



Cuadernos
de Derecho
y Comercio
72

**FUNDACIÓN
NOTARIADO**

Diciembre
2019



Cuadernos
de
Derecho
y
Comercio
72

Diciembre 2019
Revista semestral
Fundación 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.

© Fundación 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 Prías 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

Carmen Alonso Ledesma

Catedrática de Derecho Mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

Alberto Alonso Ureba

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

M.^a Luisa Aparicio González

Profesor titular de Derecho Mercantil de
la Universidad Autónoma de Madrid

José M.^a de la Cuesta Rute

Catedrático emérito de Derecho Mer-
cantil de la Universidad Complutense de
Madrid

Alberto Díaz Moreno

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad de Sevilla

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad de Valencia

Salvador Torres Ruiz

Notario de Granada

Gaudencio Esteban Velasco

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

José Manuel García Collantes

Notario de Madrid

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Carlos III de Madrid

Josep Massaguer Fuentes

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Pompeu Fabra de Barcelo-
na

Xavier O'Callaghan Muñoz

Catedrático de Derecho Civil. Magistra-
do de la Sala Primera del Tribunal Su-
premo

Santiago Ortiz Navacerrada

Catedrático de Derecho Procesal.

José Cándido Paz-Ares Rodríguez

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Rodríguez Artigas

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Complutense de Madrid

Angel Rojo Fernández-Río

Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad Autónoma 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 arbitraje societario / Corporate arbitration, <i>por Alfonso Madridejos Fernández</i>	13
Prestaciones accesorias: una herramienta útil para personalizar las sociedades de capital / Ancillary services: a useful tool for customising capital companies, <i>por Eduardo Hijas Cid</i>	87
La responsabilidad de promotores y otorgantes en la fundación sucesiva de la sociedad anónima / Liability of developers and grantors in the successive foundation of joint stock companies, <i>por Manuel Pino Abad</i>	145
Perspectivas sobre la vulneración de los derechos de propiedad intelectual mediante las descargas ilegales / Copyright infringement by means of sharing files illegally, <i>por José Carlos Espigares Huete</i>	187

PRÁCTICA JURÍDICA

Aportaciones sociales no dinerarias: los bitcoins, los créditos futuros y el know-how / Non-monetary capital contributions: bit coins, future credits and know-how, <i>por Blanca de la Cámara Entrena y Lucía Gil López de Sagredo</i>	225
---	-----

SUMARIO

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho contractual

- La esperada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario / The expected doctrine of the General Directorate of Registries and Notaries on the Law Regulating Real Estate Credit Agreements, *por Cristina Marqués Mosquera*..... 237

- Responsabilidad contractual del adquirente del negocio o empresa frente a los clientes y las doctrinas de la confianza legítima y de la protección del crédito dentro del orden público económico: la progenie jurisprudencial del caso Caixabank-Pimebank / Contractual liability of the party acquiring a business or company in respect of clients and the doctrines of legitimate expectation and credit protection within the scope of economic public order: case law resulting from the Caixabank Pimebank case, *por Luis Hernando Cebriá*..... 255

Derecho societario

- ¿Flexibilización de los requisitos de la dispensa de la prohibición de competencia de los administradores sociales? (al hilo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, de 26 de septiembre de 2018) / Easing of the requirements for waiving the prohibition on competing corporate administrators? (in the light of the judgment of the Provincial Appellate Court of Barcelona section 15 of 26 september 2018), *por Kattalín Otegui* 285

Derecho concursal

- Los administradores concursales en la fase de liquidación: requisitos a cumplir en las subastas notariales (a propósito de la resolución DGRN 2 enero 2019) / Insolvency administrators in liquidation phase: requirements for notarial auctions (in respect of the resolution of the directorate general of registries and public notaries (DGRN) of 2 january 2019), *por Tomás Viña Almunia*..... 297

RECENSIONES

- Bárbara De Donno y Livia Ventura (Directores): Dalla benefit corporation alla società benefit, *por José Miguel Embid Irujo* 307

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL ARBITRAJE SOCIETARIO

ALFONSO MADRIDEJOS FERNÁNDEZ

Notario de Madrid

RESUMEN

Aunque el arbitraje societario constituye un instrumento especialmente idóneo para resolver los conflictos que se originan en el seno de las sociedades, lo cierto es que su utilización real es bastante limitada. El objetivo fundamental de este trabajo es estudiar algunos de los problemas que hacen que el arbitraje societario no acabe de generalizarse y apuntar posibles vías para potenciarlo. En particular se estudian cuestiones como los tipos de arbitraje, insistiendo en la supuesta obligatoriedad del arbitraje institucional y en la discusión sobre la idoneidad del arbitraje de equidad; el ámbito objetivo del arbitraje societario, especialmente la impugnación de acuerdos sociales, las cuestiones en las que no hay controversia y la posibilidad de arbitraje en materia de jurisdicción voluntaria; la introducción de la cláusula arbitral mediante la modificación estatutaria y la posibilidad de un arbitraje obligatorio por ley; el ámbito subjetivo de vinculación de la cláusula de arbitraje, en particular la vinculación de la sociedad, de los administradores, que no deberían poder prescindir del arbitraje en contra de los estatutos, y de los socios, así como posibles fórmulas para resolver el problema de la falta de vinculación de los terceros; finalmente, se estudia el problema clásico de la inscripción y protocolización del laudo arbitral.

Palabras claves: arbitraje societario, arbitraje estatutario, arbitraje de equidad, arbitraje institucional, impugnación de acuerdos sociales, inscripción y protocolización del laudo.

CORPORATE ARBITRATION

ALFONSO MADRIDEJOS FERNÁNDEZ

Notary Public of Madrid

ABSTRACT

Although corporate arbitration is one of the most appropriate instruments for settling disputes between companies, its actual use is relatively limited. The main purpose

of this paper is to study some of the problems that have kept corporate arbitration from becoming generally accepted practice, and highlighting possible ways of encouraging its use. Specific issues addressed include, types of arbitration, emphasising the ostensibly compulsory nature of institutional arbitration, and arguments for the appropriateness of equitable arbitration; the objective scope of corporate arbitration, especially in challenging corporate resolutions, regarding non-controversial issues, and the option of arbitration in voluntary jurisdictional matters; the introduction of an arbitration clause through amendment of the articles of incorporation, and the possibility of compulsory arbitration under law; the subjective scope of the binding nature of the arbitration clause, in particular, the manner in which this would be binding on the company, and the administrators who would be unable to rule out arbitration in contravention of the articles of incorporation, and also the shareholders, as well as possible ways of resolving the problem of third party exemption from this requirement; finally, the paper examines the classic problem of recording and notarisation of the arbitration decision.

Key words, corporate arbitration, statutory arbitration, equitable arbitration, institutional arbitration, challenging corporate resolutions, recording and notarisation of the decision.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REFERENCIA HISTÓRICA.—III. CLASES DE ARBITRAJE. 1. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad. 2. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional.—IV. ÁMBITO OBJETIVO DEL ARBITRAJE SOCIETARIO. 1. Impugnación de acuerdos sociales. 2. Cuestiones en las que no exista una auténtica controversia. 3. Arbitraje y jurisdicción voluntaria. 4. Resolución de empates en los órganos colegiados.—V. INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL MEDIANTE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA. 1. Constitucionalidad del art. 11 bis 2). 2. Supresión o modificación de la cláusula estatutaria de arbitraje. 3. Sustitución de la institución arbitral. 4. Posibilidad de mayorías reforzadas.—VI. EFICACIA SUBJETIVA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE. 1. Sociedad. 2. Administradores. 3. Socios. 3.1. Vinculación de los socios. 3.2. Especial eficacia del laudo arbitral en caso de impugnación de acuerdos sociales. 4. Terceros. 4.1. Problemática. 4.2. Posibles soluciones. A) Exclusión legal de los terceros de la legitimación para impugnar acuerdos sociales. B) Reconocimiento legal de la legitimación de los terceros para impugnar los acuerdos sociales con sometimiento a la cláusula estatutaria de arbitraje.—VII. INSCRIPCIÓN DEL LAUDO EN EL REGISTRO MERCANTIL.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo¹ no pretende ser un estudio exhaustivo de una materia sobre la que se han escrito numerosos y excelentes trabajos, sino, tan solo, apuntar alguna de las cuestiones que, en mi opinión, pueden resultar más polémicas y, especialmente, plantear por qué el arbitraje estatutario no acaba de generalizarse en nuestro país, intentando señalar alguna posible vía para mejorar su implantación, lo que, creo, sería claramente beneficioso para las sociedades y para la Sociedad.

El arbitraje es una vía de solución de conflictos, alternativa a la judicial, especialmente adecuada en el ámbito societario en el que es vital no solo la celeridad de las soluciones de los conflictos internos, sino también que estas soluciones se adapten a la realidad y necesidades de cada sociedad y a la viabilidad de la empresa, teniendo siempre en cuenta que estos conflictos, especialmente cuando se refieren a la estructura societaria, pueden afectar a muchas personas más allá del estricto ámbito de los litigantes, como son el resto de los socios, los trabajadores y los acreedores.

La incertidumbre es el peor enemigo de la economía y la prolongación en el tiempo de conflictos sobre cuestiones tan importantes como, por citar alguno de los casos más frecuentes, quién tiene o no la condición de socio, quién ostenta el control de la sociedad o quién es su administrador legítimo, pueden propiciar una parálisis social que, tenga quién tenga razón en el conflicto, puede llevar a la sociedad a perder competitividad y, en no pocos casos, a su desaparición. Y ello con el agravante de que, muchas veces, la lentitud de la justicia y las desastrosas consecuencias que de la judicialización de la vida social pueden derivarse, es

¹ Se trata de un desarrollo, muy tardío, de algunas de las ideas que tuve la ocasión de exponer en el Seminario de Derecho Mercantil Harvard-Complutense, organizado, en octubre de 2016, por el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, el Real Colegio Complutense en Harvard y el Institute for Global Law and Policy de la Harvard Law School, con el patrocinio, entre otros, del Colegio Notarial de Madrid.

utilizada de forma interesada por quienes están dispuestos a hacer prevalecer su interés particular por encima de cualquier otra consideración.

Pero es que, además, la utilización del arbitraje societario es buena para la Sociedad porque es buena para la economía y porque permite liberar a la Administración de Justicia de unos casos que, en ocasiones, pueden ser especialmente complejos y que pueden encontrar mejores vías de soluciones en ámbitos más especializados. De hecho, si, como veremos a continuación, el arbitraje societario fue obligatorio en España en algún momento histórico, como también lo fue en Francia y en Italia, no es solo porque se considerase bueno para el comercio la vía arbitral sino también por la idea de que son los beneficiarios de ese comercio, es decir, los comerciantes, los que deben establecer los sistemas para resolver los problemas de los comerciantes.

Lo que ocurre es que el arbitraje societario, a diferencia de otros países, no acaba de despegar en España y representan una proporción muy pequeña los conflictos intrasocietarios que se resuelven por esta vía.

En el momento de la constitución de la sociedad se aprecia una gran indiferencia en la materia por parte de los socios fundadores, más interesados en los primeros pasos de su nuevo e ilusionante proyecto que en prever soluciones a lejanos e hipotéticos conflictos futuros. Y, lamentablemente, esta falta de previsión no siempre es suplida por el necesario consejo de los profesionales encargados del asesoramiento en esa fase inicial.

Y cuando el conflicto se produce es frecuente una cierta desconfianza en el arbitraje y en las instituciones arbitrales que hace que raramente las partes se pongan de acuerdo para acudir a esta vía si no ha sido antes prevista de forma imperativa. Incluso cuando tal previsión se ha recogido en los estatutos, no es extraño que se haga caso omiso de ella acudiendo los demandantes directamente a la vía judicial o desistiendo los demandados de reconducir la cuestión a la vía arbitral, al no plantear la oportuna declinatoria, lo que puede ser legítimo para los socios y para la propia sociedad si bien, como luego expondré, no creo que tal decisión corresponda tomarla, como ocurre en la práctica, a los administradores por sí solos cuando los estatutos sociales prevén imperativamente el arbitraje societario.

Además nos encontramos con la paradoja, que resulta de la evolución histórica que a continuación se expondrá, de que cuando el arbitraje societario era una institución discutida, carente de cobertura legal suficiente y con una jurisprudencia adversa, la introducción de las cláusulas de arbitraje en los estatutos sociales era una costumbre absolutamente generalizada, aunque, hay que reconocerlo, se tratase de cláusulas de estilo que rara vez tenían aplicación práctica.

Por el contrario, cuando el arbitraje societario se convierte en una institución valorada y dotada de una cobertura legal, supuestamente suficiente, y cuando proliferan las instituciones dedicadas a estos arbitrajes se produce el fenómeno

inverso y las cláusulas de arbitraje desaparecen de los estatutos de la gran mayoría de las sociedades que se constituyen en la actualidad.

Creo que esta situación paradójica es digna de estudio y que los profesionales e instituciones implicados deberían intentar adoptar medidas para promover el restablecimiento de la antigua práctica que hacía habitual la cláusula estatutaria de arbitraje en la inmensa mayoría de las sociedades.

Pero creo que ello debería ir acompañado de un esfuerzo para que tales cláusulas no sean, como en el pasado, meras cláusulas de estilo, consiguiendo que el arbitraje se convierta en una institución útil y eficaz y una vía de solución de la gran mayoría de los conflictos intrasocietarios para todas las sociedades, incluidas las más modestas, superando la idea de que el arbitraje es una «justicia para ricos».

Claro que ello supondría estudiar cuestiones no estrictamente jurídicas, como si es correcta y suficiente la información y asesoramiento que ofrecen los profesionales que intervienen en el proceso de constitución de las sociedades, si el arbitraje es una institución suficientemente conocida y valorada, si las instituciones arbitrales existentes en nuestro país son suficientes y gozan del reconocimiento y de la confianza imprescindibles, si los productos que estas instituciones ofrecen son los que las sociedades realmente demandan, si el coste del arbitraje es el adecuado y otras muchas cuestiones que exceden del modesto objeto de este estudio.

II. REFERENCIA HISTÓRICA

El comúnmente llamado arbitraje societario, arbitraje estatutario en la terminología legal, o, quizás con mayor precisión, arbitraje intrasocietario², tiene una azarosa historia legislativa, doctrinal y jurisprudencial.

