación en su domicilio.

Entrando en el estudio del sistema estatutario, no podrán los administradores establecer a su arbitrio otro sistema distinto del previsto en los estatutos, ya que uno de los derechos del socio es saber cómo va a ser convocado (RDGRN de 23 de octubre 2013).

Pueden incluso en los estatutos establecerse medios no previstos legalmente, siempre que cuando se utilicen sí se reconozcan por nuestra legislación (RDGRN de 17 octubre de 2018 ó 31 de enero de 2019), siempre, eso sí, se cumplan los tres requisitos antes mencionados.

Parece que la ley está pensando en el envío por medio de correo certificado, con acuse de recibo, que permite cumplir con las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal. En este sentido, la RDGRN de 2 de enero de 2019 entiende que sólo cumple este requisito el servicio postal universal de Correos, con arreglo al art. 22.4 L 43/2010, ya que es el único que goza de veracidad y fehaciencia de la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega. Así, no admite como medio otros servicios postales, ya que no cumplen con las premisas anteriores, aún después de haberse liberalizado el servicio postal.

Finalmente, en la misma línea, la Rs. DGRN de 28 de octubre de 2014 rechaza la cláusula estatutaria por la que se dispone que las notificaciones debían hacerse por correo electrónico, ya que no existe prueba alguna de su recepción, y en cambio abre la puerta a la comunicación por medios telemáticos mediante el uso de firma electrónica, surgiendo aquí el problema de cómo casa esto con la entrega en el domicilio del deudor. Por la misma razón no podría admitirse la comunicación por *whatsapp* u otros medios de mensajería instantánea ante la imposibilidad de asegurar la recepción.

*(Trabajo recibido el 15/05/2019
y aceptado para su publicación el 27/05/2019)*

DERECHO CONCURSAL

CRÉDITOS CONTRA LA MASA EN EL CONCURSO CONSECUTIVO (ART. 242.2 LC), CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE FEBRERO DE 2019¹

AMANAY RIVAS RUIZ

Notario de Fuenlabrada

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el concurso consecutivo y, en especial, el funcionamiento de los créditos contra la masa dentro del mismo. Para ello, la autora ahonda en la somera regulación del concurso consecutivo y en el análisis de la STS de 13 de febrero de 2019, único pronunciamiento judicial específico en la materia hasta la fecha. Finalmente, aborda el acuerdo extrajudicial de pagos como presupuesto de dicho concurso consecutivo y realiza una serie de reflexiones finales relativas al acuerdo extrajudicial incumplido y a las consecuencias que respecto de la calificación de los créditos se derivan de dicho incumplimiento.

Palabras clave: concurso consecutivo, acuerdo extrajudicial de pagos, créditos contra la masa, Tribunal Supremo, incumplimiento.

¹ El presente artículo se ha escrito en el marco de la ponencia sobre esta materia efectuada por la autora en el XI Congreso español de Derecho de la Insolvencia, que ha versado sobre los créditos con la masa y se ha celebrado en Barcelona en marzo de 2019.

CLAIMS AGAINST THE ESTATE IN THE CONSECUTIVE ARRANGEMENT (ARTICLE 242.2 LC), WITH SPECIAL REFERENCE TO THE SUPREME COURT JUDGMENT OF FEBRUARY 13, 2019²

AMANAY RIVAS RUIZ
Fuenlabrada Notary

ABSTRACT

The focus of this particular paper is the consecutive arrangement and, especially, the operation of the claims against the estate it contains. For this, the author delves into the superficial regulation of the consecutive arrangement and the analysis of the SCJ of February 13, 2019, the only specific judicial ruling on the matter to date. Finally, it deals with the out-of-court settlement of payments as a budget of said consecutive arrangement and makes a series of final reflections related to the non-complied agreement and the consequences of the credit rating derived from said noncompliance.

Keywords: consecutive arrangement, out-of-court settlement of payments, claims against the estate, Supreme Court, non-compliance.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCURSO CONSECUTIVO Y SU PRESUPUESTO: EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—III. CARACTERÍSTICAS Y ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO: ART. 242.2 LC.—IV. CRÉDITOS CONTRA LA MASA EN EL CONCURSO CONSECUTIVO. 1. Gastos del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos. 1.1. Honorarios del mediador concursal. 1.2. Honorarios del instructor. 2. Créditos por alimentos. 3. Nuevas financiaciones y endeudamientos. 3.1. En el marco del acuerdo. 3.2. Al margen del acuerdo. 4. Créditos derivados de la actividad empresarial o profesional del deudor. 5. Créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo.—V. REFLEXIONES PRÁCTICAS. ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS INCUMPLIDO.

² This article has been written within the framework of the paper on this subject carried out by the author at the 11th Spanish Conference on Insolvency Law, which dealt with the loans with the estate, and was held in Barcelona in March 2019.

I. INTRODUCCIÓN

El Concurso consecutivo, cuya regulación es muy somera, pues se limita al artículo 242 de la Ley Concursal (en adelante, LC), es el que se abre tras haber tramitado un Acuerdo Extrajudicial de Pagos, y no ha sido posible alcanzarlo, o bien éste es anulado, o bien resulta incumplido (242.1 y 239.6 LC).

Además de regulación somera tampoco ha sido objeto de demasiados pronunciamientos judiciales. Particularmente no he encontrado ningún pronunciamiento específico sobre créditos contra la masa en el concurso consecutivo, y las menciones que hay en resoluciones judiciales al concurso consecutivo están mayoritariamente conectadas con la admisión de su solicitud (que se discute para aquellos casos en que no se ha llegado a nombrar mediador concursal, o mejor dicho, no se ha logrado que ninguno acepte el cargo), que mencionaremos, y con la exoneración del pasivo insatisfecho que puede seguir a la conclusión de estos concursos, en la gran mayoría de los casos de deudores personas físicas consumidores, cerrados por insuficiencia de la masa activa conforme al art.176 bis LC. En consecuencia, las reflexiones que aquí se hagan serán esencialmente deducitivas, salvo las que se refieren al derecho de alimentos respecto al cual tenemos una sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2019, muy interesante, que sirve de criterio de referencia para extraer conclusiones respecto a otros créditos contra la masa.

II. EL CONCURSO CONSECUTIVO Y SU PRESUPUESTO: EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Por tanto, para poder hablar de los créditos contra la masa en el concurso consecutivo es necesario entender en primer lugar cómo se accede al mismo. El concurso consecutivo es aquél que se abre una vez que se ha tramitado el expe-

diente del acuerdo extrajudicial de pagos que se regula en el Título X de la Ley Concursal, artículos 231 y siguientes.

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos es una institución preconcursal que busca lograr evitar situaciones de insolvencia definitiva e irrecuperable mediante una negociación organizada y controlada entre un deudor en situación de insolvencia actual o inminente y el conjunto de sus acreedores, dirigida por un profesional independiente denominado mediador concursal, fuera de la sede judicial, con carácter previo a la fase propiamente concursal, y bajo la supervisión de un instructor —notario, registrador mercantil o Cámara de Comercio— que controla el cumplimiento de los requisitos de acceso y dota de publicidad al expediente hasta su terminación.

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos está abierto tanto a personas jurídicas como a personas físicas, y ya sean éstas empresarios o consumidores. Se inicia siempre a solicitud del deudor, a diferencia de lo que ocurre con el concurso, que puede ser también instado por los acreedores. Y durante su tramitación el deudor mantiene su plena capacidad, pues no es objeto de intervención ni supervisión de ningún tipo, lo cual tiene relevancia respecto a las obligaciones que puede asumir durante la tramitación del expediente y, por tanto, respecto a los eventuales créditos contra la masa en el concurso posterior.

Se crea por la Ley 14/2013, que introduce el Título X, dedicado al Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Su actual regulación, definida por la Ley 25/2015, establece un procedimiento general que se aplica a deudores personas jurídicas y personas físicas empresarios a efectos concursales y uno especial solo para consumidores recogido en el art. 242 bis de la Ley Concursal, más breve en sus plazos y con previsiones específicas para reducir su coste.

La regulación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos responde bastante bien a los requisitos que desde instancias comunitarias se entiende que deben cumplir este tipo de figuras (así resulta de la Propuesta de Directiva comunitaria en materia de Insolvencias de 22 de noviembre de 2016, estando el texto definitivo de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración a punto de ser aprobado cuando se redactan estas líneas). Y es que el Acuerdo Extrajudicial de Pagos tal y como está configurado en la Ley Concursal española es: a) un procedimiento breve en su duración, ya que tiene una duración máxima de tres meses, dos meses en el caso de consumidores; b) ágil en sus trámites, pues no es un expediente formalista y cuenta con pocos requisitos procedimentales; c) de coste reducido, por lo que no supone una «barrera de entrada» a la reestructuración para los deudores en situación de dificultad en los pagos; d) no tiene intervención judicial ni administrativa, salvo para supervisar el cumplimiento de los requisitos legales indispensables y darle publicidad; y e) es omnicompreensivo, pues está abierto a todo tipo de deudores y, además, a diferencia de los acuerdos de refinanciación que se circunscriben a

los pasivos financieros, se extiende a todas las deudas que pueda tener el deudor, cualquiera que sea su origen, y con la única excepción de las de derecho público. No nos extenderemos en el análisis de su regulación, sino que nos centraremos en ciertos elementos definidores del mismo que permiten enmarcar este trabajo sobre créditos contra la masa en el concurso consecutivo.

En cuanto a su ámbito, el Acuerdo Extrajudicial de Pagos se extiende, en el sentido de que vincula o afecta, a todas las deudas que pueda tener el deudor nacidas antes de la apertura del expediente, cualquiera que sea su origen, y con la única excepción de las de derecho público y de las que tengan garantía real, a las que solo afecta en la parte no cubierta con la garantía (salvo que se alcancen determinadas mayorías reforzadas relativas, en cuyo caso pueden llegar a quedar afectados incluso por la parte cubierta por la garantía, conforme al art. 238 bis LC). Es decir, en sede de Acuerdo Extrajudicial de Pagos solo se distingue entre créditos afectados por el acuerdo, entre los que es de destacar que se encuentran los créditos laborales y créditos no afectados por el mismo, encuadrándose en esta última categoría únicamente de manera plena los créditos de derecho público y parcialmente los créditos con garantía real.

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos no afecta a los créditos que se devenguen una vez iniciada la tramitación del mismo, los cuales en sede concursal podrán tener la consideración de créditos contra la masa en los casos que veremos.

En este sentido es de destacar ya que ciertas categorías de créditos que en fase concursal conforme al artículo 84.2 LC tienen la consideración de créditos contra la masa, con el tratamiento preferente de cobro que ello comporta, sin embargo, en la fase preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos tienen un tratamiento ordinario sin distinguirlos de otro tipo de acreedores, quedando totalmente vinculados por el acuerdo extrajudicial de pagos que pueda alcanzarse con las mayorías legales necesarias entre el deudor y los acreedores. Se trata de los créditos salariales de los últimos treinta días y de ciertos créditos por alimentos.

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos presenta por decisión del legislador y para potenciar esta figura una característica configuradora especial, que es la anticipación de los efectos del concurso al inicio de dicho expediente para el caso de que el intento de acuerdo resulte infructuoso y su tramitación desemboque en el concurso consecutivo. Se dota de una especial protección al deudor que inicia este procedimiento, pues con su inicio se produce, conforme al art. 235.2 LC, el bloqueo de las ejecuciones contra su patrimonio, no pudiendo iniciarse ni continuarse ejecuciones singulares (con la única excepción de los créditos públicos y aquellos que cuenten con garantía real); los créditos que puedan quedar afectados por el Acuerdo Extrajudicial de Pagos dejan de devengar intereses durante su tramitación; durante el período en el que se tramita el Acuerdo Extrajudicial de Pagos el deudor queda eximido del deber de solicitar declaración del concurso (5 bis.2if LC) y no puede ser declarado en concurso a instancia de sus acreedores (art. 235.5 LC); y el cómputo de dos años para los actos rescindibles se retrotrae

al comienzo del expediente. Por último, esta anticipación de efectos se refleja en lo que aquí interesa, en la consideración como créditos contra la masa de todos aquéllos que se devenguen durante la tramitación del expediente del Acuerdo Extrajudicial de Pagos que no sean abonados y que conceptualmente respondan a dicha categoría conforme a los criterios del artículo 84.2 LC. La aplicación de esta previsión presenta en la práctica cuestiones diversas que no han sido todavía afrontadas en vía jurisprudencial, excepción hecha de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2019 sobre derecho de alimentos, que analizaremos, por lo que en esta ponencia se trata de dar un análisis y solución práctica a las mismas.

En todo caso, dado que los plazos de tramitación de este expediente son muy breves (3 meses, salvo para consumidores, que se reduce a 2 meses), el número y cuantía de estos créditos contra la masa de origen «preconcurso» no debería ser demasiado elevado, sin perjuicio de que en los Concursos Consecutivos los créditos contra la masa serán siempre más elevados que en un concurso ordinario no precedido de un intento de Acuerdo Extrajudicial de Pagos, por la ampliación de la extensión temporal de su devengo.

En definitiva, la regulación de esta figura busca que durante la tramitación del expediente el deudor pueda negociar con sus acreedores sin premura ni preocupaciones por una eventual ejecución singular contra su patrimonio o una declaración de concurso necesario imprevista, estimulando a quien se plantee contratar con este deudor durante este periodo a que lo haga, pues los créditos que nazcan a su favor en un eventual concurso tendrán la consideración de crédito contra la masa si entran dentro de algunas de las categorías del art. 84.2 LC, evitando además que el inicio del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, que es objeto de amplia publicidad, pueda inducir a los eventuales acreedores que en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos no tienen especial protección, pero sí podrían tenerla en el concurso, a que insten el concurso (posibilidad vedada vía art. 5 bis y 235.5 LC) o que tomen medidas anticipadas de reclamación contra el deudor vía ejecuciones singulares.

III. CARACTERÍSTICAS Y ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO: ART. 242.2 LC

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos puede concluir con acuerdo entre el deudor y sus acreedores que sea cumplido, con acuerdo incumplido, con acuerdo anulado o bien que resulte imposible alcanzarlo. En los tres últimos supuestos se abre el Concurso Consecutivo y se entiende que la labor llevada a cabo por el mediador concursal durante su tramitación será muy útil en el concurso posterior, por la depuración de créditos, determinación del activo y valoración de las posibilidades del deudor de salir de la situación de insolvencia plasmadas en la propuesta de Acuerdo Extrajudicial de Pagos que se negocia con acreedores, todo lo cual previsiblemente facilita la tramitación del eventual concurso posterior y por ello

el legislador ha optado por que estos concursos sigan la vía del procedimiento abreviado.

Así, el concurso consecutivo, que como hemos dicho es el que, de acuerdo con el art. 242.1 de la Ley Concursal, se abre una vez que se ha tramitado sin éxito un expediente de Acuerdo Extrajudicial de Pagos, se caracteriza por lo siguiente:

1. Se rige por lo dispuesto para el *procedimiento abreviado* en los artículos 190 y siguientes de la Ley Concursal, con las especialidades que define el artículo 242.2 LC, el cual permite tanto la vía de la propuesta anticipada de convenio como la de la liquidación, la cual no obstante es obligatoria para las personas físicas.

En este sentido, el Acuerdo Extrajudicial de Pagos está abierto a deudores que reúnan unos presupuestos de acceso que luego van a determinar que el eventual Concurso Consecutivo que se declare no revista especial complejidad. Así, deben tener un pasivo mínimo de cinco millones de euros, y si el deudor es persona jurídica, además un activo inferior de cinco millones de euros y menos de 50 trabajadores. Además se exigen una serie de presupuestos que en conjunto revelan la buena fe del deudor (no debe haber sido condenado por ciertos delitos de carácter patrimonial —también necesarios para obtener la exoneración del pasivo insatisfecho—, ni haber negociado un Acuerdo Extrajudicial de Pagos o un Acuerdo de Refinanciación en los cinco años anteriores).

2. *Supuestos en los que se accede al concurso consecutivo*: Todos aquellos en los que, tras intentarlo, no se alcanza un Acuerdo Extrajudicial de Pagos que resulte cumplido. Lo pueden solicitar tanto los acreedores como el deudor y el mediador concursal en los supuestos definidos en la Ley Concursal.

3. En este sentido es importante dejar claro *cuándo se entiende que se ha intentado el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y ha resultado imposible alcanzarlo*, a efectos de dar paso al Concurso Consecutivo.

La cuestión parece clara *a priori*. En todo procedimiento de Acuerdo Extrajudicial de Pagos que termine sin acuerdo por no haber prosperado la negociación dirigida por el mediador concursal entre el deudor y sus acreedores debe entenderse que ha sido imposible alcanzar el mismo.

Sin embargo, esto choca con la realidad que nos estamos encontrando, al menos de manera mayoritaria en los expedientes de consumidores, pues es muy habitual que resulte imposible que un mediador concursal acepte la designación (fundamentalmente por lo exiguo de los honorarios que cobran, que comentaremos después). Es decir, se acepta la solicitud del deudor por el instructor correspondiente, pero ningún mediador de los que se va designando mediante el sistema de nombramiento secuencial que prevé el art. 233 LC acepta la designación. ¿Puede considerarse que se ha intentado el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y ha

sido imposible alcanzarlo? Es cierto que en estos casos no hay negociación con los acreedores, quienes no tienen ni la oportunidad de hacer propuestas o valorar las que pueda hacer el deudor. Pero también es verdad que todo ello no resulta imputable al deudor, que ha hecho todo lo posible para intentar alcanzarlo siguiendo los pasos que le ha exigido el legislador para ello y por razones completamente ajenas a su voluntad ello no ha sido factible.

Por ello se está entendiendo de manera generalizada por los tribunales (si bien es cierto que ha sido necesario pronunciamientos por las Audiencias Provinciales) que en estos casos sí se ha intentado por el deudor el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y ha sido imposible alcanzarlo, por lo que una vez que el instructor cierra el expediente procede abrir el Concurso Consecutivo y no un concurso ordinario. Y también debe entenderse intentado el Acuerdo Extrajudicial de Pagos en estos casos a efectos de valorar la buena fe del deudor en las solicitudes de exoneración del pasivo insatisfecho.