La versión canónica de esa evolución, seguida por todos los autores que después han estudiado el tema, es la que realizó José María MUÑOZ PLANAS³ en 1978, con un trabajo que constituye en sí mismo un hito dentro de la historia del arbitraje societario en nuestro país⁴.

² A favor de la denominación «arbitraje intrasocietario» se manifiesta MERINO MERCHÁN, José Fernando: «Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011», en *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, dirigido por Ignacio SÁEZ HIDALGO y Alberto DORREGO DE CARLOS, *Revista Jurídica de Castilla y León*, páginas 87 y 88.

³ MUÑOZ PLANAS, José María: «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Cívitas, 1978. Y también MUÑOZ PLANAS, José María y MUÑOZ PAREDES, José María: «La impugnación de acuerdos de la junta general mediante arbitraje», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen II. Mc Graw Hill, 2002.

⁴ En cuanto a la evolución jurisprudencial, doctrinal y legal, así como respecto a la tramitación parlamentaria de la ley de reforma de 2011, es especialmente digno de mención el estudio realizado por OLAVARRIA IGLESIA, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», en *Comenta-*

Esquemáticamente, y siguiendo siempre a MUÑOZ PLANAS, lo que caracteriza la historia del arbitraje societario es la transición del arbitraje forzoso al arbitraje voluntario.

Al igual que ocurrió en Francia y en Italia, el arbitraje, que históricamente se había considerado un sistema voluntario de solución de los conflictos, se convierte en obligatorio para las compañías de comercio con las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en las que se impone la obligación de incluir en la escritura de constitución de la compañía cláusula de arbitraje para evitar *pleitos largos y costosos, capaces de arruinar a todos*.

Este criterio va a ser recogido por el Código de Comercio de 1929 que, en su art. 286, consideraba mención necesaria de toda escritura constitutiva de sociedad la sumisión a juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, añadiendo el art. 323 que *toda diferencia entre los socios se decidirá por jueces árbitros, háyase o no estipulado así en el contrato de sociedad*. Este criterio de arbitraje forzoso se recoge también en la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas del Comercio de 1830.

Lo que fue discutido era si tal arbitraje forzoso debía ser en derecho o si se admitía el arbitraje en equidad, postura esta última que acaba prevaleciendo en la doctrina e imponiéndose en la práctica, ya que la cláusula más habitual era el sometimiento al arbitraje de amigables componedores que debían resolver, en palabras de DURÁN Y BAS, *como en familia*.

La supresión en Francia del arbitraje forzoso por Ley de 1856 tiene una repercusión casi inmediata en España con el proyecto de Ley Orgánica de los Tribunales de Comercio de 1863, si bien la ley no va a llegar a aprobarse y la Unificación de Fueros de 1868 opta por el mantenimiento del arbitraje forzoso.

La subsistencia del arbitraje forzoso va a ser objeto de discusión con la Ley General de Sociedades de 1869, ya que, aunque no se derogaban los artículos 323 y 345 del Código de 1829 entonces vigente, se establecía una amplísima libertad de pactos y no se hacía referencia al arbitraje como cláusula obligatoria en la escritura de constitución.

En todo caso, las dudas van a ser resueltas por el Código de Comercio de 1885, que prescinde definitivamente del arbitraje forzoso. Ahora bien, aunque no se contemple expresamente, el arbitraje voluntario se considera perfectamente admisible, a falta de prohibición expresa, con base en el principio de libertad de pacto, lo que va a ser reconocido por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias de principios del siglo xx.

rios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo, coordinados por BARONA VILAR, Silvia, Thomson Reuters, 2.ª edición, Pamplona, 2011, páginas 646 a 684.

Durante la primera mitad del siglo xx la situación se torna pacífica y no se plantean grandes cuestiones, ni en la jurisprudencia mayor ni en la doctrina, y el sometimiento voluntario a arbitraje se convierte en una cláusula frecuente en las escrituras de constitución de sociedades. Sin embargo, lo cierto es que su utilización real resulta poco frecuente dada la deficiente regulación legal del arbitraje que solo permitía la intervención judicial para el nombramiento de los árbitros o amigables compondores pero no respecto de cualquier otra cuestión incidental, que debía resolverse a través del correspondiente juicio declarativo, por lo que, en la práctica, solo se recurría al arbitraje cuando todas las partes estaban de acuerdo en formalizar el compromiso respecto del litigio surgido.

Esta situación se va a ver drásticamente modificada en la segunda mitad del siglo xx, con la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y de la Ley por la que se regulan los Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953. Estas dos leyes van a propiciar la aparición de una postura antiarbitral en relación con la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales, lo que constituye, sin ninguna duda, el aspecto nuclear del arbitraje societario.

El origen de esta nueva tendencia se encuentra en la tesis defendida por URÍA, en sus *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*⁵, a partir de la cual los tratadistas van a excluir del arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales por considerar, básicamente, que la imperatividad de las normas societarias excluye la libre disponibilidad, que las partes carecen del derecho de disposición sobre esta materia, que la resolución de este tipo de conflicto produce efectos para todos los accionistas, hayan intervenido o no en la litis, por lo que no puede dejarse en manos de litigantes los derechos ajenos, y porque se considera que el procedimiento para la impugnación de acuerdos del art. 70 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas era un proceso necesario cuya única alternativa sería el ejercicio de la acción ordinaria de nulidad por la vía declarativa.

Esta postura es la que va a ser acogida unánimemente por la doctrina⁶ y consagrada por el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de octubre de 1956, que considera que el procedimiento de impugnación de acuerdos establecido por la Ley de Sociedades Anónimas era un procedimiento especial, totalmente nuevo en nuestro ordenamiento, de derecho necesario por el carácter público y social que lo informa y por tratarse de una materia totalmente sustraída a la libre disposición de las partes y no apta para el arbitraje. Esta doctrina sería refrendada por otras sentencias como las de 27 de enero de 1968, 21 de mayo de 1970 y 15 de octubre de 1971.

⁵ URÍA, Rodrigo y GARRIGUES, Joaquín: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

⁶ Es el caso de RUBIO, BÉRGAMO LLABRES, DE LA CÁMARA, VELASCO ALONSO, FAIREN GUILLÉN, QUIÑONES, DÍAZ SANTE, MAJADA, LEYVA Y ANDÍA y FUENTES CARSI. Todo ellos citados por MUÑOZ PLANAS: obra citada, páginas 448 y 449, nota 114.

Esta posición antiarbitral, en lo que a la impugnación de acuerdos sociales se refiere, se va a mantener de forma monolítica hasta que, desde la perspectiva doctrinal, se producen en 1978 dos hitos fundamentales.

Uno de ellos es el exhaustivo trabajo doctrinal de MUÑOZ PLANAS⁷, que constituye la primera monografía moderna sobre la materia y una referencia obligada para cualquier estudioso de ella. En este trabajo el autor, además de realizar un completo estudio de la evolución histórica, seguida hasta ahora en esta exposición, y del derecho comparado, aborda las principales cuestiones que en aquel momento planteaba el arbitraje societario y, por primera vez tras la ley de Sociedades Anónimas de 1951, pone en tela de juicio la imposibilidad absoluta de someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales.

Para este autor debería diferenciarse según que se trate de sociedades abiertas o cerradas, propugnando para las sociedades cerradas, en concreto para las limitadas y las anónimas familiares, la posibilidad de someter a arbitraje, sea en derecho o en equidad, la validez o no de un acuerdo corporativo calificado de lesivo para el interés social, pero con exclusión de los supuestos en los que la impugnación esté motivada por la infracción de normas imperativas que deban ser calificadas de orden público, como son las predispuestas para tutelar frente a la sociedad los intereses patrimoniales de terceros.

El segundo referente doctrinal es el trabajo de VICENT CHULIÁ sobre la Asamblea General de la Cooperativa⁸, en el que critica la postura mantenida por el Tribunal Supremo en relación con al art. 70 de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas, que califica de *verdadero imperialismo judicial*, y rechaza la ecuación que identificaba las materias indisponibles, excluidas de arbitraje, en función del carácter imperativo de las normas que la regulan. Así, para este autor, las materias indisponibles a las que se refería la Ley de Arbitraje de 1953 eran los derechos irrenunciables, como los de paternidad, tutoría, alimentos y otros similares, pero no toda materia regulada por una norma sustantiva imperativa, considerando que ningún procedimiento o juicio ante Tribunales puede considerarse de Derecho necesario o imperativo y, por tanto, excluyente del arbitraje. Para VICENT CHULIÁ lo que no es admisible es someter a arbitraje de equidad o amigable composición una materia regulada por una norma imperativa, lo que le lleva a excluir la posibilidad de someter a arbitraje de equidad la decisión de si un acuerdo es nulo por contrario a ley.

El trabajo de VICENT CHULIÁ va a dar frutos en el ámbito cooperativista, puesto que la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de

⁷ MUÑOZ PLANAS: José María: «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, 1978, páginas 453 a 461.

⁸ VICENT CHULIÁ, Francisco: «La Asamblea General de la Cooperativa», *Revista Jurídica de Cataluña*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, año LXXVII, número 2, Barcelona, 1978.

1985 admite expresamente el arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales, lo cual será también recogido en otras normas autonómicas y en la ley estatal de cooperativas de 2 de abril de 1987.

Después de estos estudios, la cuestión prácticamente desaparece hasta que en la década de los noventa surgen diversos trabajos doctrinales, especialmente en Cataluña, al amparo del Tribunal Arbitral de Barcelona, en los que sus autores abogan por el arbitraje societario como el medio más adecuado para resolver los conflictos intrasocietarios y estudian aspectos concretos de la institución. Entre esos autores destacan, como especialmente prolíficas, las contribuciones de CAMPOS VILLEGAS⁹, con más de veinte trabajos sobre el arbitraje, varios de ellos, en particular, sobre el arbitraje societario, y de FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁰.

Estos esfuerzos van a tener consecuencias inmediatas. Así, en la tramitación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995, el Grupo Parlamentario popular propuso la introducción de un artículo que regulase expresamente del arbitraje societario. Aunque la enmienda no prosperó, por entenderse que la posibilidad del arbitraje societario se daba por sentada, se trata, sin duda, de una propuesta de regulación realmente interesante y digna en algunos de sus aspectos de ser reconsiderada. El texto propuesto era el siguiente:

«1. *Podrá válidamente pactarse en los estatutos que todas o determinadas cuestiones litigiosas, que puedan surgir entre los socios o entre alguno de ellos y la sociedad, o entre aquéllos y los administradores, o entre éstos o entre los administradores y la sociedad, se someterán a arbitraje, entendiéndose aceptada la cláusula arbitral para los futuros socios y por todos los administradores, al adquirir una participación social o aceptar el puesto.*

2. *Para introducir la cláusula arbitral con posterioridad a la constitución se requiere el consentimiento de todos los socios, sin perjuicio de que pueda establecerse como simple modificación estatutaria respecto a los administradores.*

3. *Si se estableciere la cláusula arbitral, y no se dispusiera otra cosa, se entenderá que se extiende a todos los casos y a todas las personas.*

⁹ CAMPO VILLEGAS, Elías, en particular: «El arbitraje en las sociedades mercantiles», *Revista Jurídica de Cataluña*, año XCVII, número 2, Barcelona, 1998; «El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *Tribunal Arbitral de Barcelona*, número 10, 1998; «Arbitraje y Registro», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Centro de Estudios Registrales, tomo II, Madrid, 1999.

¹⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, entre otros: «Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de los acuerdos sociales», *Revista General del Derecho*, número 609, Madrid, 1995; «¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000», *Anuario de Justicia Alternativa*, Derecho arbitral, año 2001, número 2; «La arbitrariedad de un derecho estatutario de separación pro “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», *Revista de Sociedades*, número 26/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006; «La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 5, septiembre-diciembre, 2017.

4. *El arbitraje comprenderá también los procedimientos especiales y los actos de jurisdicción voluntaria contemplados en esta Ley.*

5. *En los estatutos podrá expresamente establecerse que la sociedad, los socios y los administradores se someten asimismo a arbitraje en sus relaciones con los terceros, siendo esta cláusula vinculante para los primeros.»*

En la misma línea, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su trascendente resolución de 19 de febrero de 1998, admite la inscripción en el Registro Mercantil de una cláusula de arbitraje considerando que la inscripción del convenio arbitral incorporado a los estatutos permite configurar la posición del socio de tal forma que la novación subjetiva de tal posición provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitada a las controversias derivadas de la relación societaria. En realidad, lo que la resolución hace es convalidar la práctica generalizada de incluir en los estatutos cláusulas de arbitrajes que hasta ese momento se inscribían, sin ningún problema, en los registros mercantiles¹¹.

Sin embargo, la Dirección General no resuelve la cuestión de si el arbitraje se puede extender a la impugnación de los acuerdos sociales y se limita a señalar que la inscripción de la cláusula estatutaria no exige una determinación de su objeto, mediante la concreción de qué controversias se han de entender sujetas y cuáles excluidas del arbitraje, pues ello *«supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos y otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlas»*. Ahora bien, aunque la DGRN no resuelve el tema, no deja de señalar que *«la exclusividad de la vía judicial para la impugnación de los acuerdos sociales, si bien goza de un reiterado respaldo jurisprudencial, está pendiente de confirmación tras las últimas reformas legales, tanto de la legislación de arbitraje como de la societaria, y hoy día es doctrinalmente cuestionada en base a diversos argumentos.»*

Y el Tribunal Supremo, en una muy conocida sentencia de 18 de abril de 1998, en la que fue ponente Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, con base en la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988 y a las reformas legales en la legislación de sociedades, modificando la doctrina jurisprudencial iniciada con la sentencia de 27 de enero de 1968, regresa al criterio establecido en las sentencias de 26 de abril de 1905 y 9 de julio de 1907, admitiendo la posibilidad de someter a arbitraje la nulidad de la Junta general y la impugnación de acuerdos sociales. El Tribunal Supremo en esta sentencia confirma expresamente el criterio sentado por la RDGRN de 19 de febrero de 1998 sobre validez e inscribibilidad de la cláusula estatutaria de arbitraje, afirmando que tales cláusulas tienen *«una antigua raigambre y una constante y extendidísima práctica, con fórmulas muy semejantes entre sí, que*

¹¹ MUÑOZ PLANAS, en su trabajo citado, señala que, en 1978, en el Registro Mercantil de Oviedo esta cláusula aparecía incorporada a casi todas las escrituras de sociedades personalistas y a un alto porcentaje de estatutos de limitadas y anónimas familiares. FERNÁNDEZ DEL POZO corrobora este dato al señalar que en 1995 en el Registro Mercantil de Barcelona el 76 % de los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada incluían una cláusula arbitral en sus estatutos.

llegan a ser verdaderas cláusulas de estilo». En cuanto a la cuestión principal, «la Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tiene en cuenta varios argumentos. La impugnación de los acuerdos sociales está regida por normas de ius cogens, pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos; no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se refiere a la jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje».