Como botón de muestra de resoluciones judiciales que así lo entienden, mencionar los autos de las Audiencias Provinciales de Tarragona de 8 de noviembre de 2018 (auto 231/2018) y de Barcelona de 27 de diciembre de 2018 (auto 188/2018) y de 31 de enero de 2019 (auto 12/2019), que siguen los criterios del seminario de jueces mercantil y primera instancia de Barcelona de 15/06/2016 y las conclusiones del Congreso anual de jueces de lo mercantil celebrado en noviembre de 2016. Consideran ambas Audiencias en síntesis que, ante el silencio legal para resolver situaciones como las planteadas, debe entenderse que dado que la imposibilidad de alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos no se debe a causas imputables al deudor, que en los casos debatidos ha hecho todo lo que estaba a su alcance para alcanzar el mismo iniciando el procedimiento, y ha visto sus legítimas expectativas frustradas por no haberse producido la aceptación de un mediador concursal que permitiera el correcto arranque del procedimiento extrajudicial, debe entenderse que el deudor sí ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, pero ello ha sido imposible por causas ajenas a su voluntad, y por tanto se cumple lo previsto en el art. 242.1 LC.

4. Por último, hacer referencia a las *principales especialidades procesales* que presenta el concurso consecutivo y que se recogen en el artículo 242.2 de la Ley Concursal:

i. Actúa como Administrador Concursal el Mediador Concursal, salvo que el juez estime más oportuno nombrar a otra persona, o que haya actuado el notario como Mediador Concursal, en cuyo caso habrá de nombrarse necesariamente un administrador concursal por el juez del concurso.

ii. No es necesario que aquellos acreedores que sean titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial soliciten el reconocimiento de sus créditos. *A sensu contrario* sólo será necesario el reconocimiento de sus créditos para aquellos que no hubieran firmado el acuerdo.

iii. Si el deudor es persona física y el concurso se calificara como fortuito, el juez en el auto por el que se declare la conclusión del concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación siempre que se den los requisitos y los efectos del artículo 178 bis LC. Es habitual que se declare el Concurso Consecutivo y simultáneamente el cierre por insuficiencia de la masa para el pago de los créditos contra la masa (art. 176 bis LC). Hay que tener en cuenta en estos casos los créditos contra la masa devengados durante la tramitación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos según vamos a ver. Lo habitual es que el juez nombre un administrador concursal a quien corresponde realizar el patrimonio del deudor convirtiéndolo en dinero y con el importe obtenido proceda a pagar, hasta donde alcance, los créditos contra la masa conforme a las reglas de los arts. 154 y 176 bis LC.

iv. Y, en lo que aquí interesa, tiene una norma especial en cuanto a los créditos contra la masa, que se recoge en el art. 242.2.3.^a LC y que es sobre la que pasamos a profundizar.

Como hemos mencionado antes, uno de los instrumentos para proteger al deudor, anticipando los efectos del concurso al inicio de la tramitación de este expediente, es considerar en el concurso consecutivo como créditos contra la masa, además de los definidos en el art. 84.2 LC, aquellos que respondiendo a las categorías definidas en este artículo se generen durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos y que no hubieran sido satisfechos.

Es por ello esencial, con carácter previo, determinar el momento temporal en que se entiende que se inicia la tramitación del expediente. La pregunta a responder es si se computa desde que se acepta la solicitud del deudor por el instructor (lo que implica que puede extenderse a un ámbito temporal que va más allá de los tres —o dos— meses previstos en la LC). A partir de ese momento comienza el cómputo del plazo de dos años para determinar los actos rescindibles que prevé el artículo 71 LC (art. 242.2.4.^a LC), y surge la obligación del deudor de solicitar a la administración pública titular de un crédito aplazamiento fraccionamiento del pago de aquellos créditos derecho público que estén pendientes de ingreso a dicha fecha se prevé que no va a cumplir los el plazo que corresponda (DA 7.^a).

La otra posibilidad es considerar que el inicio del expediente se produce cuando el mediador concursal designado acepta el nombramiento, que es cuando se producen los principales efectos de este expediente. Es a partir de ese momento que se produce la paralización de las ejecuciones que estuvieran en marcha sobre el patrimonio del deudor y no pueden iniciarse otras en los tres meses siguientes (con las excepciones ya mencionadas en cuanto a los créditos de derecho público y en cuanto a los créditos con garantía real, con las precisiones que resultan en el Título X de la Ley Concursal), y se suspende el devengo de intereses de los créditos que puedan verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos. Además, el deudor no puede ser declarado en concurso (el art. 235.5 LC menciona al deudor

que «esté negociando» un Acuerdo Extrajudicial de Pagos) ni tiene el deber de solicitarlo (art. 5 bis.2 LC).

El art. 235 LC, que regula «los efectos de la iniciación del expediente» mezcla ambas fechas, pues en su número 1 habla de la solicitud de la apertura del expediente, mientras que en su apartado 2 se refiere a la comunicación de la apertura de negociaciones al Juzgado competente para conocer del concurso, siendo que esta comunicación de apertura de negociaciones solo se produce una vez que el mediador concursal designado ha aceptado el cargo, tal como se deriva del artículo 5 bis de la LC, y ya hemos visto que esta aceptación de designación puede no llegar a ocurrir.

Desde un punto de vista técnico, mi opinión es que el comienzo del expediente de Acuerdo Extrajudicial de Pagos se produce propiamente con la aceptación del mediador concursal y la comunicación de dicha circunstancia a todas las instancias que prevén los arts. 233 y 5 bis LC, pues es a partir de este momento que se producen los efectos de anticipación de los efectos del concurso —como sabemos, bloqueo de ejecuciones, no puede el deudor ser declarado en concurso, dejan de devengarse intereses por los créditos afectados—, mientras que hasta entonces lo que hay son pasos preparatorios de depuración documental y comprobación del cumplimiento de los requisitos del deudor que le dan acceso al expediente, ya que lo esencial del mismo es la negociación entre el deudor y sus acreedores dirigida por un experto que es el mediador concursal.

Sin embargo, para dar coherencia al sistema, si tenemos en cuenta que la finalidad de retrotraer los efectos del concurso al inicio del Acuerdo Extrajudicial de Pagos es dar una mayor protección para el deudor, eso se logra de manera más plena si consideramos que el inicio se produce con la aceptación de la solicitud. Y si tenemos en cuenta que además existe una línea jurisprudencial clara que acabamos de mencionar, que considera que el acuerdo extrajudicial de pagos ha sido intentado en todos aquellos casos en los que a pesar de que el deudor ha llevado a cabo todos los pasos necesarios exigidos por la Ley Concursal, ha resultado imposible lograr que un mediador concursal acepte la designación, y además tienen la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente desde que se inicia con la aceptación de la solicitud por el instructor, es razonable entender que durante este período que va desde que se ha aceptado la solicitud del deudor (es decir, éste ha hecho todo lo que estaba en su mano y le ha exigido el legislador) hasta que el expediente se cierra por imposibilidad de alcanzar el acuerdo porque no ha habido ningún mediador concursal que haya aceptado el cargo, es razonable afirmar que a estos efectos el inicio del expediente del Acuerdo Extrajudicial de Pagos se produce con la aceptación de la solicitud por el instructor, y todos los créditos que se hayan generado durante este período y que conforme al artículo 242.2.3.^a LC deben tener la consideración de créditos contra la masa reciban ese tratamiento en el Concurso Consecutivo.

Por último, apuntar que, en la propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal, la regulación que se hace en el art. 714 de los créditos contra la masa en el concurso consecutivo no difiere en lo sustantivo de la previsión del art. 242.2.3.^a de la actual LC.

Pasamos entonces a desglosar los distintos créditos contra la masa que puede haber en un concurso consecutivo que sean específicos de la previa tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos, no entrando a analizar los créditos contra la masa que propiamente se generen durante la tramitación del concurso, pues en ellos no habrá diferencia respecto a cualquier otro concurso.

IV. CRÉDITOS CONTRA LA MASA EN EL CONCURSO CONSECUTIVO

1. Gastos del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos

Estos gastos van a tener la consideración siempre y en todo caso de créditos contra la masa. Sin embargo, esta categoría va a ser muy probablemente la que menor entidad cuantitativa tenga de todos los créditos contra la masa definidos por el art. 242.2.3.^a LC, tal y como vamos a ver, ya que legislador ha buscado que este expediente del acuerdo extrajudicial de pagos tenga unos costes muy reducidos para el deudor, de forma que no suponga una barrera de entrada el mismo.

Tendrán la consideración de créditos contra la masa los gastos que no se paguen durante la tramitación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos correspondientes a los honorarios del mediador concursal, y los honorarios del instructor del expediente junto con los gastos que puedan haberse ocasionado en la tramitación. Es decir, los créditos de los profesionales llamados por ley a intervenir en el expediente de mediación concursal tendrán la consideración de crédito contra la masa en el concurso consecutivo, para de esta manera reforzar sus posibilidades de cobro, si no son abonados en su debido momento. Pasamos a desarrollar dichos gastos:

1.1. Los honorarios del mediador concursal

El mediador concursal tiene derecho a cobrar unos honorarios por su actuación como tal. Esta remuneración debe ser abonada con cargo al patrimonio del deudor, exigiendo la LC expresamente a los deudores personas jurídicas que dispongan antes de iniciar este expediente de un activo suficiente para abonar los gastos propios del acuerdo [art. 231.2.c) LC], por lo que en los casos de deudores personas jurídicas no deberían llegar a ser créditos contra la masa en el Concurso Consecutivo, ya que deberían haber sido pagados con los fondos que previsiblemente tiene provisionados el deudor. No existe, sin embargo, la misma previsión para el caso de deudor persona física, sea o no empresario, de manera que serán

los honorarios de estos mediadores que actúen en expedientes de deudores personas físicas los que puedan llegar a tener en la práctica la consideración de crédito contra la masa.

La retribución de los mediadores concursales, prevista en el art. 233.1.2.º LC, está a la espera de un anunciado y nunca materializado desarrollo normativo. Mientras tanto, conforme a la DA 8.ª LC y la DA 2.ª de la Ley 25/2015, se determina, mediante la aplicación al activo y pasivo del deudor que resulta de la solicitud inicial, los porcentajes correspondientes recogidos en el Anexo del Real Decreto 1860/2004, que regula el arancel de derechos de los administradores concursales, previéndose unas reducciones del 30%, del 50% y del 70%, respectivamente, sobre las bases de esa remuneración, en función de que el deudor sea persona jurídica, persona física empresaria a efectos concursales, o consumidor. Por tanto, los aranceles del MC son en el expediente especial de consumidores especialmente reducidos, y como el activo y el pasivo de un consumidor es frecuentemente menor que el de un empresario, y además el MC no cobra cantidades adicionales si luego actúa como administrador concursal, ésta probablemente sea una de las principales razones por las que se producen tantas renunciaciones de mediadores a las designaciones por turno secuencial en este procedimiento especial de consumidores.

Además se prevé un premio o incentivo al mediador concursal si se lograra el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, aplicándose una retribución complementaria igual al 0,25 por ciento del activo del deudor. Si el Acuerdo Extrajudicial de Pagos resultara luego incumplido y este premio no hubiera sido abonado tendrá también la condición de crédito contra la masa.

Por otro lado, téngase en cuenta que si no se alcanzara el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y el deudor pasa a concurso, el mediador concursal será nombrado administrador concursal y no percibirá cantidad adicional por dicha actuación (art. 242.2.2.ª LC). En definitiva, la regulación de los aranceles de los mediadores concursales está encaminada a reducir lo máximo posible los costes que el Acuerdo Extrajudicial de Pagos tiene para el deudor, para incentivar su uso, aunque son tan reducidos en el caso de consumidores que se ha llegado al resultado paradójico comentado.

1.2. Honorarios del instructor

Los honorarios del instructor del expediente son los aranceles del notario o del registrador que instruya en el expediente del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, o en su caso las tasas que cobre la Cámara de Comercio a la que se ha solicitado la tramitación de la mediación concursal. Los aranceles generales de los notarios y registradores mercantiles están fijados por norma reglamentaria (RD 1426/1989 y 1427/1989, respectivamente).

En relación con los expedientes de consumidores hay una regla especial recogida en el art. 242 bis.4 LC, que establece que «las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 no devengarán retribución arancelaria alguna». Además el artículo 2.4 de la Orden JUS/2831/2015, que aprueba el formulario normalizado de solicitud de Acuerdo Extrajudicial de Pagos, dice que: «4. La solicitud de iniciación del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, así como los trámites notariales o registrales previstos en el artículo 233 para el nombramiento del mediador concursal no conllevarán coste alguno para las personas naturales no empresarios». Esta mención a la gratuidad del artículo 233 LC está referida a todo lo relativo al nombramiento y aceptación de mediador y a todas las comunicaciones que el instructor, una vez que el mediador concursal ha aceptado el cargo, debe efectuar a las distintas instancias que señala el citado artículo, es decir, al juzgado que resulte competente para conocer del concurso, al registro civil o en su caso el registro donde conste inscrito el deudor para el caso personas jurídicas (registro mercantil, registro asociaciones, registro de fundaciones, etc.), así como a los registros de la propiedad de carácter jurídico donde el deudor tenga inscritos bienes a su nombre (registro de la propiedad inmobiliaria, registro de propiedad industrial o registro de bienes muebles, y debiendo tener también la consideración de gratuitas las anotaciones preventivas que practique el registrador competente como consecuencia de dichas comunicaciones, por la previsión legal expresa de gratuidad que recoge el referido artículo 242 bis.4 LC). También las notificaciones a la Seguridad Social, Hacienda y a los representantes de los trabajadores. Todas estas actuaciones serán completamente gratuitas para el deudor, es decir, no comportarán coste para él, pero esto no significa que la labor del instructor en el expediente del Acuerdo Extrajudicial de Pagos sea completamente gratuita, puesto que para las actuaciones no previstas en el art. 233 LC y que deben desarrollarse por el instructor se aplicarán las normas arancelarias que correspondan.

Durante esta fase no es preceptiva la intervención ni de abogado ni de procurador. En este expediente el deudor no precisa representación procesal de ningún tipo, pues no es necesario intervención de abogado ni de procurador, previsión encaminada a no incrementar los costes de este procedimiento para el deudor. Hay que recordar además que nos encontramos en una fase pre-concursal y al margen de los juzgados, sin perjuicio de que si así lo desea el deudor pueda procurarse la asistencia jurídica que estime más oportuna, pero estos gastos de representación jurídica no tendrán la consideración de créditos contra la masa en un eventual concurso consecutivo, puesto que no pueden considerarse gastos del expediente, ya que no son gastos necesarios del mismo, son gastos en los que el deudor incurre voluntariamente y que no se encuadran dentro de ninguna de las categorías del artículo 84.2 LC, ni del artículo 242.2.3 de la LC. Por último, apuntar que en caso de que el deudor sea persona física no necesitará procurador en el Concurso Consecutivo (Disposición Adicional 3.ª de la Ley 25/2015).

2. Créditos por alimentos

Es en este apartado donde encontramos la única resolución del Tribunal Supremo que hace referencia a esta cuestión, sobre la que profundizaremos.

En fase de Acuerdo Extrajudicial de Pagos no se puede hablar propiamente de alimentos devengados a favor del deudor, cónyuge o pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad que puedan resultar no satisfechos de manera que tengan la consideración de crédito contra la masa en el eventual concurso consecutivo posterior, pues durante la tramitación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos el deudor mantiene la plena disposición sobre su patrimonio y por tanto plena libertad para cubrir sus necesidades y las de sus familiares.

Distinto es el caso de los alimentos reconocidos y fijados por sentencia judicial en procedimiento de familia, que sí que pueden existir y devengarse durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, y es el único supuesto respecto del que existe algún pronunciamiento judicial de relevancia. Se trata de la **sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2019 de la Sala Primera**, en la que se ha hecho una didáctica aclaración sobre el tratamiento de los alimentos en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y, en lo que aquí interesa, qué créditos por alimentos deben tener la consideración de créditos ordinarios y cuáles de créditos contra la masa en el caso del Concurso Consecutivo de un deudor que ha tramitado previamente un acuerdo extrajudicial de pagos.

En primer término, el Tribunal Supremo fija con claridad que el acuerdo extrajudicial de pagos no puede modificar el contenido de la obligación de alimentos a que esté obligado el deudor que alcanza dicho acuerdo, es decir, la obligación de alimentos fijada por un juez de familia no puede ser modificada por el acuerdo extrajudicial de pagos. Ello no obstante, los alimentos que se hayan devengado con anterioridad al inicio del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos y no hayan sido satisfechos sí que van a quedar afectados por el mismo, es decir, el acuerdo extrajudicial de pagos solo afecta los devengados con anterioridad a su inicio. Afirma con nitidez el Tribunal Supremo que el acuerdo extrajudicial de pagos solo puede afectar a los créditos anteriores a su solicitud, incluidos también los de alimentos ya devengados, pero no a los posteriores. Por el contrario, los devengados con posterioridad a la solicitud del acuerdo no se van a ver en ningún caso afectados por el eventual acuerdo extrajudicial de pagos que pueda alcanzarse, y por lo tanto deberán abonarse por el deudor sin ninguna limitación, y ya tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad a la tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos o bien se haya dictado una vez iniciado el expediente. Y en caso de que se declare el concurso consecutivo, si no hubieran sido satisfechos van a tener consideración de créditos contra la masa conforme al artículo 242.2, regla tercera, en conexión con el art. 84.2.4.^a, párrafo segundo LC. Distingue por tanto con nitidez entre los alimentos que se hayan devengado antes del inicio del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, que quedarán afectados y sometidos al mismo, y aquéllos que se devenguen con

posterioridad al inicio del expediente que no quedarán afectados por el acuerdo y que en la declaración de concurso posterior tendrán el tratamiento de créditos contra la masa.