Todo lo anterior va a propiciar una postura claramente favorable al arbitraje societario, lo cual tiene reflejo legal en diversas disposiciones. En particular, se hace referencia a las cláusulas estatutarias de arbitraje en la legislación sobre cooperativas, en los Estatutos orientativos de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, aprobados por Orden del Ministerio de Justicia de 4 de junio de 2003, en los artículos 114.2.c y 175.2.c del Reglamento del Registro Mercantil, tras su reforma por Real Decreto de 9 de febrero de 2007, y en el artículo 18 de la Ley de Sociedades Profesionales, de 15 de marzo de 2007.

Se despeja así la senda del arbitraje societario, aunque son muchos los problemas que se plantean, más cuando, sorprendentemente, la ley de arbitraje de 23 de diciembre de 2003 no consideró necesario un tratamiento especial de la cuestión y no hace ninguna referencia expresa a la materia.

Ello hace que en los primeros años del siglo XXI se propicie un auténtico aluvión de estudios sobre la materia en revistas científicas, libros-homenaje, comentarios a la ley, monografías y hasta alguna tesis doctoral. Las cuestiones que se plantean son múltiples y, por lo general, bastante coincidentes, siendo especialmente polémicas las relativas a la idoneidad del arbitraje en equidad, el alcance y las personas obligadas por la cláusula estatutaria, la arbitrabilidad de los acuerdos anulables, nulos o contrarios al orden público, la necesidad de unanimidad o mayoría cualificada para introducir la cláusula de arbitraje mediante modificación estatutaria y otras muchas cuestiones.

Toda esta discusión va a hacer que el arbitraje societario merezca, por fin, un tratamiento legal específico, introduciendo la Ley de 20 de mayo de 2011 los arts. 11 bis y 11 ter en la ley de arbitraje de 2003:

«Artículo 11 bis. Arbitraje estatutario.

1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.

2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.

3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

Artículo 11 ter. Anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles.

1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto.

2. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.»

La reforma tiene como principal virtud el que deja establecida con claridad la posibilidad de someter a arbitraje todas las cuestiones societarias, incluyendo la impugnación de todos los acuerdos sociales, sin distinciones, aunque lo haga refiriéndose solo a las sociedades de capital y omitiendo las personalistas. Pero lo cierto es que la nueva regulación plantea más dudas de las que resuelve, lo que va a propiciar otro nuevo aluvión de estudios doctrinales¹² en los que se abordan las cuestiones clásicas desde la perspectiva de la nueva normativa y nuevos problemas, que se convierten en recurrentes, como la constitucionalidad de la norma que permite la introducción vía modificación estatutaria por acuerdo mayoritario de la cláusula de arbitraje o la necesidad de elevación a público del laudo para su inscripción.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la reforma del régimen de impugnación de acuerdos sociales contenido en los arts. 204 y ss. de la ley de Sociedades de Capital, por ley de 4 de diciembre de 2014, que prescinde de la distinción entre acuerdos nulos y anulables, lo cual puede tener relevancia respecto a la tradicional discusión sobre cuáles son los acuerdos sociales susceptibles de arbitraje.

¹² Las principales obras aparecen reseñadas en la bibliografía.

Y, como último hito en esta reseña histórica, hay que citar el borrador de Anteproyecto de Código de Comercio, elaborado en 2014 por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, en el que se incluye una propuesta de regulación del arbitraje societario, contenida en el artículo 213-20, cuyo tenor es el siguiente:

«Arbitraje estatutario.

1. Salvo en el caso de las sociedades cotizadas, los estatutos podrán establecer que las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellos contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o por administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores o contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria se resolverán mediante arbitraje de Derecho por uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

2. En las sociedades personalistas, la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el consentimiento de todos los socios; en las sociedades de capital, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales o a las acciones en que se divida el capital social.»

La cuestión más debatida respecto a esta propuesta de regulación, una vez más, ha sido la relativa a la introducción de la cláusula arbitral mediante modificación estatutaria¹³, pero creo que también son de gran relevancia, y en mi opinión bastante discutibles, como se estudiará a continuación, las propuestas de prohibición del arbitraje de equidad y la imposición del arbitraje institucional para todos los conflictos societarios.

III. CLASES DE ARBITRAJE

Entre las diversas clases de arbitraje existentes tiene singular relevancia respecto del societario la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad, por un lado, y entre arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc*, por otro.

¹³ Al respecto: OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «La ley de Arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil», y PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Arbitraje estatutario», ambos en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, dirigido por María José MORILLAS, Pilar PERALES VISCASILLAS y Leopoldo José PORFIRIO CARPIO, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

1. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

El arbitraje de equidad ha sido una figura tradicional en el ámbito societario y era frecuente que los *jueces de albedrío*, a los que se refería las Partidas (Ley 2, título 4, partida 3), o las *personas prácticas*, contempladas por las Ordenanzas de Bilbao, no fuesen juristas sino *amigables componedores* que actuaban en equidad, buscando la solución más adecuada a cada caso.

Como explica MUÑOZ PLANAS¹⁴, la discusión sobre si el arbitraje societario debía ser siempre un arbitraje de derecho o podría ser también de equidad fue especialmente intensa con el Código de Comercio de 1829, que hacía referencia a «jueces árbitros». Finalmente, la solución favorable al arbitraje de equidad no solo acabó prevaleciendo en la doctrina y en la jurisprudencia, sino que también se impuso en la práctica, señalando DURÁN Y BAS que el nombramiento de amigables componedores, que debían resolver *como en familia* las cuestiones entre socios, acabó siendo casi el único arbitraje utilizado.

Modernamente, la posibilidad del arbitraje societario de equidad, especialmente cuando se trata de la impugnación de acuerdos sociales, ha sido discutida por considerar muchos autores que se trata de una cuestión de legalidad en la que no queda ámbito para la equidad. Así, TARRÍO BERJANO¹⁵, tras indicar que nada en la ley excluye esta posibilidad, señala que *la mayoría de los autores (CAMPO VILLEGAS, PERALES VISCASILLAS, RODRÍGUEZ ROBLERO, GALLEGO SÁNCHEZ) considerando que las sociedades de capital son creaciones de la ley y que la materia societaria y las controversias que se suscitan en su ámbito son naturaleza esencialmente jurídica no considera aconsejable dicha opción.*

De hecho, la exclusión del arbitraje societario de equidad se contemplaba en el borrador del Anteproyecto de la Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje de 19 de febrero de 2010, que exigía que el arbitraje estatutario de la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital fuera de derecho¹⁶.

Sin embargo, esta propuesta no prosperó y los arts. 11 bis y 11 ter LA no contienen ninguna referencia al respecto, por lo que habrá que estar a la regla general del art. 34 de la Ley de Arbitraje, de tal forma que los árbitros decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. Por tanto, hoy en día, parece que no cabe dudar de la posibilidad de arbitraje societario de equidad y así lo han admitido expresamente varias sentencias de Audiencias¹⁷.

¹⁴ MUÑOZ PLANAS, José María: «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Cívitas, 1978, pág.393.

¹⁵ TARRÍO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinado por Carlos GONZÁLEZ-BUENO, Consejo General del Notariado, 2014, página 300.

¹⁶ De hecho, tal borrador era claramente contrario, en general, al arbitraje de equidad, ya que también incorporaba una propuesta de modificación del art. 34 de la ley de arbitraje, limitando la posibilidad del arbitraje de equidad a los arbitrajes internacionales.

¹⁷ Al respecto: DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: «Comentarios al artículo 11 bis» en *Comentarios*

Sin embargo, la polémica renace con el Anteproyecto de Código de Comercio elaborado en 2014, en el que se propone una regulación en la que el arbitraje societario necesariamente y en todos los casos debe ser de derecho.

Esta propuesta ha sido criticada, con acierto en mi opinión, por PERALES VISCASILLAS¹⁸, para quien *«la supresión del arbitraje de equidad en el arbitraje estatutario resulta incoherente con la subsistencia del arbitraje de consumo en equidad y con la regulación del arbitraje en el ámbito internacional. Su eliminación implica desaparición de una institución de gran tradición en nuestro sistema jurídico al haber sido la regla general hasta la Ley 60/2003 y que además goza de absoluto respaldo a nivel internacional especialmente en la Ley Modelo CNUDMI (art. 28), interfiriendo de forma grave en el principio de autonomía de voluntad de las partes»*. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁹, modificando su criterio anterior, considera que el arbitraje de equidad, *«sobre todo, puede servir para encontrar más adecuados —“equitativos”— remedios a la situación permanente de conflicto interno entre socios»*.

En mi opinión, el arbitraje de equidad no solo debe mantenerse, sino que es altamente aconsejable, ya que constituye el sistema de arbitraje más adecuado para resolver los conflictos societarios, muy especialmente cuando versan sobre impugnación de acuerdos sociales. La simple declaración de la nulidad de un acuerdo social y, en su caso, de todos los posteriores que de él traigan causa puede resultar en la práctica de imposible aplicación, constituir una nueva fuente de interminables conflictos e, incluso, llevar a la sociedad a una situación mucho más difícil de aquella en la que se encontraba. Solo a través del arbitraje de equidad es posible que los árbitros busquen soluciones justas y, por qué no, imaginativas, adaptadas a la realidad social y empresarial, que permitan la subsistencia de la sociedad en las mejores condiciones, consigan el mejor equilibrio posible de los diversos intereses en juego y eviten que el conflicto se cierre en falso²⁰.

a la Ley de Arbitraje, coordinados por Lorenzo PRATS ALBENTOSA, La Ley, Wolters Kluwer, 2013, pág. 352.

¹⁸ PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Arbitraje estatutario», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, dirigido por María José MORILLAS, Pilar PERALES VISCASILLAS, página 776.

¹⁹ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La arbitrariedad de un derecho estatutario de separación pro “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», *Revista de Sociedades* número 26/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

²⁰ Como señalan GONZÁLEZ-BUENO y AZUARA FERNÁNDEZ, el arbitraje de equidad no solo proporciona mayor libertad al árbitro a la hora de resolver la controversia según su leal saber y entender, sino que supone también mayor libertad a la hora de redactar el laudo, puesto que las razones de justicia material pueden llevar al árbitro a prescindir de ciertas reglas de carácter formal e institucional y, en particular, propician una flexibilización del principio de congruencia, lo que permite que el árbitro *«module de alguna forma su respuesta haciendo uso de la razón y la equidad con el objeto último de dar respuesta a la controversia planteada de la forma más equitativa posible»*; en GONZÁLEZ-BUENO, Carlos y AZUARA FERNÁNDEZ, Luis: «Garantías procesales en el arbitraje de equidad», *La Ley mercantil* n.º 35, abril 2017, núm. 35, Editorial Wolters Kluwer.

Son muchos los ejemplos que la realidad nos ofrece. Es digno de resaltar el caso que dio lugar a uno de los más conocidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el arbitraje societario, la STC de 17 de enero de 2005, en el que los árbitros, actuando en equidad, ante una situación de abuso por parte de la mayoría en perjuicio de la minoría, no se limitaron a declarar nulos determinados acuerdos sociales, sino que atribuyeron a los socios perjudicados un derecho de separación, distinto al legalmente previsto, condenando a la sociedad a comprar las acciones por un precio determinado con la consiguiente reducción de capital social, extremos todos ellos que serían harto discutibles si el arbitraje fuese estrictamente de derecho²¹.

Otro supuesto similar es el de la sentencia de Tribunal de Casación Francés de 6 de junio de 1999²², en la que se discute si la sentencia por la que se declare la nulidad de un acuerdo social decidiendo la aplicación de todos los beneficios del ejercicio a reservas debe limitarse a declarar tal nulidad, como parece que sería procedente en el arbitraje de derecho, o puede imponer el reparto de una determinada cuantía de beneficios, lo que parece admisible en el arbitraje de equidad.

En realidad, también en los arbitrajes de derecho relativos a la posible nulidad de acuerdos sociales parece claro que debe admitirse un mayor grado de discrecionalidad por parte de los árbitros respecto de los que es normal en otros ámbitos del arbitraje. Hoy es doctrina unánime la especialidad de la nulidad en el ámbito mercantil y, muy especialmente, en el de las sociedades, en el que las propias leyes de sociedades de capital y de modificaciones estructurales establecen una regulación específica de los efectos de la nulidad en supuestos como la nulidad de la misma sociedad. Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, las categorías civiles de la nulidad, y de sus efectos, no son directamente trasladables al ámbito societario, en el que deben extremarse la prudencia y la flexibilidad²³. En este sentido, la RDGRN de 3 de julio de 2019 señala que en el ámbito societario *«la declaración de nulidad de los acuerdos sociales no tiene siempre los radicales efectos previstos en el orden civil pues, además de los intereses de las partes del negocio, entran en juego otras consideraciones igualmente merecedoras de amparo, como son la conservación de la empresa y la salvaguardia del principio de seguridad jurídica»*, añadiendo la resolución que la protección del tráfico mercantil impone que *«en caso de nulidad la posición de los terceros deba ser respetada»*.

Todo ello hace que en el arbitraje societario de derecho la actuación de los árbitros al declarar la nulidad sea, en cierta forma, próxima a la del arbitraje en equidad, ya que los árbitros deberán adaptar las categorías tradicionales, propias

²¹ Esta sentencia es estudiada por FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La arbitrariedad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», obra citada.

²² Citada por FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis en la obra referida en la nota anterior.

²³ En particular son significativas al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo y 2 noviembre de 2001, 12 de junio de 2008 y 23 de febrero de 2012.

del ámbito civil, reservando la nulidad radical para los casos más graves, y matizar y modular, según su buen saber y entender, los efectos de la nulidad por ellos declarada en los casos en los que tales efectos, a diferencia de lo que ocurre con la constitución de la sociedad y con la fusión, no hayan sido legalmente regulados.