En el caso de una pensión compensatoria pactada a favor del ex cónyuge del deudor, la solución no puede ser automáticamente idéntica, pues la naturaleza de la pensión compensatoria es distinta del crédito por alimentos. Mientras que el artículo 84.2 menciona expresamente como crédito contra la masa los créditos por alimentos tanto a favor del deudor cónyuge, pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad, y respecto a aquellas personas que tengan derecho a los mismos conforme a la resolución judicial dictada antes o después del inicio del concurso, dicho artículo nada dice respecto a las pensiones compensatorias que hayan podido fijarse en resolución judicial. Hay referencias a jurisprudencia menor sobre esta materia interesando especialmente la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla n.º 2, de fecha 24 de octubre del 2014, en el que viene a establecerse que las pensiones compensatorias deben tener la consideración de créditos contra la masa si han sido fijadas por resolución judicial posterior a la declaración del concurso consecutivo —por tanto también debe entenderse por resolución judicial dictada durante la tramitación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos—, por entender que puede encuadrarse dentro de las obligaciones legales (exactamente de las nacidas de la ley) que establece el artículo 84.2.10 LC, solución que parece razonable, considerando por una argumentación análoga a la efectuada por el Tribunal Supremo en relación con el derecho de alimentos, que también deberían tener la calificación como créditos contra la masa las pensiones compensatorias devengadas una vez iniciado el acuerdo extrajudicial de pagos y no satisfechas que hayan sido fijadas en una resolución judicial anterior al inicio del expediente.

¿Y si la pensión compensatoria ha sido fijada en escritura pública, habida cuenta que, desde el año 2015, es posible el divorcio notarial? En tal caso considero que si bien sería una obligación válidamente contraída por el deudor, sin embargo no es encuadrable dentro de ninguna de las categorías del art. 84.2 LC, ya que los divorcios notariales precisamente se basan en la libre voluntad de los cónyuges que rompen su vínculo matrimonial de mutuo acuerdo, y de mutuo acuerdo fijan las consecuencias patrimoniales de ello entre ellos, como puede hacerse con cualquier contrato, por lo que estas pensiones compensatorias caerían fuera de cualquiera de las categorías establecidas por el art. 84.2 LC, al tratarse de una deuda ordinaria contraída por el deudor dentro del ámbito de su autonomía de la voluntad.

3. Nuevas financiaciones y endeudamientos

3.1. En el marco del acuerdo

Las nuevas financiaciones concedidas al deudor en el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos no tienen ninguna protección especial (salvo que el acuerdo extrajudicial de pagos no puede ser objeto de rescisión concursal), pues, a diferencia de las previsiones que hay en los artículos 84.2.11 y 91.6 LC para los acuerdos de refinanciación homologados de la Disposición Adicional 4.^a LC y para los acuerdos de refinanciación del art. 71 bis LC, en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, no tienen la consideración expresa de crédito privilegiado ni crédito contra la masa. Ello explica el poco éxito en la práctica de esta figura para deudores personas jurídicas y empresarios personas físicas.

Sin embargo, en una interpretación que pudiera quizá ser calificada de arriesgada, considero que podría llegar a defenderse que tengan la consideración de crédito contra la masa las financiaciones concedidas en el marco de un acuerdo extrajudicial de pagos encajándolas en el art. 84.2.9 LC al ser obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos por el deudor, y si bien aquí no cabe hablar de autorización o conformidad de la administración concursal (pues todavía no existe, sólo está la figura del mediador concursal, pero hay que tener en cuenta que si se pasa al concurso consecutivo el mediador concursal será nombrado administrador concursal en la práctica totalidad de los casos); sin embargo, debe entenderse que esas obligaciones del deudor recogidas en el acuerdo extrajudicial de pagos fueron asumidas con su conformidad, puesto que es el propio mediador concursal quien precisamente tiene que hacer la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que el deudor negocia con sus acreedores. No obstante, esta cuestión se planteará si el acuerdo extrajudicial de pagos resulta incumplido y se ha dado paso al concurso consecutivo, y en ese caso podría discutirse si esas obligaciones se han contraído «válidamente» (lo mismo que si se impugna el acuerdo extrajudicial de pagos). Si el incumplimiento no derivara de esa refinanciación entiendo que sí podrían encajar en esta categoría de crédito contra la masa.

3.2. Al margen del acuerdo

Por el contrario, no creo que tengan la consideración de créditos contra la masa, en ningún caso, los endeudamientos que el deudor asuma al margen del acuerdo extrajudicial de pagos durante su tramitación, en uso de la plena capacidad que mantiene, tal y como se deduce del art. 235 LC. Estos nuevos endeudamientos son perfectamente posibles, ya que, a diferencia de la redacción inicial de 235.1 LC, que decía que el deudor podría continuar con su actividad, pero «desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno», ahora

el mismo artículo se limita a indicar que, «desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad».

En estos endeudamientos faltaría un elemento, en mi opinión, esencial para poder encuadrar las obligaciones así asumidas como crédito contra la masa y es que el mediador concursal no habrá participado de ninguna manera en su asunción y, por tanto, no habrá valorado su capacidad de devolución por el deudor ni su acomodamiento a la situación de insolvencia actual o previsible del deudor, que podría incluso agravarla. Además, admitirlo sería una vía para abrir una brecha a que acreedores financieros espabilados pudieran cancelar la deuda preexistente que tuvieran con el deudor y conceder una nueva, ya en fase de tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, con la finalidad de lograr tener la consideración de crédito contra la masa. Dado que esta actuación vulneraría directamente lo dispuesto en el art. 235.2.c) LC, que no permite a los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos llevar a cabo ningún acto encaminado a mejorar su situación respecto al deudor común, no podría entenderse que esas obligaciones han sido válidamente contraídas durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos.

4. Créditos derivados de la actividad empresarial o profesional

Durante la fase de Acuerdo Extrajudicial de Pagos el deudor mantiene la plena capacidad y puede continuar con su actividad laboral, profesional o empresarial ordinaria, tal y como acabamos de mencionar y se deriva del art. 235 LC, habiéndolo igualmente reconocido y declarado expresamente la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 22 de octubre de 2018, que ha confirmado para el ámbito inmobiliario que el deudor que tramita un acuerdo extrajudicial de pagos no ve limitada ni intervenida su capacidad de obrar en forma alguna. Esto significa que en los concursos consecutivos el número de créditos contra la masa puede aumentar significativamente respecto a un concurso ordinario, pues durante la fase de tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos el deudor seguirá desarrollando su actividad habitual y, si ésta es empresarial o profesional, con seguridad contraerá nuevas obligaciones.

Los créditos derivados de la actividad empresarial o profesional del deudor nacidos durante la tramitación del expediente, de acuerdo extrajudicial de pagos, tendrán la consideración de créditos contra la masa en un eventual concurso consecutivo, de conformidad con el art. 242.2.3.º y el art. 84.2.5.º LC. Con ello se busca incentivar la contratación con el deudor que se encuentre tramitando un acuerdo extrajudicial de pagos, pues los eventuales acreedores sabrán que si su crédito resulta incumplido tendrá la consideración de crédito contra la masa en el concurso consecutivo con mayores posibilidades de cobro respecto al resto de acreedores ordinarios, y esto facilitará que el deudor continúe su actividad empresarial o profesional con la mayor normalidad posible.

Y esto también significa, respecto de deudores empresarios o profesionales, que a los acreedores ordinarios titulares de créditos anteriores al inicio del expediente les debería interesar que el acuerdo extrajudicial de pagos se alcance y sea cumplido por el deudor, pues de lo contrario, si entra en el concurso consecutivo, disminuirán significativamente sus posibilidades de cobro, ya que el patrimonio contra el que se podrían cobrar va a quedar particularmente menguado habida cuenta el incremento cuantitativo de créditos contra la masa que se deriva de esta regla.

Dentro de estos créditos derivados de la actividad profesional o empresarial, se encuentran los créditos salariales distintos de los especificados en el art. 84.2.1.º LC, es decir, en el tema que estamos analizando, los devengados después del inicio del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, incluyéndose los salarios, indemnizaciones por despido o por extinción de contrato.

También los créditos de la Seguridad Social tendrán esta consideración, y serán crédito contra la masa en el eventual concurso consecutivo posterior los que se devenguen una vez iniciado el acuerdo extrajudicial de pagos. Además en esta categoría entrarán los créditos tributarios derivados de la actividad empresarial o profesional del deudor que se devenguen durante su tramitación, ya sean a favor de la Hacienda estatal, autonómica o local, como, por ejemplo, una plusvalía municipal por la transmisión de un inmueble urbano afecto a la actividad empresarial o profesional del deudor durante la tramitación del expediente, que ya sabemos que es perfectamente posible al mantener su plena capacidad durante la tramitación del mismo. En cuanto a los impuestos de bienes inmuebles de los que estén afectos a una actividad empresarial o profesional del deudor, no obstante los períodos de pago voluntarios que se establezcan por cada municipio, al devengarse el 1 de enero de cada año, conforme al art. 75 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, no tendrán la consideración de crédito contra la masa, sino que tendrán siempre el tratamiento de la Disposición Adicional 7.ª LC y por tanto en fase concursal serán considerados como créditos con privilegio especial.

Los créditos públicos derivados de la actividad empresarial o profesional tienen un tratamiento distinto, según que nazcan antes del inicio del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos (en cuyo caso van por la vía que señalan los arts. 231.5.2 y 235.4 LC y la Disposición Adicional 7.ª LC y no quedan afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos), o bien que nazcan después, una vez iniciado el expediente, en cuyo caso serán créditos contra la masa en un eventual concurso consecutivo posterior.

Así, los créditos a favor de la Seguridad Social y de Hacienda devengados antes del inicio del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tienen una especial protección, y su tratamiento específico en sede de acuerdo extrajudicial de pagos se recoge en la Disposición Adicional 7.ª LC, en la que se establece, a pesar de que no quedan afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos que se pueda llegar a alcanzar (art. 231.5.2.º LC), que deben ser objeto de aplazamiento

o fraccionamiento en los términos de la referida Disposición Adicional 7.^a LC, de manera que si el acuerdo extrajudicial de pagos no se alcanzara, o se incumple o se anula, estos créditos no tendrán la consideración de créditos contra la masa, pues no nacen durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos. Ahora bien, se plantea la cuestión de si estos créditos en fase concursal quedan sometidos al aplazamiento que se hubiera acordado por la administración pública titular del mismo y deben ser abonados cuando se vaya cumpliendo el calendario fijado por la administración correspondiente o, por el contrario, al abrirse el concurso quedan como el resto de créditos del deudor sometidos al régimen ordinario del concurso. Me decanto por esta segunda opción, pues no hay norma que excepcione en fase concursal un tratamiento diferente para estos créditos. Los créditos de derecho público aplazados o fraccionados entran en el concurso consecutivo como créditos con privilegio general, salvo que tengan hipoteca legal tácita a su favor, en cuyo caso tendrán la consideración de créditos con privilegio especial.

En este sentido, el blindaje que los créditos de derecho público tienen durante el acuerdo extrajudicial de pagos decae en parte al entrar en fase concursal, al pasar los devengados antes del inicio del acuerdo extrajudicial de pagos a tener la consideración de créditos privilegiados. Es decir, tienen una especie de evolución inversa en la tutela al que tienen los créditos salariales.

5. Créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo

Es en esta categoría donde quizá se presente una de las principales especialidades del concurso consecutivo en relación con los créditos contra la masa, respecto a los créditos que pueden quedar afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos.

Como ya hemos apuntado, en el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos los créditos laborales no tienen ningún tipo de preferencia o protección especial, son un crédito más que recibe idéntico tratamiento al resto de créditos que pueda tener el deudor. A diferencia de las previsiones para la fase concursal, en el acuerdo extrajudicial de pagos sí que quedan vinculados los créditos laborales, y les afecta la suspensión generalizada de las ejecuciones. En este punto se aparta nuestra legislación de las tendencias comunitarias, pues la propuesta de Directiva comunitaria en materia de insolvencia de 2016 señala que los créditos impagados de los trabajadores deben quedar exentos de una suspensión de las ejecuciones para su cobro, estableciendo en su considerando 34 que los Estados miembros deben eximir los créditos impagados laborales de cualquier suspensión de ejecución, la cual solo debe admitirse si su cobro está garantizado por otros medios conforme al ordenamiento nacional, lo que no ocurre en el caso español con el acuerdo extrajudicial de pagos.

Por ello, los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo anteriores al inicio del expediente quedarán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos

si se llegara a alcanzar. Pero si el acuerdo resulta incumplido, anulado o no se llegara a alcanzar, estos créditos pasarán a tener la consideración de créditos contra la masa junto con los devengados durante la tramitación del mismo. Es clara la diferencia sustancial de tratamiento que tienen estos concretos créditos laborales: quedar afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos con sometimiento a quitas, esperas u otras modulaciones pactadas en el acuerdo extrajudicial de pagos que se alcance, *versus* ser crédito contra la masa en el concurso consecutivo. Claramente éste es un motivo para que los acreedores laborales voten en contra del acuerdo extrajudicial de pagos, pues tendrán un mejor tratamiento siempre en sede concursal, en el concurso consecutivo, que en sede de acuerdo extrajudicial de pagos.

V. REFLEXIONES PRÁCTICAS. ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS INCUMPLIDO

1. En los concursos consecutivos el número de acreedores contra la masa se amplía, ya que se suman a los del artículo 84.2 LC todos aquellos que respondiendo a las mismas categorías que las contempladas en el citado artículo se devenguen durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos y no sean debidamente abonados. Esto implica que los acreedores ordinarios y los subordinados disminuyen sus posibilidades de cobrar, ya sea vía convenio o vía liquidación. Por su parte los acreedores con garantía real que hayan podido quedar vinculados por el acuerdo extrajudicial de pagos, y que se encuadran en fase de concurso consecutivo, como acreedores con privilegio especial, por el contrario mantienen, o mejor dicho, mejoran sus posibilidades de cobro separado en el concurso, aunque debe tenerse en cuenta que en el concurso consecutivo disminuyen las mayorías para quedar vinculados por el convenio que se pueda alcanzar respecto a las necesarias para quedar vinculados por un acuerdo extrajudicial de pagos (60%-75% *versus* 65%-80%).

2. Hay dos supuestos de créditos que pueden quedar afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos y que en un eventual concurso consecutivo posterior tendrán la consideración de créditos contra la masa: i) los salariales de los últimos treinta días de trabajo anteriores al inicio del acuerdo extrajudicial de pagos; y ii) los alimentos nacidos antes del inicio del acuerdo extrajudicial de pagos y que el juez del concurso determine que deben pagarse con cargo a la masa, de conformidad con el art. 47.2 LC. Estas categorías de créditos razonablemente votarán siempre en contra del acuerdo extrajudicial de pagos, al ser significativamente inferior la protección y posibilidades de cobro que tienen en un caso y en otro.

3. El reconocimiento y determinación de los créditos contra la masa devengados durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos será una tarea a efectuar *a posteriori*, durante la tramitación del concurso consecutivo, para lo que será especialmente útil si el administrador concursal ha sido previamente el mediador concursal en el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

4. Y por último, hacer una reflexión sobre las consecuencias de un acuerdo extrajudicial de pagos incumplido. Dos son las cuestiones prácticas que se plantean en estos casos: por un lado, qué pasa con los créditos afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos que resulta incumplido; y por otro lado, qué ocurre con los créditos que respondiendo a la categoría de crédito contra la masa se devengan durante el período que media entre la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos y su elevación a escritura pública, y que éste resulte incumplido.

Respecto a la primera cuestión planteada, la cuestión pivota en torno a si considerar que las obligaciones asumidas por el deudor dentro del acuerdo extrajudicial de pagos, si éste resulta incumplido, quedan definidas conforme al acuerdo, de tal manera que si han sido sometidas a quitas, esperas o cualquier otra modificación deben ser tratadas en fase concursal, conforme han quedado configuradas en el acuerdo extrajudicial de pagos, el cual tiene un efecto novatorio de las mismas y ello de acuerdo con el artículo 240.2 LC, lo que tiene sobre todo interés en esta materia en relación con los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo. O bien, entender que las obligaciones afectadas por el acuerdo si éste es incumplido, recobran su configuración y características anteriores al acuerdo extrajudicial de pagos, por analogía con los efectos del incumplimiento del convenio concursal, de acuerdo con los artículos 136 y 140 de la LC, conforme a los cuales la resolución que declara el incumplimiento del convenio supone la resolución del mismo y la desaparición de sus efectos sobre los créditos, pudiendo interpretarse que ese mismo efecto debe tener el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos; y para aquellas obligaciones configuradas en el convenio que hubieran sido parcialmente cumplidas, respecto de la parte no cumplida deberán recuperar su configuración previa al convenio, de acuerdo con los criterios que se derivan del artículo 140.4if LC, mientras que las cumplidas en el marco del mismo durante su vigencia deberán tenerse por bien hechas conforme a la regla del art. 162 LC. Parece más razonable esta segunda opción, es decir, que las obligaciones afectadas por el acuerdo si éste es incumplido recobran su configuración y características anteriores al acuerdo extrajudicial de pagos, pues acomoda mejor a la sistemática de la regulación concursal actual y no hay que olvidar que el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos implica que el deudor va a entrar en fase de concurso. Pero no queremos dejar de subrayar que, a diferencia de lo previsto para el convenio respecto del que la Ley Concursal lo contempla expresamente, nada dice esta misma Ley respecto a los efectos del incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos sobre el propio contenido del acuerdo, y el silencio del legislador debe ser interpretado.

La otra cuestión a solventar es la relativa a cómo tratar los créditos devengados durante la fase del acuerdo extrajudicial de pagos alcanzado, pero todavía no incumplido y que finalmente se incumple, dando paso al concurso consecutivo. La mención del artículo 242.2.3.^a LC, ¿se extiende a esta período temporal? ¿O decaen como créditos contra la masa los devengados durante la fase de acuerdo alcanzado y todavía no incumplido? Es decir, debe precisarse si una vez alcanzado el acuerdo extrajudicial de pagos se termina el expediente o hay que esperar al

AMANAY RIVAS RUIZ

cumplimiento íntegro del mismo. Hay que tener en cuenta que el bloqueo de las ejecuciones y la prohibición de declaración de concurso están vigentes durante el plazo para negociar el acuerdo, que ya ha transcurrido al haberse alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos. En mi opinión, y por lo expuesto, estos créditos no deben tener la consideración de créditos contra la masa, sobre todo teniendo en cuenta que el plazo para el cumplimiento íntegro del acuerdo puede ser dilatado temporalmente, ya que en el artículo 236 LC se contempla la posibilidad de pactar esperas de hasta diez años, y la simple posibilidad de pensar que durante diez años puedan estar devengándose créditos contra la masa pone de manifiesto la inviabilidad de este planteamiento.