Lo que ocurre es que en el arbitraje de derecho el grado de necesaria discrecionalidad con el que deben actuar los árbitros a la hora de apreciar y modular los efectos de la nulidad siempre estará indeterminado y puede ser una nueva fuente de conflictos, lo que sería claramente contraproducente. Si un cierto margen de discrecionalidad debe necesariamente existir, parece mucho más acertado reconocerlo así desde el principio, atribuyendo expresamente a los árbitros la facultad de decidir en equidad, lo que les permitirá buscar la solución más justa y más adecuada a las necesidades de la sociedad, de la empresa, del tráfico y de la seguridad jurídica, sin tener que preocuparse por la amenaza de una difusa pero posible extralimitación en sus funciones que pueda hacer que el arbitraje se cierre en falso, perpetuándose el conflicto en la vía jurisdiccional, que, en definitiva, es lo que con el arbitraje se pretende evitar.

Y, en mi opinión, en contra de lo que muchas veces se ha defendido, el orden público, la existencia de normas imperativas o la complejidad de la regulación a aplicar, al igual que no son argumentos válidos para rechazar la arbitrabilidad de un determinado ámbito del Derecho, no pueden servir para excluir el arbitraje societario de equidad.

En la discusión histórica, hoy superada, sobre la posibilidad de arbitraje relativo a la impugnación de acuerdos sociales, ha quedado claramente establecido, como luego se verá, que el respeto al orden público y a la imperatividad de las normas, existentes en absolutamente todos los ámbitos de la vida jurídica, no permite excluir la autonomía de la voluntad ni la libre disponibilidad de una materia ni, por ende, su arbitrabilidad, aunque, por supuesto, el ejercicio de esa autonomía de la voluntad y de la facultad de libre disposición deba hacerse con estricto cumplimiento de los límites marcados por las normas imperativas y el orden público. Y no creo que exista inconveniente para trasladar ese planteamiento a la posibilidad de que el arbitraje sea de derecho o de equidad, puesto que en ambos casos los árbitros deben respetar, estricta y escrupulosamente, en sus laudos y en todas sus actuaciones, las normas imperativas y el orden público.

No parece razonable entender que el arbitraje de equidad implique que los árbitros puedan ignorar las normas imperativas o violar el orden público, por lo que la existencia de normas de tal naturaleza, presentes incluso en los ámbitos en los que la autonomía de la voluntad tiene más relevancia, como es el contractual, no puede llevar a desaconsejar o a prohibir una institución tan útil y tradicional como el arbitraje de equidad.

Lo que el arbitraje de equidad permite es que los árbitros, siempre respetando la legalidad vigente y dentro del ámbito que las normas imperativas dejan a la

autonomía de la voluntad, puedan resolver el conflicto buscando la solución mejor y más justa para cada caso, teniendo en cuenta todos los intereses en juego y yendo más allá de lo que es la aplicación mecánica de unas normas que muchas veces no habrán contemplado el caso debatido o no habrán previsto todas las consecuencias que pueden derivarse de su aplicación práctica.

Cuestión distinta es que la gran complejidad del régimen jurídico societario, cuyas normas imperativas en toda caso habrá de respetarse, y la gran cantidad de cuestiones técnicas que pueden plantearse exijan que los árbitros, sean de derecho o de equidad, conozcan con suficiencia y en profundidad el régimen jurídico que deben aplicar y los límites de las soluciones que pueden imponer, pero eso es algo que atañe a la preparación de los árbitros y no a su forma de actuación ni a la esencia del arbitraje.

Creo, en consecuencia, que lo razonable no es prohibir el arbitraje de equidad, sino que parece mucho más lógico mantener la posibilidad de optar por uno u otro sistema, incluso aconsejando el de equidad, pero con una especialidad: que el árbitro que deba resolver, en derecho o en equidad, las cuestiones societarias sea siempre un jurista que conozca el complejo régimen legal que debe, en todo caso, aplicar y respetar. Incluso, siendo tres o más los árbitros, me parece razonable exigir que la mayoría o, al menos, uno de ellos sea jurista experto en la materia societaria.

Creo que tal medida sería útil y digna de ser tenida en cuenta en una posible reforma de la regulación del arbitraje societario. Incluso, sin necesidad de ninguna reforma legal, es perfectamente posible que el requisito de que el árbitro único o la mayoría de los árbitros, si son varios, sean juristas, sea introducido en los reglamentos de las instituciones arbitrales que se vayan a encargar de administrar estos arbitrajes, puesto que la exigencia de la condición de jurista del árbitro único, o de uno de los árbitros si son varios, impuesta por el art. 15.1 de la Ley 60/2003 exclusivamente para el arbitraje de derecho, deja a salvo el *acuerdo en contrario de las partes*, acuerdo que permite suprimir ese requisito, pero también reforzarlo, ampliarlo o extenderlo al arbitraje de equidad.

2. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional

Parece claro que la reforma introducida en la Ley de Arbitraje por la ley 11/2011 pretendía imponer el arbitraje institucional cuando el objeto de arbitraje societario sea la impugnación de acuerdos sociales. Tal sería la voluntad del legislador si se atiende a la exposición de motivos que señala que «*el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de los acuerdos sociales, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral*».

Sin embargo, el legislador no estuvo muy afortunado a la hora de plasmar esta voluntad en el texto legal, ya que el art. 11 bis.3 establece que: «*Los estatutos*

sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

La deficiente regulación y, en particular, el carácter potestativo del primer verbo utilizado, *podrán*, lleva a VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO²⁴ a considerar que la ley no impone el arbitraje institucional ni excluye el arbitraje *ad hoc* cuando el objeto del arbitraje sea la impugnación de acuerdos sociales, sino que se limita «a favorecer el arbitraje institucional al señalar su posibilidad expresamente, pero no por eso obliga al mismo ni veta otro tipo de arbitraje. Se limita a señalar un camino. Pero permite otros».

Esta interpretación ha sido seguida por otros autores, como GONZÁLEZ NAVARRO²⁵, para quien «los términos del precepto contenido en el artículo 11 bis.3 de la Ley de Arbitraje no pueden entenderse suficientes para excluir de manera absoluta el denominado arbitraje *ad hoc* para la resolución de controversias sobre impugnación de acuerdos sociales», o MERINO MERCHÁN Y CHILLÓN MEDINA²⁶.

En mi opinión, aunque la voluntad del legislador, a la luz de la Exposición de Motivos, fuese clara, lo cierto es que la norma legal es lo suficientemente ambigua como para permitir una interpretación conforme con el espíritu y los principios generales de la Ley de Arbitraje, en la que prevalece el principio de autonomía de la voluntad en materia de designación de árbitros y elección del tipo de arbitraje, sin que en ningún momento se considere el arbitraje institucional de mejor condición que el arbitraje *ad hoc* ni se imponga el primero, y se excluya el segundo, para ningún otro supuesto.

A falta de una prohibición expresa, no creo que pueda entenderse excluido el arbitraje que no sea institucional ni nula una cláusula estatutaria que no prevea este tipo de arbitraje para la impugnación de acuerdos sociales o que no designe la institución que habrá de encargarse de la administración del arbitraje o de la designación de los árbitros.

Sin embargo, esta interpretación no es la defendida por la doctrina mayoritaria, ya que son muchos los autores que interpretan el art. 11 bis. 3 considerando que esta norma impone la obligación de acudir al arbitraje institucional, con nombramiento de los árbitros por la institución arbitral, siempre que el objeto del

²⁴ VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, Miguel: «La reforma de la ley de arbitraje: aspectos notariales y registrales», en *El Notario del Siglo XXI*, número 38, julio-agosto 2011, Colegio Notarial de Madrid.

²⁵ GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: «¿Cuáles son las condiciones de validez de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no institucional?», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 40, enero-junio 2013, páginas 321 a 324.

²⁶ MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José María: «Tratado de Derecho Arbitral», Thomson Reuters, 4.ª edición, 2014, páginas 319 y 320.

arbitraje sea la impugnación de acuerdos sociales. En este sentido se manifiestan, entre otros, OLAVARRÍA IGLESIA²⁷, DE ÁNGEL YANGÜEZ²⁸, TARRÍO BERJANO²⁹ y OLIVENCIA RUIZ³⁰.

En esta línea, en el Anteproyecto de Código Mercantil, manteniendo, curiosamente, una redacción muy similar a la utilizada en el art. 11 bis 3, que tantos problemas interpretativos ha dado, se propugna la extensión del arbitraje institucional a todos los supuestos de arbitraje societario.

En realidad, la cuestión no es baladí, sino que, muy al contrario, tiene una gran trascendencia en la práctica, ya que puede constituir uno de los principales obstáculos para que se generalice la inclusión de cláusulas de arbitraje en los estatutos de las sociedades en el momento de su constitución.

Aunque, como acabo de exponer, la cuestión puede ser dudosa, la interpretación más extendida en la práctica es que la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje, si se quiere incluir la impugnación de acuerdos sociales, que es la cuestión más importante, sin la cual estas cláusulas pierden gran parte de su utilidad, debe contener la designación de una institución arbitral que se encargue de la administración del arbitraje y de la designación de los árbitros³¹.

Y es aquí donde surgen los principales problemas, por lo menos cuando se trata de pequeñas o medianas sociedades, que son la inmensa mayoría, ya que la experiencia diaria demuestra que quienes constituyen una sociedad en lo que menos están pensando es en cómo resolver los hipotéticos conflictos que en un futuro, que en ese momento parece muy lejano, se puedan plantear. Cuando se les explica a esas personas la conveniencia de introducir una cláusula arbitral, suelen prestar cierta atención, pero cuando se les insta a elegir una institución arbitral, dentro de las múltiples existentes, lo normal es que esos socios, deseosos de empezar su andadura empresarial, pierdan interés en el asunto y en el momento en que se les

²⁷ OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo*, coordinado por Silvia BARONA VILLAR, Cívitas, Thomson Reuters, 2.ª, 2012, páginas 691 y 692.

²⁸ DE ÁNGEL YANGÜEZ, Ricardo: «Comentarios al artículo 11 bis», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra citada, páginas 363 y 364.

²⁹ TARRÍO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», obra cit., página 289.

³⁰ OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Actualizados conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003*, coordinados por Julio GONZÁLEZ SORIA, Aranzadi, Thomson Reuters, 2.ª edición, 2011, páginas 178 y 179.

³¹ De hecho, en este sentido están redactadas las cláusulas de sometimiento a arbitraje societario propuestas por las distintas instituciones arbitrales existentes en nuestro país, aunque ello es lógico puesto que el objetivo de todas ellas es la designación de la institución proponente como encargada de administrar el arbitraje.

informa de que la cláusula en cuestión es altamente aconsejable pero totalmente potestativa optan, en la mayor parte de los casos, por prescindir de ella.³²

Por todo ello, estimo muy conveniente que se aclarase la cuestión y, mientras tanto, hasta que no se reforme la ley o se consolide una interpretación jurisprudencial, lo más prudente es realizar una interpretación flexible y finalista del art. 11 bis que facilite la introducción de las cláusulas estatutarias de arbitraje y garantice su eficacia en el futuro incluso en sus versiones más simplificadas, que son las que mayor éxito pueden tener.

Y aunque se mantenga la interpretación más estricta de la norma, la que estima que solo es posible en estos casos el arbitraje institucional, no creo que pueda defenderse que la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje deba contener necesariamente, como requisito de validez, la designación nominal de la institución arbitral a la que se encomiende la administración del arbitraje y la designación de los árbitros. No tendría sentido dejar sin efecto la cláusula arbitral por el hecho de que la designación de la institución arbitral sea defectuosa, de manera que no sea posible conocer con certeza cuál es la institución que se ha querido designar, porque la entidad designada haya desaparecido ni, en general, porque falte tal designación.

El art. 11 bis 3 no exige en ningún momento la designación de una institución arbitral y se limita a exigir, o a aconsejar para otros autores, que se encomiende la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral, pero no impone que tal encomienda se realice nominalmente en el momento de la aprobación de los estatutos que contienen la cláusula de sujeción a arbitraje de los conflictos societarios futuros ni supedita a tal designación la eficacia de la cláusula.

Es cierto que el art. 14 de la Ley de Arbitraje, aunque tampoco lo diga expresamente, parece exigir, cuando se pretende acudir al arbitraje institucional, que sean las partes las que elijan la entidad a la que quieren encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros, ya que no contempla un sistema subsidiario de designación de la entidad. Esta regla sería congruente con el supuesto general contemplado en la ley en el que el arbitraje institucional es una especialidad por la que las partes pueden optar, con carácter voluntario, de tal forma que parece lógico que la decisión de recurrir a tal arbitraje institucional deba ir acompañada de la designación de la concreta institución elegida. Ahora bien, cuando la necesidad del arbitraje institucional viene impuesta por la ley, como ocurriría con el art. 11 bis 3 en su interpretación más estricta, la falta de designación de la institución a la que se va a encargar el arbitraje, o la existencia

³² Y la verdad es que esta pereza intelectual, que lleva a la máxima simplificación, no es monopolio de los fundadores de sociedades, sino que también afecta al legislador. Como prueba basta con comparar los primeros estatutos orientativos, los que en 2003 se aprobaron para la Sociedad Limitada Nueva Empresa, y los posteriores modelos oficiales de estatutos tipo que se han publicado que tienden a prescindir de toda alusión al arbitraje.

de algún defecto en la designación, no debería propiciar la nulidad de la cláusula, sino que parece más prudente acudir al sistema subsidiario de designación de árbitros previsto por el art. 14 de tal forma que, en tales casos, la designación de la institución que administre el arbitraje la realice el tribunal competente.

Incluso, creo que la cláusula estatutaria será válida siempre que de ella pueda deducirse que se ha querido incluir en el objeto del arbitraje la impugnación de acuerdos sociales, sin necesidad de referencia expresa alguna al carácter institucional del arbitraje, puesto que tal carácter, en la interpretación estricta del art. 11 bis 3 que estamos analizando, sería una consecuencia de la propia regulación legal.

De esta forma, cualquiera que sea la interpretación del art. 11 bis 3 que se siga, se salvaguardaría la validez de las cláusulas estatutarias, que deben ser interpretadas en el sentido más apropiado para que produzcan efectos, y se relevaría a los socios de la obligación de tener que elegir la institución arbitral en el momento de la constitución de la sociedad, obligación que, como se ha señalado, en muchos casos se convierte en una carga que impide la proliferación de este tipo de cláusulas.