*(Trabajo recibido el 14/05/2019
y aceptado para su publicación el 27/05/2019)*

RECENSIONES

EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

THE BENEFIT OF EXEMPTION FROM UNSATISFIED LIABILITIES

Autor: ÁLVARO SENDRA ALBIÑANA

Editorial Tirant lo Blanch

Monografías

Valencia 2018

RAFAEL BELLIDO SALVADOR

Doctor en Derecho. Abogado

La obra objeto del presente análisis versa sobre determinada institución jurídica de reciente instauración en el ordenamiento jurídico español. Efectivamente, la denominada «*segunda oportunidad*», introducida en nuestro derecho patrio a través del artículo 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal (BOE 164, de 10/07/2003) —en adelante LC—, vino a prever, por vez primera, determinadas limitaciones y restricciones a la incontestable y tradicional aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1.911 del Código Civil.

Con la nueva regulación, de modo análogo a cuanto acontecía en países de nuestro entorno, se ha pretendido dotar a los deudores de buena fe de un instrumento que, en cierta forma, les permitiera dejar atrás un pasado ciertamente tormentoso, y ello mediante la superación —siquiera parcial— de sus deudas para permitir la reinserción de la persona física a la vida civil y financiera como lucha contra la exclusión social y la economía sumergida.

El libro, sustentado en la tesis doctoral defendida por su autor en mayo de 2017, resulta de gran interés y absoluta actualidad, en tanto en cuanto, sin abandonar la perspectiva práctica de la institución, realiza un análisis teórico de gran valor académico sobre una institución ciertamente desconocida en nuestro dere-

cho concursal —salvedad hecha de la regulación introducida en el art 178.2 de la LC a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE 233/2013, de 28 de septiembre de 2013).

Lejos de entregarse a las pretenciosas denominaciones del legislador español, la obra consigue determinar las diferencias entre los términos «*segunda oportunidad*» y «*exoneración del pasivo insatisfecho*» partiendo del elemento restaurativo o rehabilitador que para el deudor de buena fe deben de recoger ambos términos. Así, frente al género «*segunda oportunidad*», entendido como tal un conjunto normativo a través del que se aglutinan diversas medidas y normas tendentes a la obtención de una rehabilitación integral del deudor, dictadas, en consecuencia, en diversos ámbitos normativos (vivienda habitual, reinserción financiera, superación de estigmatización social y financiera y otros...), se configura la especie «*exoneración del pasivo insatisfecho*», realidad ésta que debe enmarcarse dentro del género antedicho como una de las facetas (la de la liberación de deudas de la persona individual) de necesaria completación para el encomiable fin de recuperación integral del deudor persona física.

Tras el análisis de la distinción terminológica referida, el autor apunta la imposibilidad de confiar a una única medida rehabilitadora como la liberación de deudas residuales (Beneficio de exoneración del Pasivo Insatisfecho), la plena e íntegra recuperación del deudor, de donde nuevamente acaba concluyendo que la decepción que para el gran público ha ocasionado la norma deriva no tanto de su regulación, sino de la confusión terminológica apuntada, y de la ansiedad producida por la excesiva expectación de recuperación integral puesta de manifiesto en una institución que jamás podría alcanzar tan vital y esperado resultado para el deudor persona física, por no resultar adecuado confiar a la misma de forma excluyente tan fundamental finalidad.

El título que nos ocupa se divide en cuatro capítulos. El primero de los mismos viene a establecer, a modo de premisas básicas, las diversas diferencias terminológicas apuntadas anteriormente, a las que añade otras de carácter conceptual como la distinción entre medidas preventivas y curativas de la insolvencia, el sobreendeudamiento (activo y pasivo) y la insolvencia y demás relacionadas con el tema principal de la obra. El autor realiza también un repaso respecto de aquellos aspectos positivos y negativos que produce la instauración de un sistema de liberación de deudas en cualquier ordenamiento jurídico, haciendo al tiempo un somero análisis a la génesis de la norma mediante el examen de diversos informes y dictámenes —incluso de carácter internacional—, la referencia al antecedente legislativo desarrollado a través de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y la conexión de la institución con aquellos principios rectores de la LC establecidos no sólo en su exposición de motivos (mejor atención de los derechos de los acreedores), sino también en muchas de sus reformas (principio de conservación de la empresa).

El autor continúa el primer capítulo incidiendo en la necesaria regulación del beneficio a través del concurso y tras la conclusión del mismo, por entender que la verdadera expropiación del crédito de los acreedores que supone la exoneración del pasivo insatisfecho debe de realizarse con las garantías derivadas de la tramitación de un procedimiento judicial. Para concluir este primer capítulo, el autor analiza los diferentes sistemas de exoneración del pasivo, distinguiendo entre los sistemas Anglosajones (USA, Australia) y aquellos otros de rehabilitación (Alemania, Portugal) para concluir en la naturaleza mixta del sistema español introducido por el precitado artículo 178 bis LC.

En el segundo capítulo, el Dr. SENDRA ALBIÑANA analiza tanto los elementos esenciales como los requisitos que deben de concurrir para la obtención de la liberación de deudas residuales en nuestro país. Así, tras definir el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho como una limitación cuantitativa del principio de responsabilidad patrimonial universal conferida a determinados deudores bajo determinadas circunstancias, y tras el cumplimiento de ciertos requisitos, el autor afronta su ámbito subjetivo con referencia expresa a la persona natural, a los menores y a los incapaces, para ulteriormente analizar la extensión del beneficio al cónyuge casado en régimen legal de gananciales u otro de comunidad como excepción a la regla general. Se continúa con el análisis, en este segundo capítulo, del ámbito objetivo del beneficio, concluyéndose en la necesaria terminación del concurso como premisa ineludible para optar a la concesión del mismo, y ello, con independencia de que tal finalización se produzca por conclusión de la fase de liquidación o por insuficiencia de masa.

Tras las cuestiones expuestas, el segundo apartado de este segundo capítulo viene a analizar el fundamental requisito de buena fe como pieza ineludible para la obtención de la liberación de deudas residuales. Se plantea el autor el alcance y significación en nuestro derecho de tal requisito, concluyendo que el mismo debe de interpretarse con carácter valorativo. En esencia, el autor defiende que tal requisito debe de ser entendido de forma amplia y que el cumplimiento de la buena fe que permite la obtención de la liberación de deudas no puede quedar restringido ni circunscrito únicamente al cumplimiento de aquellos requisitos que constan positivizados en la norma (tramitación de un Acuerdo Extrajudicial de Pagos previo, inexistencia de sentencia de culpabilidad del concurso y ausencia de condena penal por determinados delitos).

Tras abogar por una interpretación de la buena fe de carácter valorativo que permita al juzgador realizar un análisis de la actitud del deudor, de forma tal que ciertas contravenciones de convenciones éticas y sociales permitan al primero denegar el beneficio, el Dr. SENDRA ALBIÑANA recoge el necesario cumplimiento de aquellos requisitos establecidos en la norma, si bien, reitera, no confía la obtención del beneficio al cumplimiento único de los mismos, sino que entiende permisible el análisis de cualesquiera otra circunstancias, actitudes y actuaciones que, aun no estando positivizadas en la norma, permitan, por estar dotadas de cierta entidad defraudatoria, negligente o dolosa, la denegación del beneficio, y

todo ello a criterio judicial y exigiendo determinada entidad de tales actuaciones.

El análisis de los requisitos de carácter normativo principia por la culpabilidad del concurso, haciendo un breve repaso a la configuración de los artículos 164 y 165 de LC, así como a las presunciones que tanto «*iuris et de iure*» como «*iuris tantum*» rigen para la calificación de culpabilidad del mismo, haciéndose hincapié en la absoluta inconsistencia que supone la excepción a la culpabilidad del concurso para la obtención del beneficio, en el supuesto de que tal culpabilidad traiga causa del retraso en la solicitud del deudor. Critica el autor tal excepción normativa por entender que la misma resulta ilógica desde el punto de vista de política legislativa, al contradecir uno de los beneficios del sistema, como es la tempestiva solicitud del concurso por el deudor, y además critica su literalidad y alcance, habida cuenta la exigencia, para la aplicación de la excepción, de ausencia de concurrencia de culpa grave o dolo en la génesis de la insolvencia, circunstancia ésta que, lejos de instaurarse como requisito para la excepción, se configura legalmente como fórmula para la inexistencia de la premisa previa, esto es, la propia culpabilidad del concurso.

Continuando con el análisis de los requisitos integradores de la buena fe normativa, se procede al análisis de la ausencia de determinada condena penal firme por los delitos previstos en la norma y la necesaria tramitación de un Acuerdo Extrajudicial previo, centrándose en el análisis de la necesidad de tramitación de tal instituto preconcursal.

El capítulo tercero incluye la referencia tanto a aspectos procedimentales como a aspectos sustantivos tales como las formas de obtención del beneficio. Se realiza así un análisis mediante la distinción entre la denominada vía automática (art. 178 bis.3.4 LC) y la identificada como diferida o sujeta a un plan de pagos (art. 178 bis.3.5 LC). Defiende el autor la distinta sujeción a plazo de una y otra vía o, mejor dicho, la inexistencia de provisionalidad y sujeción a plazo de la primera (de ahí su identificación como automática) por contraposición a la provisionalidad establecida para la segunda, cuya obtención definitiva únicamente se producirá tras el cumplimiento del plan de pagos, cuyo plazo no excederá de cinco años.

En ambos casos analiza el autor los requisitos de pago de umbral de pasivo, cuya satisfacción por el deudor resulta necesaria para la concesión del beneficio, así como la identificación de aquellas deudas que resultan exoneradas, la revocación del beneficio, los plazos para ésta y la mayor exigencia de requisitos para la vía diferida a través del establecimiento de determinados condicionantes no previstos para la vía automática.

El autor dedica parte del capítulo a la posibilidad de exclusión de la vivienda habitual y al pago de los créditos con privilegio especial que suelen estar asociados a la misma. Determina igualmente las distintas causas de revocación del

beneficio establecidas para la vía del número 5 (vía diferida) en contraposición a aquellas establecidas para la vía automática.

Para finalizar el capítulo se refiere el autor a una «tercera vía» para la obtención del beneficio, concretamente la establecida en el párrafo segundo del número 8 del artículo 178 bis LC, conceptuándose la misma con carácter subsidiario respecto de la prevista en el número 5 del apartado 3 del artículo 178 bis LC, y más concretamente al supuesto fáctico que encierra, que no es otro que el incumplimiento del plan de pagos y el destino de parte de los ingresos inembargables al pago de aquellas deudas no exonerables incardinadas en el plan de pagos.

El último capítulo (IV) guarda relación con las iniciativas europeas en cuanto a la liberación de deudas. A través del mismo, el Dr. SENDRA ALBIÑANA analiza la vital aportación e importancia tanto de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE), como de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de noviembre sobre los marcos de reestructuración preventiva, la segunda oportunidad y las medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y aprobación de la gestión y por la que se modifica la directiva 2012/30/UE.

En esencia, nos encontramos ante el análisis muy completo de una institución revolucionaria en nuestro ordenamiento jurídico que «juega» como contrapunto a la aplicación del artículo 1.911 del CC analizada con rigor y seriedad, mediante el establecimiento de diversas pautas teóricas de corte más académico que permitirán al intérprete de nuestro derecho el mejor análisis de la norma, a la vista de la confusa redacción establecida por el legislador para el artículo 178 bis LC introducida a través del Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE número 51, de 28 de febrero de 2015), convalidado por Ley 25/2015 (BOE número 180, de 29 de julio de 2015) de idéntica denominación.

*(Trabajo recibido el 02/05/2019
y aceptado para su publicación el 07/05/2019)*

**LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO
DE LA CONTRAPRESTACIÓN EN LA COMPRAVENTA
INTERNACIONAL POR TIPO DE MERCANCÍA
Y MODELO DE CONTRATO**

**THE ALLOCATION OF RISK OF CONTRIBUTION IN
INTERNATIONAL SALE BY TYPE OF MERCHANDISE
AND MODEL OF CONTRACT**

Autora: IRATI BASOREDO-OTZERINJAUREGI
Thomson Reuters Aranzadi, 2018

JOSÉ MARÍA MONTERO GIMÉNEZ
Notario

El presente artículo tiene como objetivo realizar una breve recensión sobre el libro «La asignación del riesgo de la contraprestación en la compraventa internacional por tipo de mercancía y modelo de contrato». La autora de este libro es Irati BASOREDO-OTZERINJAUREGI, profesora de Derecho de la Empresa en la Universidad del País Vasco. Ha sido publicado por la editorial «Thomson Reuters Aranzadi», correspondiendo su primera edición al año 2018 y tiene una extensión de 276 páginas.

La estructura del libro responde esencialmente a la idea fundamental que se puede observar en el título, es decir, un análisis de la cuestión de la asignación del riesgo —que siendo siempre espinosa y compleja en cualquier compraventa, lo es más aún en el caso de la compraventa internacional— a partir, sobre todo, del tipo de mercancía y tomando también en consideración el modelo de contrato escogido. De esta manera, tras una nota de autor y un prólogo por parte de María Pilar CANEDO ARRILLAGA (directora de la tesis doctoral de la que emana este libro), se ofrece al lector una amplia lista de abreviaturas para poder saber a qué término se refiere la autora en cada momento. A partir de ahí encontramos una

introducción donde se expone el propósito del autor con este libro y la metodología seguida, y el núcleo gordiano de la obra que se desarrolla en cuatro capítulos que ahora comentaremos sucintamente. Por último, termina este libro con las conclusiones de la autora y una extensa bibliografía que se divide en referencias doctrinales, jurisprudenciales y arbitrales.

En lo que se refiere a los capítulos, todos siguen el mismo patrón. Se distribuyen por tipo de mercancía y, dentro de cada uno, se proponen los contratos que la autora considera más idóneos en función de la clase de mercancía. También se centra la autora en analizar la normativa aplicable en cada caso, a partir de los «Incoterms» en su versión de 2010 y la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980.

El capítulo primero versa sobre la compraventa de productos manufacturados, la más habitual en el comercio internacional. Para este tipo de transacciones se proponen como modalidades contractuales la compraventa con entrega directa en sus dos vertientes, «en plaza» y «a la llegada» (aunque tienen un cierto carácter residual) y la compraventa con entrega al transportista, es decir, la compraventa con entrega indirecta, más frecuente en la práctica.

El segundo capítulo se centra en otro tipo de mercancía: máquinas, herramientas, equipos de alta tecnología y otras manufacturas de alto valor añadido. En este caso, la autora se esfuerza en encontrar el acomodo de la normativa a estos productos, cuyas características peculiares lo hacen más difícil. Las conclusiones finales en relación a este asunto son muy interesantes y demuestran hasta qué punto nos encontramos con un estudio ampliamente detallado y exhaustivo.

Por lo que respecta al tercer capítulo, la mercancía objeto de estudio son las materias primas y productos semielaborados. Las modalidades contractuales que se valoran en este apartado son fundamentalmente la de entrega al transportista marítimo y ferroviario, la compraventa en tránsito y la genérica. En este capítulo la autora ofrece un estudio amplio de la materia, con distintas variantes y posibilidades, lo cual se explica, muy probablemente, porque los Incoterms se adaptan razonablemente bien al intercambio de estas mercancías.

Por último, el cuarto capítulo analiza el comercio internacional de mercancías perecederas o sensibles al cambio de temperatura u otros factores climatológicos. Nos encontramos ante un capítulo breve, en el que lo más relevante es la recomendación de la autora sobre las modalidades de compraventa a las que se deben recurrir.

El manual analizado constituye un estudio en profundidad de un aspecto concreto de la compraventa. Siendo la compraventa el paradigma de los contratos, todos los operadores jurídicos estamos más o menos familiarizados con sus diversos elementos, siendo uno de ellos, sin duda, la transmisión del riesgo. El estudio de dicha cuestión en la compraventa internacional (modalidad de compraventa)

no deja de ser necesario, cuando no capital, en la medida en que la globalización es un hecho más que evidente en la actualidad, que impone la búsqueda de soluciones a operadores que actúan en diversos países. El logro de una mayor eficiencia en este tipo de transacciones exige esfuerzos doctrinales como el presente que permitan coordinar mejor la normativa internacional existente y ayudar a una satisfactoria resolución de los eventuales conflictos.

Es de destacar el conocimiento que muestra la autora sobre la materia que se observa a lo largo de toda la obra. Pero es más encomiable, si cabe, que no se limite a exponer simplemente conocimientos teóricos e intente ofrecer soluciones a los distintos casos que se le plantean. Es este uno de los aspectos que más podrá valorar el lector y que hacen de este manual una herramienta útil para los que se dedican al tráfico internacional.

Otra cuestión a tener en cuenta es la clasificación propuesta por la autora para desarrollar su trabajo. Como ya comentamos, el propio título es una declaración de intenciones, y lo que pretende la autora es demostrar cómo las normas internacionales sobre compraventa internacional, en lo que se refiere a la transmisión del riesgo, encuentra un mejor encaje y eficacia si atendemos al tipo de mercancía, en primer lugar y como criterio principal, y lo complementamos con el estudio de qué modalidad de compraventa se adapta mejor a cada mercancía.

Concluir este comentario con una recomendación de esta lectura a todos aquellos que en su vida profesional están relacionados con el comercio internacional de mercancías. Reseñar que es un libro muy especializado que no ha de limitarse solamente a juristas y estudiosos, que también, sino que es una gran ayuda para los que interviniendo en el tráfico internacional buscan mejores soluciones a problemas del día a día.

*(Trabajo recibido el 09/05/2019
y aceptado para su publicación el 20/05/2019)*

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 constata que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Redacción velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.