Por otra parte, creo que no cabe duda de que, aun con la interpretación más estricta posible del art. 11 bis 3, conservarán su validez las cláusulas estatutarias de sometimiento a arbitraje anteriores a la reforma de 2011 que, sin designar institución arbitral, incluyan la impugnación de acuerdos sociales, puesto que, como ya se ha señalado, tal posibilidad estaba totalmente consagrada sin necesidad de un expreso pronunciamiento legal y no parece que una posible falta de adaptación a la nueva regulación deba llevar a defender su ineficacia. De hecho, la inmensa mayoría de las cláusulas estatutarias no contemplan el carácter institucional del arbitraje y, en particular, como señala OSORIO ITURMENDI³³, de las tres sociedades cotizadas que incluyen cláusula de arbitraje en sus estatutos solo una encomienda su administración y la designación de los árbitros a una institución arbitral.

Ahora bien, ya se considere que cabe el arbitraje *ad hoc* o se estime que el arbitraje debe ser institucional pero pudiendo suplirse la falta de designación nominal de la institución arbitral por la intervención judicial, parece prudente realizar una interpretación del art. 15 de la Ley de Arbitraje adaptada a las especialidades del arbitraje societario cuando su objeto sea la impugnación de acuerdos sociales, puesto que de éste pueden derivar situaciones complejas, con muchos y diversos intereses en juego, y no parece muy adecuado que, a falta de previsión expresa en los estatutos, la elección de los árbitros, o la de la institución arbitral, según la interpretación que se prefiera, se someta en cada caso, una vez surgido el conflicto, a la sola voluntad del impugnante y de la sociedad, prescindiendo de otros

³³ OSORIO ITURMENDI, Lucas: «El arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas», en *Liber Amicorum Gonzalo Jiménez Blanco*, dirigido por María José MENÉNDEZ ARIAS, coordinado por José Ramón DEL CAÑO PALOP, JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, RAFAEL MÍNGUEZ PRIETO y Lucas OSORIO ITURMENDI, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018.

posibles interesados en el resultado del arbitraje a los que, aunque no intervengan en él, se les impondría la decisión que se adopte.

Como señala DÍAZ MORENO³⁴, en la exigencia legal del art. 11 bis, lo importante no es tanto que el arbitraje sea *ad hoc* o administrado como la forma o el sistema de nombramiento de los árbitros, ya que la eficacia de cosa juzgada que tendrá el laudo respecto de todos los socios y la posibilidad, estudiada por dicho autor con acierto y detalle como más adelante se verá, de que los socios puedan incorporarse a un arbitraje no iniciado por ellos, por aplicación de una regla de preclusión equivalente a la prevista en el art. 400 LEC, exigen que el nombramiento de los árbitros se encomiende a un tercero independiente que no necesariamente tendría que ser una institución arbitral.

Por ello, para evitar, como alerta DÍAZ MORENO, que la elección de los árbitros por acuerdo de los litigantes iniciales, afecte al derecho de los restantes socios a participar en el proceso de nombramiento de árbitros, viéndose «*forzados a defender sus intereses ante árbitros nombrados por otros litigantes sin su consentimiento ni intervención*»³⁵, parece lógico entender que la designación de los árbitros o de la institución arbitral, si su intervención se considera necesaria, cuando no hayan sido designados inicialmente en la propia cláusula estatutaria, no podrá hacerse ya por acuerdo entre demandante y demandado, sino que habrá que acudir necesariamente, en todos los casos, a la designación judicial. Y si lo que procediese fuese la designación de tres árbitros parece razonable prescindir de la intervención de las partes prevista en el art. 15.1 b) y proceder directamente a la designación de todos los árbitros por el tribunal, en términos similares a los previstos en el art. 15.1.c) para los supuestos en los que deban nombrarse más de tres árbitros.

IV. ÁMBITO OBJETIVO DEL ARBITRAJE SOCIETARIO

1. Impugnación de acuerdos sociales

La fórmula utilizada por el art. 11 bis para delimitar la materia susceptible de arbitraje societario es amplísima, puesto que el apartado primero se limita a señalar que «*las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen*» sin realizar exclusión o limitación alguna. Y el apartado

³⁴ DÍAZ MORENO, Alberto: «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje administrado (alcance, lógica e implicaciones de una relación controvertida)», en *Revista de Derecho de sociedades*, número 50 (mayo-agosto 2017) y «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado en caso de que estatutariamente se someta a la decisión de árbitros la impugnación de los acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, dirigido por María Belén GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Amanda COHEN BENCHETRIT, coordinado por Eugenio OLMEDO PERALTA y Antonio F. GALACHO ABOLAFIO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, páginas 1531 a 1564.

³⁵ DÍAZ MORENO, Alberto: «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado en caso de que estatutariamente se someta a la decisión de árbitros la impugnación de los acuerdos sociales, obra citada», páginas 1557 y 1558.

tercero se refiere a la impugnación de acuerdos sociales sin hacer tampoco ninguna exclusión.

El Anteproyecto de Código de Comercio recoge una solución igualmente amplia y permisiva, pero, quizás para evitar posibles dudas, opta por una enumeración más explícita al referirse a *«las controversias o conflictos que se susciten en la interpretación y en la aplicación de las normas en ellas contenidas, las impugnaciones de los acuerdos sociales por socios o administradores, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad o por los socios contra los administradores o liquidadores y contra quienes hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones y cualesquiera otros conflictos de naturaleza societaria»*.

La doctrina realiza una interpretación amplísima en esta materia, considerando que cualquier conflicto, incluso aunque no se trate de una controversia en sentido estricto, que se plantee en el seno de la sociedad y que afecte a ésta, a los socios o a sus órganos puede ser objeto de arbitraje. Así, MERINO MERCHAN³⁶ se refiere a la impugnación de acuerdos del consejo de administración, a la disolución de la sociedad, a la fusión y escisión y a la responsabilidad social de los administradores. Y TARRIO BERJANO³⁷ menciona los conflictos relativos a aportaciones dinerarias o no dinerarias, su desembolso, dividendos pasivos, prestaciones accesorias, acuerdos de Junta general, acuerdos del Consejo de administración, aprobación de cuentas, derecho de los socios, responsabilidad de los administradores, convocatoria de órganos sociales, modificaciones estructurales, separación y exclusión de socios y valoración de transmisión de acciones o participaciones.

Lo que se podría discutir es si es necesaria la inclusión en la cláusula estatutaria de una referencia expresa a la impugnación de los acuerdos sociales o si tal posibilidad puede deducirse implícitamente de una delimitación genérica del objeto del arbitraje. La solución puede resultar condicionada por la interpretación que se dé al art. 11 bis 3, en línea con lo expuesto sobre la obligatoriedad o no del arbitraje institucional. Si se entiende que tal norma tiene carácter potestativo, limitándose a destacar una opción dentro de varias posibles, parece razonable entender que la impugnación de acuerdos sociales puede considerarse incluida en fórmulas omnicomprensivas como, por ejemplo, la que, en línea con el primer apartado del art. 11 bis, se limite a señalar que todos los conflictos societarios se resolverán por arbitraje, puesto que no cabe duda de que la impugnación de acuerdos sociales constituye un conflicto societario. Si, por el contrario, se entiende que la impugnación de los acuerdos sociales es una modalidad del arbitraje societario, regulada con carácter especial en el tercer apartado del art. 11 bis, y sometida a un requisito específico como es el carácter institucional del arbitraje, quizás sea más lógico entender que resulta necesaria una mención, más o menos

³⁶ MERINO MERCHAN, José Fernando: «Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011», obra citada.

³⁷ TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», obra citada, páginas 292 y 293.

expresa, a la impugnación de acuerdos sociales para que esta quede incluida en el objeto del arbitraje.

Otra cuestión polémica es si es susceptible de arbitraje toda impugnación de acuerdos sociales, entendiendo algunos autores que quedarían excluidos los acuerdos nulos por violación del orden público, puesto que estas materias no son de libre disposición y, por tanto, están fuera de la materia arbitrable por aplicación del art. 2 de la Ley de Arbitraje, que solo considera susceptible de arbitraje *«las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho»*.

Este planteamiento encuentra apoyo en las citadas STS de 18 de abril de 1998 y RDGRN de 19 de febrero de 1998 que, aunque admitieron la posibilidad de someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales, contemplaban la posibilidad de que determinados acuerdos quedasen excluidos. En concreto, la DGRN se limitaba a admitir la inscripción de una cláusula genérica de sumisión a arbitraje, sin necesidad de concretar qué materias quedaban incluidas y qué materias se excluían por no ser de libre disposición, por considerar que una concreción como la pretendida *«supondría tener que llevar a cabo un recorrido por todo el derecho de sociedades para ir casuísticamente incluyendo y excluyendo unos u otros supuestos, con el evidente riesgo de no agotarlos»*. Y el TS admitía la arbitrabilidad de la materia, pero matizando que *«en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo»*.

En mi opinión, este planteamiento es muy semejante al que históricamente llevó a rechazar el arbitraje societario con base en la ecuación, hoy superada, que consideraba que las materias disponibles del art. 2 de la ley de arbitraje son aquellas en las que no existen normas imperativas ni les afecta el orden público. Tal planteamiento, llevado a su extremo, implicaría excluir el arbitraje en toda la materia contractual al referirse el artículo 1255 del Código civil al orden público como límite a la autonomía de la voluntad, lo cual, con esa lógica, excluiría la libre disponibilidad. Frente a ello hay que entender que las normas imperativas y el orden público no son un límite al arbitraje sino a la actuación de los árbitros, ya que en todas las materias existen unas normas imperativas y un orden público que deben ser respetados por los particulares, por los jueces y por los árbitros.

Que el orden público no excluye la posibilidad del arbitraje ni la libre disposición, sino que se trata de un límite que los árbitros deben respetar, tanto en la tramitación del arbitraje como en su solución mediante el correspondiente laudo, se pone de manifiesto el art. 41.1 f) de la Ley de arbitraje cuando señala como motivo de anulación que el laudo sea contrario al orden público, y no que el laudo se refiera a cuestiones de orden público, lo cual indica que el orden público, que existe en todas las materias, no excluye el arbitraje y lo que se exige es que los árbitros lo respeten.

Este es el criterio que parece seguir la ley 11/2011 al referirse en el art. 11 bis a la impugnación de acuerdos sociales sin realizar ninguna exclusión, lo que lleva a la gran mayoría de los autores a considerar que toda impugnación de acuerdos sociales puede ser objeto de arbitraje.

Así, superando el criterio restrictivo mantenido antes de la reforma por autores como MUÑOZ PLANAS, MUÑOZ PAREDES, GÓMEZ PORRÚA o SÁNCHEZ CALERO, se manifiestan en favor de la tesis más amplia autores como TARRÍO BERJANO, DE ÁNGEL YAGÜEZ, OLAVARRÍA IGLESIAS o PERALES VISCASILLAS.

Además, esta solución parece avalada por la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en los artículos 204 a 208 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, relativos a la impugnación de acuerdos sociales, que prescinde de la distinción entre acuerdos nulos y anulables (aunque mantiene un régimen especial, especialmente en cuanto a la legitimación y no caducidad ni prescripción, para la impugnación de los acuerdos contrarios al orden público).

Sin embargo, no han faltado autores que han defendido la necesidad de excluir del objeto del arbitraje societario las pretensiones de nulidad basadas en el orden público considerando la posible entrada en el litigio de terceros que no han intervenido en el convenio arbitral pero sí están vinculados por él.

Así, ARIZA COLMENAREJO³⁸ considera que *«la autonomía de la voluntad no tiene ninguna incidencia en la determinación de un acuerdo como nulo o no por contrario al orden público, dado que se trata de normas de derecho necesario o indisponible. Las consecuencias derivadas de la impugnación de un acuerdo contrario al orden público no pueden lograrse por acuerdo entre las partes, por ello este tipo de impugnaciones deben quedar excluidas del arbitraje»*.

Y OLIVENCIA RUIZ³⁹ excluye el arbitraje cuando se trate de *«acuerdos nulos por contrarios a la ley o al orden público para cuya impugnación no sólo están legitimados los socios y los administradores, sino los terceros con interés legítimo, quienes podrán impugnarlos por vía judicial dentro del plazo anual de caducidad, o sin límite de tiempo si se trata de acuerdos contrarios al orden público. De admitirse la vía arbitral para la impugnación de tales acuerdos, como al tercero interesado no le afecta la cláusula arbitral (el art. 11 bis.3 se refiere a “los socios o administradores”) y acudirá a la vía judicial, pudieran producirse resoluciones contradictorias sobre la misma materia»*.

³⁸ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «La regulación del arbitraje estatutario», en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2001*, dirigida por Juan DAMIÁN MORENO, la Ley 2011, página 46.

³⁹ OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Actualizados conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003*, obra citada, páginas 177 y 178.

Es cierto que el hecho de que la ley reconozca legitimación a los terceros, que no tienen la condición de socio y que, por tanto, no están vinculados por la cláusula arbitral, para impugnar los acuerdos sociales, incluso sin plazo cuando se trata de acuerdos contra el orden público, puede constituir un serio impedimento para el normal desenvolvimiento del arbitraje societario, ya que, como luego se expondrá, abre la posibilidad de que exista una doble impugnación, por la vía judicial y por la arbitral e, incluso, dos resoluciones contradictorias.

Pero las dificultades que la posible existencia de esos terceros entraña no creo que pueda ser argumento suficiente para considerar que la materia en cuestión quede excluida de la libre disponibilidad de los socios y, por tanto, excluida del arbitraje. Si esto fuese así debería entenderse que la posibilidad del arbitraje societario en materia de impugnación de acuerdos sociales ha quedado excluida totalmente con la entrada en vigor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por el que se modifica el art. 206 de la Ley de Sociedades de Capital y se reconoce la legitimación de los terceros que acrediten un interés legítimo para impugnar, no ya solo los acuerdos nulos, que en la anterior regulación eran los contrarios a normas imperativas y al orden público, sino todos los acuerdos sociales impugnables, sin exclusión alguna.

La existencia de terceros legitimados para impugnar los acuerdos que les perjudiquen, cualquiera que sea la causa de la ineficacia, constituye sin duda un elemento perturbador y, como luego estudiaré al estudiar el ámbito de vinculación subjetiva del arbitraje, exige buscar soluciones imaginativas, pero no creo que sea causa suficiente como para entender que desaparece la libre disponibilidad de la materia y la posibilidad de arbitraje en todos los casos de impugnación de acuerdos sociales. La imperatividad de las normas y el respeto al orden público, como he señalado, no excluye la disponibilidad de la materia ni excluye el arbitraje, sino que constituyen un límite y una obligación para los árbitros que deberán declarar la nulidad de los acuerdos contrarios a las normas imperativas y al orden público y ajustarse a esas normas y al orden público en sus laudos y en todas sus actuaciones.

2. Cuestiones en las que no exista una auténtica controversia

La referencia del art. 11 bis 1 a los conflictos que se planteen en las sociedades de capital ha sido interpretada en sentido amplio por la doctrina, considerando que es posible utilizar el arbitraje societario para resolver cuestiones en las que no exista una auténtica controversia. En este sentido, como señala FERNÁNDEZ DEL POZO⁴⁰, existe una tendencia doctrinal y jurisprudencial favorable a ampliar el ámbito material de lo arbitrable, incluyendo cuestiones de relevancia contenciosa menor o resultantes de simples diferencias de criterio, las cuestiones susceptibles

⁴⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales», obra citada.

de expedientes de jurisdicción voluntaria y la integración de un contrato o relación jurídica cuando exista un conflicto actual o temido.

Así, superando planteamientos restrictivos de la doctrina más clásica, se tiende a considerar que es posible extender el arbitraje a todos los supuestos en los que se exige la intervención de un tercero, un arbitrador, para integrar o completar una relación jurídica. En particular, señala PERALES VISCASILLAS⁴¹, es posible recurrir a los árbitros para la valoración de acciones o participaciones, ya sea por causa de transmisión de cuotas sociales o en supuestos de exclusión o separación de socios y, en general, en todo tipo de controversias meramente económicas, incluso en los supuestos en los que la competencia esté legalmente atribuida a los auditores, expertos independientes o registradores mercantiles.

Creo que este planteamiento resulta correcto siempre que la intervención del auditor o del experto independiente, ya proceda su designación por los administradores o por el registrador mercantil, se refiera a supuestos que las partes, es decir, los socios y, en su caso, la sociedad puedan resolver por sí solos, puesto que en tales casos la disponibilidad de la materia y, en consecuencia, la arbitrabilidad parecen claras. Si las partes pueden llegar a un acuerdo sobre el asunto en cuestión, que excluya la intervención del experto o del auditor, o si en caso de desacuerdo con el resultado del informe del auditor o del experto es posible su impugnación, planteándose la controversia exclusivamente entre los socios o entre los socios y la sociedad, creo que es perfectamente posible, existiendo cláusula arbitral, optar por acudir directamente a los árbitros, que son a los que en última instancia va a corresponder la decisión final.

Esto es lo que podría ocurrir en casos como la fijación del valor de las participaciones a efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente en transmisiones a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito del art. 107 LSC, la transmisión *mortis causa* del art. 110 LSC, habida cuenta que los herederos o legatarios del socio quedan vinculados por la cláusula estatutaria al igual que su causante, las reglas sobre liquidación del usufructo del art. 128 LSC, la exclusión del derecho de preferencia del art. 308 LSC o la valoración de las acciones o participaciones en los casos de separación o exclusión de socios del art. 353 LSC.

Sin embargo, no creo que sea posible sustituir al experto o al auditor por el árbitro cuando se trate de supuestos en los que su intervención esté orientada a la protección del terceros y, en particular, cuando se trate de salvaguardar la integridad del capital social, ya que esta materia está excluida de la libre disposición de los socios, como ocurre, por ejemplo, en la valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima del art. 67 y ss. LSC, en el aumento de capital por compensación de créditos en las sociedades anónimas, art. 301 LSC, o con

⁴¹ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Aranzadi, 2005, páginas 116 y siguientes.

cargo a reservas, art. 303 LSC, o con la reducción del capital social por pérdidas del art. 323 LSC.

3. Arbitraje y jurisdicción voluntaria

La inclusión en el objeto del arbitraje de cuestiones no estrictamente litigiosas podría también extenderse a los supuestos de jurisdicción voluntaria en materia societaria contemplados en la Ley 15/2015, de 2 de julio, en particular a los introducidos por la disposición adicional decimocuarta mediante modificación de la Ley de Sociedades de capital, en materias como reducción obligatoria del capital social, convocatoria de Junta general, nombramiento, revocación, sustitución o separación de liquidadores o interventores o convocatoria de la asamblea de obligacionistas.

El art. 1.2 de la ley 15/2015 señala que *«se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso»*. Conforme al art. 19.4 de la Ley 15/2015 *«la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquél»*. Y el art. 20 de la Ley 15/2015 permite interponer recursos de apelación, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil, contra las resoluciones definitivas dictadas por el juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Por tanto, la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria no impide que las controversias a las que se refieren se puedan someter a la jurisdicción ordinaria directamente, sin acudir previamente a la jurisdicción voluntaria, o por vía de recurso contra la resolución dictada en esa jurisdicción voluntaria. Si esto es así, parece lógico entender que la resolución contenciosa de esas controversias, existiendo convenio arbitral, corresponderá a quien tiene atribuida la facultad de resolver todas las controversias societarias, es decir, a los árbitros.

Ya antes de la Ley 15/2015, ARIZA COLMENAREJO⁴² defendió la posibilidad de acudir al árbitro para obligar a celebrar Junta general cuando no se haya convocado en los plazos legales o estatutarios previstos, considerando que *«cuando la ley exige la intervención del juez de lo mercantil, no se trata de una atribución competencial exclusiva y excluyente. Se trata de una norma disponible en la que la voluntad de las partes tiene eficacia»*.

Y tal posibilidad fue expresamente contemplada en la enmienda presentada por el grupo Popular en la tramitación de la Ley de Sociedades de Responsa-

⁴² ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «La regulación del arbitraje estatutario», en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2001*, dirigida por Juan DAMIÁN MORENO, La Ley 2011, página 48.

bilidad Limitada de 1995, que se ha transcrito con anterioridad, que incluía expresamente la extensión del arbitraje a los procedimientos especiales y actos de jurisdicción voluntaria.

Aunque la equiparación entre árbitro y juez no es total, ya que el árbitro carece de funciones como la ejecución de sus laudos, parece lógico entender que si, conforme a la doctrina establecida por la STC de 22 de marzo de 1991 sobre el *equivalente Jurisdiccional*, el árbitro sustituye al juez en todas las funciones jurisdiccionales dirigidas a resolver las controversias que surjan en el ámbito societario entre las personas vinculadas por el convenio arbitral, deben entenderse incluidas en las funciones del árbitro no solo las propias de la jurisdicción contenciosa, sino también las que pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria.

En esta línea, FERNÁNDEZ DEL POZO⁴³ considera que, por analogía con el art. 128 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el laudo en el que se declare por el árbitro la concurrencia de una causa de disolución de la sociedad podrá incluirse la designación de las personas que vayan a desempeñar el cargo de liquidadores y solo si el laudo omitiese esa designación deberá acudir a la designación por el registrador mercantil o letrado de la Administración de Justicia.

Parece razonable entender, por tanto, que, si existe cláusula arbitral y la cuestión se plantea entre quienes están vinculados por ella, es posible que los interesados puedan optar por someter directamente al árbitro todas las cuestiones que la Ley de Jurisdicción Voluntaria encomienda a jueces, letrados de la Administración de Justicia y registradores mercantiles, siendo la decisión del árbitro plenamente vinculante, sin perjuicio del régimen de impugnación del laudo previsto en la Ley de Arbitraje.

Por tanto, los árbitros podrán conocer directamente, en la vía arbitral, de todas las cuestiones de jurisdicción voluntaria propias del ámbito societario, tales como convocatoria de Juntas generales y asamblea de obligacionistas, nombramiento y revocación de liquidador, auditor o interventor, reducción de capital social y amortización o enajenación de las participaciones o acciones y disolución de sociedades.

La tramitación de estos procedimientos en la vía arbitral no estará sujeta a lo dispuesto en la ley 15/2015, sino a la ley de arbitraje y el laudo que se dicte será definitivo e inmediatamente ejecutable, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley de arbitraje sobre la acción de anulación.

En el caso de que los interesados opten por seguir el cauce previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, parece razonable entender que corresponderá al árbitro, por estar incluido en el ámbito propio del arbitraje societario, la resolu-

⁴³ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales», obra citada.

ción definitiva de la cuestión que sobre la misma materia puede plantearse en vía contenciosa, ya sea mediante la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto, conforme al art. 19.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, o mediante la interposición de recurso de apelación contra la resolución del juez por la que termina el expediente de jurisdicción voluntaria, previsto en el art. 20.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

La jurisdicción voluntaria, incluso en las materias atribuidas al conocimiento de los jueces, no constituye una fase previa o inicial de la vía contenciosa que marca de forma definitiva la vía a seguir en todas las actuaciones posteriores. El hecho de que, aun existiendo cláusula arbitral, se opte por acudir al juez en el cauce de la jurisdicción voluntaria, no creo que pueda entenderse en el sentido de que se renuncia definitivamente al arbitraje. La jurisdicción voluntaria es una vía prejudicial y será cuando la cuestión se haga contenciosa cuando cualquiera de los interesados podrá optar por aplicar la cláusula estatutaria de arbitraje, planteando la cuestión directamente ante los árbitros o interponiendo la declinatoria si el demandante interpone su demanda en la vía judicial.

Igualmente, si los interesados optan por acudir a los expedientes de Jurisdicción Voluntaria en las materias atribuidas a letrados de la Administración de Justicia o a registradores mercantiles, parece razonable entender que los recursos contra sus resoluciones que la Ley de Sociedades de Capital asigna al juez de lo mercantil, existiendo convenio arbitral, puedan ser resueltas mediante el arbitraje si cualquiera de las partes hace valer la cláusula estatutaria. Y si ninguno de los interesados lo hiciese también cabría acudir al arbitraje, como se acaba de señalar, cuando se impugne la resolución del juez de lo mercantil con la que finaliza la vía de la jurisdicción voluntaria, ya que es solo en ese momento cuando se inicia la vía contenciosa y, de forma ahora sí perentoria, se debe optar por el arbitraje.

Si la resolución no admite recurso en vía de jurisdicción voluntaria, como ocurre con la convocatoria de Junta general, o es recurrible de conformidad con las previsiones del Registro Mercantil, la opción por el arbitraje podrá igualmente realizarse en el momento de abrirse la vía contenciosa mediante el recurso contra la resolución del letrado de la Administración de Justicia o registrador mercantil que ponga fin a la jurisdicción ordinaria o contra la resolución que ponga fin a la vía administrativa.

4. Resolución de empates en los órganos colegiados

Una cuestión debatida es la relativa a la posibilidad de que por vía de arbitraje se resuelvan los empates que puedan producirse en el seno de los órganos colegiados de la sociedad, en concreto, en el Consejo de administración y en la Junta general.

Tal posibilidad, tradicionalmente rechazada por la doctrina, es defendida por PERALES VISCASILLA⁴⁴ considerando que *«las hipótesis de “impasse” —ya sea en Junta general o en el Consejo de administración— provocadas por el empate entre dos socios o grupos de socios que avocan a la sociedad a una situación de imposible funcionamiento son arbitrables: en primer lugar, existe una controversia entre las partes —los dos socios o grupos de socios o entre los miembros del Consejo que pretenden decisiones irreconciliables— y, en segundo lugar, los árbitros no sustituyen ni suplantando el papel de la Junta o del órgano de administración, sino que, por el contrario, completan la voluntad social»*.

La postura contraria encuentra apoyo en la RDGRN de 27 de abril de 1989, que rechazó la inscripción de una cláusula estatutaria en este sentido por considerar que *«no hay en los empates, todavía, contienda o conflicto litigioso ni pretensiones mercedoras de tutela judicial»* y por considerar que, sustituyendo el árbitro a los órganos jurisdiccionales, la inclusión en el arbitraje de la resolución de los empates supondría la atribución de cometidos ajenos a la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que *«vulnera principios básicos del orden público, por cuanto no corresponde a la autonomía privada definir el papel de los Jueces y Tribunales ampliando las funciones que constitucional o legalmente les sean encomendadas»*.

La vigencia actual de estos argumentos es más que discutible. Por un lado, el tenor literal del art. 11 bis 1 de la Ley de Arbitraje, al utilizar el término *conflicto* frente al de *controversia* del art. 2, permite defender un objeto muy amplio del arbitraje societario y extenderlo a cuestiones que no sean estrictamente litigiosas. Por otro, las modernas concepciones del arbitraje, que rechazan la total equiparación entre árbitros y órganos jurisdiccionales y destacan la naturaleza contractual del arbitraje, hace posible que en la regulación del arbitraje los particulares, en ejercicio de su autonomía de la voluntad y sin contravenir ningún orden público, puedan atribuir a los árbitros competencias que no son propias de los órganos jurisdiccionales.

Es cierto que el principio mayoritario es un principio básico en las sociedades de capital, predicable tanto del Consejo de administración como, muy especialmente, de la Junta general y que la mayoría, por definición, exige más de la mitad de los votos, lo que no se consigue si la mitad de los votos son a favor y la otra mitad en contra de la propuesta sometida a votación. Pero también es verdad que si en la sociedad existen dos bloques idénticos y enfrentados, la imposibilidad de adoptar acuerdo alguno puede llevar a la paralización de la vida social y, en última instancia, a la desaparición de la sociedad, por lo que parece lógico permitir que los socios prevean en los estatutos sistemas para evitar o solucionar estas situaciones indeseables, garantizando la pervivencia de la sociedad y protegiendo el interés social.

⁴⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, obra citada, páginas 124 a 126.

Y, dentro de los sistemas posibles, resulta especialmente adecuado recurrir al arbitraje y atribuir a los árbitros la facultad de resolver estos conflictos internos y de contribuir a la formación de la voluntad social mediante la elección de cuál de las dos posturas enfrentadas debe prevalecer en un caso concreto. Incluso podría resultar especialmente útil ir más allá y atribuirles la facultad de adoptar acuerdos o de imponer al Consejo o a la Junta la obligación de adoptarlos, buscando así soluciones duraderas y adaptadas a cada caso que garanticen la pervivencia de la sociedad. Tal solución podría ser especialmente útil en el caso típico de paralización de la vida social, en el que dos socios ostentan cada uno el cincuenta por ciento del capital social y tienen la condición de administradores mancomunados⁴⁵, en el que la única solución puede ser el nombramiento de un tercero como administrador o la creación de un Consejo de administración en el que se integren, en igualdad de condiciones, los representantes de los dos bloques de socios junto con uno o varios terceros independientes.

Prever estos supuestos excepcionales y establecer mecanismos alternativos de solución que eviten la paralización de la vida social y, en última instancia, la desaparición de la sociedad es algo que debe entenderse incluido dentro de la autonomía de la voluntad de los socios y, en mi opinión, no contraviene la regulación de las mayorías en la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, creo que la atribución de tales facultades a los árbitros exige una previsión expresa en los estatutos sociales⁴⁶, ya que difícilmente se van a poder deducir de una cláusula genérica de sometimiento a arbitraje, al menos cuando se trate de un arbitraje de derecho, puesto que, en estos casos, los árbitros deben limitarse a la estricta aplicación de la Ley de Sociedades de Capital y en particular del art. 363.1 d), que, en caso de *«paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento»*, impone la disolución de la sociedad.

Sin embargo, si el arbitraje es de equidad, al igual que cuando en el arbitraje de derecho se han incluido de forma más o menos expresa en el convenio arbitral estas facultades, creo que el árbitro, al no estar tan estrictamente vinculado por la ley, puede enfrentarse a las situaciones de empate dentro de los órganos sociales buscando soluciones *imaginativas*, más duraderas y acordes con el interés societario, que permitan superar la situación de parálisis, hacer desaparecer la causa de

⁴⁵ Este es el caso paradigmático, pero pueden darse otros como el que fue examinado por la SAP de La Rioja de 16 de marzo de 2000 (citada por PILAR PERALES, ver nota anterior, página 125), en el que, ostentando cada uno de los socios el 50% del capital social y recayendo la condición de administración único en uno de ellos, el socio no administrador pretendió recurrir al arbitraje para que se procediese al nombramiento de dos administradores mancomunados para que el órgano de representación fuese reflejo de la participación en el capital.

⁴⁶ Previsión que puede ser más o menos explícita, pero siempre debe ser lo suficientemente clara como para entender incluidas estas facultades. Así, la STS de 11 de octubre de 1973 (citada también por PERALES VISCASILLAS, ver nota anterior) considera que la atribución al árbitro de la facultad de ordenar sin limitaciones el funcionamiento de la empresa incluía implícitamente la facultad de renovar administradores.

disolución y garantizar la supervivencia de la sociedad, lo cual será, si la sociedad es viable, la solución más equitativa.

V. INTRODUCCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL MEDIANTE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA

1. Constitucionalidad del art. 11 bis.2

Una de las cuestiones más debatidas en los últimos años es la referente a la mayoría necesaria para aprobar una modificación estatutaria mediante la cual se introduzca una cláusula de sometimiento a arbitraje en una sociedad en que tal posibilidad no estuviese prevista. A falta de regulación legal, solo eran posibles dos soluciones.

La primera consistía en entender que, al no ser uno de los supuestos especiales de modificación estatutaria contemplados por la Ley de Sociedades Capital, se aplicaban las reglas generales sobre las mayorías necesarias para la modificación ordinaria de estatutos sociales.

La segunda, en considerar que el sometimiento a arbitraje supone privar a los socios de un derecho fundamental, el derecho a acudir a la tutela de los tribunales de justicia, por lo que la adopción de tal medida exigiría el consentimiento unánime de todos los socios.

La tesis de la unanimidad fue defendida por MUÑOZ PLANAS⁴⁷ y recogida por una STS de 9 de julio de 2007. Sin embargo, en la doctrina anterior a la reforma de 2011 acabó imponiéndose la doctrina contraria por entender que el principio mayoritario es un principio básico de las sociedades de capital⁴⁸.

La reforma de la Ley de Arbitraje, por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, opta por una solución supuestamente favorable al arbitraje y a la introducción del convenio arbitral vía modificación estatutaria⁴⁹ y, frente al criterio de unanimidad recogido en proyectos anteriores, el art. 11 bis 2 exige *«el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social»*.

⁴⁷ MUÑOZ PLANAS, José María: «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», obra citada, páginas 430 a 433.

⁴⁸ Se puede encontrar una relación de los autores favorables a una u otra tesis en OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «La ley de Arbitraje, Cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, dirigido por María José MORILLAS, Pilar PERALES VISCASILLAS y Leopoldo José PORFIRIO CARPIO, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, páginas 721 a 723, especialmente notas 3 y 4.

⁴⁹ Aunque no falta autores que, en mi opinión con razón, critican que se exige una mayoría especialmente reforzada superior a la prevista para la modificación ordinaria de estatutos. En particular, PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa)», *Spain Arbitration Review*, número 13. Página 123.

Esta reforma ha dado lugar a una importante discusión por entender un sector doctrinal, encabezado por OLIVENCIA RUIZ⁵⁰, que el art. 11 bis 2 es inconstitucional, puesto que a los socios ausentes o disidentes se les estaría imponiendo un arbitraje forzoso y se les privaría, sin su consentimiento, del derecho constitucional al acceso a la tutela judicial efectiva en la vía jurisdiccional ordinaria. En esta línea, PÉREZ BERENGENA⁵¹ considera que lo que se produce es «*la derogación por la legislación ordinaria de un derecho fundamental y vertebrador del Estado de Derecho*».

Sin embargo, son muchos los autores que consideran que la introducción de un cláusula arbitral mediante modificación de los estatutos no supone imponer nuevas obligaciones a los socios ni afecta a sus derechos individuales en la sociedad de responsabilidad limitada (supuestos en los que los arts. 291 y 292 de la Ley de Sociedades de Capital exige el consentimiento de los afectados), ya que, como defiende PERALES VISCASILLAS⁵², «*los derechos de los socios permanecen inalterados por la introducción del convenio arbitral que es un acto neutro y por ello el socio no se coloca en peor situación*». En la misma línea, señala OLAVARRÍA IGLESIAS⁵³ que «*forma parte de la condición de socio de una sociedad de capital la obligación de someterse al principio mayoritario*». También han defendido la constitucionalidad del sistema otros autores, aunque mostrándose favorable al derecho de separación como opción de política legislativa, como MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA⁵⁴ y, muy recientemente, OSORIO ITURMENDI⁵⁵.

Esta discusión se ha vuelto a plantear en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, encargada de elaborar la propuesta de modificación del Código de Comercio, optándose finalmente por proponer que mantenga la mayoría de dos tercios en las sociedades de capital, pero, siguiendo el modelo italiano, reconociendo a los socios disidentes el derecho de separación⁵⁶.

⁵⁰ El propio autor recoge una relación de sus intervenciones en favor de esta tesis: OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «La ley de Arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil», obra citada, páginas 722 y 723, notas 7.

⁵¹ PÉREZ BERENGENA, José Carlos: «La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema», *Diario la Ley*, número 8634, Sección Tribuna, 28 de octubre de 2015. También puede encontrarse un estudio de la posible inconstitucionalidad de la norma a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: «¿Cuáles son las condiciones de validez de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no institucional?», obra citada, páginas 326 a 331.

⁵² PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitraje estatutario*, obra citada, pág. 772.

⁵³ OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo*, obra citada, página 690.

⁵⁴ MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M.^a: *Tratado de Derecho Arbitral*, 4.^a edición, Thomson Reuters, 2014, página 313.

⁵⁵ OSORIO ITURMENDI, Lucas: «El Arbitraje estatutario en las sociedades cotizadas», obra citada, páginas 658 a 661.

⁵⁶ La atribución del derecho de separación solo a los socios que voten en contra del acuerdo fue defendida por Jesús OLAVARRÍA, pero Manuel OLIVENCIA critica tal solución por entender que el socio ausente no presta su libre consentimiento al arbitraje. Para Manuel OLIVENCIA, la solución propuesta es una *solución garantista*, que evita el reproche de inconstitucionalidad, pero que resulta inade-

En mi opinión, aun reconociendo que el sometimiento a arbitraje no es un acto neutro, puesto que, como señala acertadamente OLAVARRÍA IGLESIAS⁵⁷, la situación procesal del socio no es la misma en una sociedad con o sin cláusula arbitral, creo que puede resultar excesiva la tacha de inconstitucionalidad del art. 11 bis 2, puesto que no creo que pueda decirse que la ley esté privando a un ciudadano de su derecho a la tutela judicial desde el momento en que a nadie se le obliga a ser socio de una sociedad.

La constitución de una sociedad, o la adquisición posterior de la condición de socio, no deja de ser una alternativa voluntaria que el ordenamiento jurídico ofrece a quien quiera utilizar un instrumento que permite disfrutar de determinados privilegios, muy especialmente la limitación de la responsabilidad, pero que implica el cumplimiento de unos requisitos de acceso, así como el sometimiento a un determinado régimen legal especialmente riguroso y, por ende, a un sistema de mayorías que hace vinculantes los acuerdos sociales, adoptados con los requisitos legales, incluso para los socios que no han votado a favor o se han opuesto a ellos.

Entonces, el quid de la cuestión podría estar en dilucidar si sería o no posible, es decir, constitucional, que el legislador optase por imponer, dentro de los requisitos legales para la constitución de la sociedad, el arbitraje societario con carácter obligatorio, como ocurría con las Ordenanzas de Bilbao, puesto que si tal posibilidad se admite no debería haber problema en que la ley delegue la decisión de optar o no por el arbitraje, con carácter obligatorio para todos los socios, en los fundadores en el momento de la constitución o, una vez constituida, en la propia sociedad, actuando con arreglo al régimen de mayorías, delegación que no debería ser admisible si al propio legislador le estuviese vedada tal posibilidad.

En mi opinión, sería posible y constitucional establecer como requisito legal imprescindible en la constitución de una sociedad la inclusión de una cláusula de sometimiento a arbitraje en los estatutos o que la ley impusiese directamente la obligación de acudir al arbitraje para resolver los conflictos intrasocietarios.

En tal caso lo que se estaría haciendo no sería privar a los socios, contra su voluntad, de un derecho básico, sino condicionar el acceso a un régimen privilegiado, por el que pueden optar para encauzar su actividad empresarial en condiciones especialmente idóneas, a un *peaje* como es el establecimiento de sistemas alternativos de resolución de los conflictos que de ese régimen puedan derivarse, liberando así a la jurisdicción ordinaria, y, por tanto, al Estado (siguiendo la regla, inspiradora de las Ordenanzas de Bilbao, de que sean los comerciantes los que

cuada al supuesto de hecho porque considera excesivo imponer la separación como único medio mediante el cual el socio contrario al arbitraje puede liberarse de él (ver obras citadas anteriormente de estos autores).

⁵⁷ OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario, en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo», coordinado por Silvia Barona Villar, Civitas, Thomson Reuters, 2.ª, 2012.

resuelvan los problemas de los comerciantes), de una gran parte de la conflictividad societaria.

El sometimiento por ley de los conflictos intrasocietarios a arbitraje podría ser un requisito más, como pueden ser el capital mínimo, el otorgamiento de la escritura pública o la inscripción en el Registro Mercantil, para acceder al régimen especial de la sociedad y podría implicar la renuncia al derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria, pero tal renuncia sería siempre voluntaria, ya que, como he señalado, a nadie se le obliga a formar parte de una sociedad y lo que la ley que exigiese ese requisito estaría condicionando o, si se prefiere, limitando, no sería el derecho a la tutela judicial, sino el derecho a constituir sociedades o a formar parte de ellas, lo que, evidentemente, no es un derecho constitucional fundamental⁵⁸.

Si esto es así, creo que es admisible optar por un sistema de arbitraje voluntario en el que, como hace nuestra legislación, no se imponga directamente el arbitraje societario, sino que simplemente se contemple como una opción, delegando la posibilidad de elegir el sistema arbitral en los socios fundadores, en el momento de la constitución, lógicamente por unanimidad, puesto que en tal momento es la única opción, o en la propia sociedad, mediante el sistema mayoritario, si la decisión de establecer el sistema alternativo de solución de conflictos se toma en un momento posterior. En este último supuesto no será necesario el consentimiento individual de todos los socios y bastará la adopción del acuerdo, con la mayoría que la ley considere conveniente establecer, siendo el acuerdo vinculante para los socios ausentes y disidentes, ya que estos socios, en el momento en que adquirieron su condición de tales, no es que consintiesen tácitamente un supuesto convenio arbitral futuro, sino que, simplemente, se sometieron a un régimen mayoritario que legalmente implica la posibilidad de que la Junta, por mayoría de dos tercios del capital social, conforme al régimen legal impuesto por el art. 11 bis 2, establezca una cláusula arbitral vinculante para todos los socios presentes o futuros, hayan votado o no la modificación estatutaria.

Consecuencia de lo anterior sería que la atribución de un derecho de separación a los socios que hayan votado en contra, como se recoge en la propuesta de modificación del Código de Comercio o, en su caso, que no haya votado a favor, no sería más que una opción de política legislativa cuyo fundamento no sería evitar la tacha de inconstitucionalidad, sino simplemente que se considere

⁵⁸ De hecho, el sometimiento a cláusulas de arbitraje por quien no ha participado en ellas, con la correspondiente *renuncia* al derecho a la tutela judicial ordinaria en una determinada relación jurídica, como requisito para acceder a una determinada posición jurídica se da en otros muchos casos, como en la sucesión *mortis causa* si el causante está vinculado por convenios arbitrales, en la subrogación en contratos con cláusula arbitral o, sin ir más lejos, en la propia adquisición de acciones o participaciones en cuyos estatutos ya existe una cláusula arbitral. En todos estos casos la adquisición de la herencia, la subrogación en el contrato o la adquisición de la acción o participación suponen el sometimiento a un convenio arbitral preexistente, pero ello no creo que pueda considerarse como la imposición abusiva de la renuncia a un derecho constitucional, sino como un requisito para acceder a una posición jurídica.

conveniente conferir a esos socios la posibilidad de salir de una sociedad con un sistema de resolución de conflictos que no es de su agrado.

Por los demás, el art. 11 bis 2 no deja de plantear otros problemas interpretativos.

2. Supresión o modificación de la cláusula estatutaria de arbitraje

El art. 11 bis 2 se refiere exclusivamente a *«la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje»*, lo que obliga a plantear cuál es la mayoría necesaria cuando de lo que se trata es de suprimir la cláusula o de modificarla.

Podría defenderse una interpretación extensiva de la norma y considerar aplicable la misma regla a la introducción de la cláusula que a su modificación o supresión, puesto que si las soluciones judiciales o arbitrales de los conflictos son equivalentes no hay razón para hacer de mejor condición una que otra, de manera que, si para optar por el sistema arbitral se exige mayoría de dos tercios, la misma mayoría debería exigirse para dejar sin efecto esa elección y optar por la vía judicial.⁵⁹

Incluso, si se considera que la introducción de una cláusula de arbitraje supone privar a los socios de su derecho individual a acudir a los tribunales, podría entenderse que, existiendo convenio arbitral, la supresión del derecho del socio a acudir al arbitraje supone la privación de un derecho que, no existiendo una expresa previsión legal que establezca otra cosa, exigiría, en este caso sí, su consentimiento individual y, por tanto, la unanimidad

Sin embargo, creo que no es posible una interpretación extensiva del art. 11 bis 2, ni tampoco puede considerarse el arbitraje un derecho individual del socio. Arbitraje y tutela judicial son sistemas equivalentes, pero no absolutamente identificables y lo cierto es que la tutela judicial es el sistema normal de resolución de conflictos por lo que, dada la literalidad del art. 11 bis 2, creo que la solución más acertada es la defendida por OLAVARRÍA IGLESIAS⁶⁰ al señalar que *«la ampliación (del objeto y de los sujetos) del arbitraje a que se refiere una cláusula arbitral ya existente en los estatutos sociales exigirá la misma mayoría. Por el contrario, en los supuestos de reducción (del objeto o de los sujetos) del arbitraje a que se refiere una cláusula arbitral ya existente o la eliminación de dicha cláusula de los Estatutos no creemos que exija dicha mayoría reforzada, rigiendo las mayorías, y en su caso los quóruns, exigidos en la Ley de Sociedades de Capital»*.

⁵⁹ En este sentido se pronuncia MARTÍN MORAL, María Flora: «El arbitraje estatutario en las sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 51, septiembre-diciembre, 2017.

⁶⁰ OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo*, obra citada, página 691.

3. Sustitución de la institución arbitral

Lo que podría discutirse es en qué categoría debería encuadrarse la modificación de la cláusula arbitral que consista en la simple sustitución de la institución arbitral que deba encargarse de la administración del arbitraje y de la designación de árbitros, designación que para muchos autores, como hemos visto, exige el art. 11 bis 3 para someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales.

Puesto que en tal caso no hay una ampliación de los elementos subjetivos u objetivos del arbitraje y la designación de la institución arbitral podría considerarse un acto neutro, creo que podría entenderse que tal modificación exigiría únicamente las mayorías previstas en la Ley de Sociedades de Capital para la modificación de estatutos y no la mayoría de dos tercios del art. 11 bis 2, al menos siempre que existan razones objetivas que justifiquen el cambio, como la desaparición o la incompatibilidad sobrevenida de la institución inicialmente designada.

Ahora bien, habría que destacar el cuidado especial que debería ponerse en la elección de la institución arbitral cuando ésta se realice durante la vida de la sociedad, ya sea mediante la introducción de la cláusula arbitral, si ésta no existía, o mediante su modificación, siempre que el acuerdo no se adopte por unanimidad. En estos casos, ya no son los socios los que de común acuerdo eligen la institución arbitral que deba resolver los conflictos que puedan surgir entre ellos o con la sociedad de la que todos son fundadores, sino que es la propia sociedad, mediante el régimen mayoritario de formación de la voluntad social la que designa a la institución que va a dirimir los conflictos que pueda existir entre ella y socios que pueden no haber votado el acuerdo por el que se designó a tal institución.

Ello exige un exquisito cuidado a la hora de valorar la neutralidad de la institución y podría excluir la posibilidad de designar una Corte Arbitral que de alguna manera se integre en alguna entidad a la que la propia sociedad pertenezca o con la que tenga algún tipo de relación especial, ya que, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre de 2016⁶¹, las reglas sobre la imparcialidad y la independencia son predicables no solo del árbitro, sino también de la institución llamada a administrar el arbitraje.

4. Posibilidad de mayorías reforzadas

Finalmente, puesto que no creo que el art. 11 bis 2 pueda considerarse una norma absolutamente autónoma e independiente del resto del régimen legal de las sociedades, por aplicación de las normas generales de la Ley de Sociedades

⁶¹ Sobre esta sentencia resulta especialmente acertado el comentario realizado por BOSCH CARRERA, Antonio: «Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 70/2016, de 4 de noviembre de 2016, Imparcialidad del árbitro nombrado, Imparcialidad de la Corte que lo nombra», *Anuario de Justicia Alternativa*, número 14, año 2017, páginas 155 a 162.

de Capital, creo que debe admitirse la posibilidad de que los estatutos sociales puedan, respecto a la modificación estatutaria que consista en la introducción de una cláusula de sometimiento a arbitraje, establecer mayorías reforzadas, superiores a las previstas por el art. 11 bis 3, en los términos previstos en los arts. 200 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital, así como establecer, conforme al art. 347 LSC, un derecho de separación de los socios para el caso de que tal modificación estatutaria se produzca.

VI. EFICACIA SUBJETIVA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

Así como la extensión objetiva del arbitraje, en especial, en un primer momento, el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos sociales y, después, la existencia o no de acuerdos excluidos de arbitraje, por razón del orden público o de la imperatividad de las normas, constituye el tema estrella durante la segunda mitad del siglo xx, y la constitucionalidad de la introducción de la cláusula arbitral mediante modificación estatutaria por acuerdo mayoritario es el tema de moda en los últimos años, el ámbito subjetivo de vinculación de la cláusula arbitral se presenta en la actualidad como el tema fundamental que puede condicionar el desenvolvimiento y el éxito del arbitraje societario en el futuro.

Aunque, como regla general, tal y como recoge el art. 9 de la Ley de Arbitraje, es necesaria la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, lo cierto es que los supuestos de extensión del convenio arbitral a personas que no lo han suscrito cada vez son más numerosos⁶², tanto en el ámbito nacional como internacional, y constituyen, como señala PERALES VISCASILLAS⁶³, «una de las cuestiones más espinosas del moderno derecho de arbitraje».

La posible extensión de la eficacia del convenio arbitral es especialmente importante cuando se trata de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje societaria, ya que, como señalaba la ya citada resolución DGRN de 19 de febrero de 1998, cuando el convenio arbitral se incorpora a los estatutos «*se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como ... tantas otras que en la medida en que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quien en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos*».

⁶² Sobre el particular: MORCARDÓ MORALES-VARA DE REY, Miguel: «Incorporación de partes adicionales no firmantes», en *Anuario de Arbitraje 2001*, coordinado por Gonzalo JIMÉNEZ-BLANCO, Thomson Reuters, Pamplona, 2016; MATHEUS LÓPEZ, Carlos: *La extensión del convenio a partes no signatarias*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián 2018.

⁶³ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, obra citada, página 205.

Por lo general, la doctrina, al estudiar la eficacia subjetiva del arbitraje societario suele hacer referencia a la sociedad, a los administradores, a los socios y a los terceros, y este es el esquema que seguiré a continuación.

1. Sociedad

Aunque en algún momento se discutió si la sociedad quedaba automáticamente vinculada por el convenio arbitral pactado por los socios fundadores o si, en cuanto persona independiente, era necesaria su posterior adhesión expresa, hoy en día está fuera de toda duda su total vinculación, ya que, como señala RODRÍGUEZ ROBLERO⁶⁴, *«cuando la cláusula arbitral se incluye en los estatutos sociales se convierte en una norma de autogobierno de la sociedad y sus socios en sus relaciones recíprocas»*.

La sociedad quedará vinculada por la cláusula de arbitraje contenida en sus estatutos siempre que se den todos los requisitos necesarios, en particular, los objetivos, que se trate de una controversia intrasocietaria, y los subjetivos, que las demás partes de la controversia estén también vinculadas por la cláusula arbitral.

En cuanto al requisito objetivo, parece fuera de toda duda que la cláusula estatutaria de arbitraje societaria no vincula a la sociedad cuando la controversia no se produce en el ámbito interno de la sociedad, sino que surge de una relación propia de su actuación en el tráfico. Dentro de esa actuación, la sociedad solo está obligada a someterse a arbitraje en una controversia extrasocietaria cuando haya consentido un convenio arbitral relativo a la relación jurídica de la que la controversia deriva.

Sin embargo, es posible, e incluso podría ser aconsejable como buena práctica, que la sociedad incluya en sus estatutos una cláusula de arbitraje extrasocietario por la que someta, o se comprometa a someter, a arbitraje las controversias que puedan surgir de sus relaciones externas con terceras personas. De hecho, tal posibilidad fue contemplada, aunque no en términos totalmente claros, en la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular durante la tramitación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23 de marzo de 1995 en la que, como ya se ha visto, se proponía la introducción de un artículo que regulase expresamente del arbitraje societario y en su apartado 5 se decía: *«En los estatutos podrá expresamente establecerse que la sociedad, los socios y los administradores se someten asimismo a arbitraje en sus relaciones con los terceros, siendo esta cláusula vinculante para los primeros»*.

Aunque esta enmienda no prosperó, la falta de regulación legal no creo que permita excluir la posibilidad de una cláusula de ese tipo que vendría a ser un

⁶⁴ RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Colección arbitraje comercial y de inversión II, Bosch, Sabadell 2010, páginas 264 y 265.

convenio arbitral unilateral, vinculante para la sociedad en cuanto figure en sus estatutos y sea objeto de publicidad, que solo producirá plenos efectos si los demás implicados en la controversia prestan su consentimiento, supuesto en el que la sociedad no podría negarse al arbitraje.

En cuanto a los requisitos subjetivos, si la controversia es societaria y, por tanto, incluida en el ámbito objetivo de la cláusula, en una primera aproximación, parece lógico entender que la sociedad solo estará vinculada si las demás partes de la controversia también lo están, de manera que si en la controversia societaria interviene un tercero que no tiene la condición de socio, al no estar vinculado por la cláusula estatutaria, no estará obligado a someterse al arbitraje, pero tampoco podrá obligar a la sociedad a hacerlo. Aunque, como acabamos de señalar, nada impide que en la cláusula estatutaria se incluya expresamente la vinculación unilateral de la sociedad también respecto de esos terceros.

E, incluso, aunque no se haya recogido en la cláusula una previsión de ese tipo, creo que podrían existir argumentos suficientes para entender implícita la vinculación de la sociedad en todos los casos de controversia societaria, incluso frente a esos terceros no vinculados.

Aunque habrá que estar a la redacción de los estatutos en cada caso concreto, si la cláusula en cuestión recoge de forma clara e inequívoca la voluntad de la sociedad de que sean sometidas a arbitraje *todas* las controversias societarias, sin distinción alguna, aunque desde una perspectiva contractual la sociedad solo quedaría obligada frente al resto de personas también vinculadas por el convenio arbitral, si atendemos a la naturaleza de los estatutos, en cuanto norma configuradora y autoreguladora básica y fundamental de la persona jurídica, objeto de publicidad en el tráfico a través del Registro Mercantil, podría entenderse que una actuación leal de la sociedad, de acuerdo con la buena fe y respetuosa con su propia regulación, podría llevar a entender que la sociedad no puede oponerse al mecanismo de resolución de conflictos por ella previsto como idóneo para resolver estas cuestiones cuando las demás personas implicadas, aunque no estén vinculadas por la cláusula en cuestión, estén conformes en aceptar la previsión estatutaria.

2. Administradores

Aunque históricamente también se discutió si los administradores estaban directamente vinculados por la cláusula arbitral o si era necesaria su adhesión expresa, en la actualidad, ya desde la tanta veces citada RDGRN 19 de febrero de 1998, resulta pacífica la idea de que mediante la aceptación del cargo los administradores se someten incondicionalmente a los estatutos en su totalidad y, por tanto, también a la cláusula arbitral⁶⁵.

⁶⁵ Al respecto, HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Cláusulas estatutarias de sumisión de los conflictos so-

Parece claro que tal vinculación afecta también a los liquidadores⁶⁶, ya que son órganos de la sociedad, aunque el objeto de ésta no sea ya el giro o tráfico sino la liquidación, aceptan el cargo y, por tanto, los estatutos, y su régimen jurídico es muy similar al de los administradores. Así, lo recogen la gran mayoría de los autores⁶⁷, con alguna excepción, como es el caso de RODRÍGUEZ ROBLERO⁶⁸.

Más polémica es la cuestión de los auditores. Para PERALES VISCASILLAS⁶⁹ están vinculados, ya que aceptan el encargo y están sometidos al régimen de responsabilidad de los administradores. Sin embargo, estimo que esta vinculación es más dudosa, ya que los auditores lo que aceptan no es el cargo, sino el encargo, no son órganos de la sociedad y están vinculadas a ella por una relación de servicios que es en la que deberá incluirse, con el consentimiento de ambas partes, el convenio arbitral⁷⁰.

La sujeción de los administradores y de los liquidadores a la cláusula arbitral supone que quedará sometida a arbitraje cualquier controversia, incluida la acción social de responsabilidad, que pueda producirse entre los administradores, los socios y la sociedad, siempre que la controversia se produzca en el ámbito intrasocietario, no, lógicamente, cuando los administradores se relacionan con la sociedad, o con los socios, no en su condición de administradores, sino como terceros.

Esta vinculación, el sometimiento a arbitraje de las controversias intrasocietarias en las que los administradores en su condición de tales son parte, es la que toda la doctrina estudia cuando se plantea la eficacia subjetiva del arbitraje respecto de los administradores. Sin embargo, lo que la doctrina no suele plantear es otra vinculación que, en mi opinión, es esencial, puesto que puede ser una cuestión vital para el éxito del arbitraje societario, cual es la eficacia vinculante de la cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje cuando los administradores no actúan como parte involucrada directamente en la controversia sino como representantes de la sociedad.

cietarios a mediación y a arbitraje ("MED-ARB"). La inclusión de los conflictos entre los administradores y la utilización de los estatutos tipo en la fundación de las sociedades limitadas. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013, (BOE núm. 178, 26-07-2013)», *Revista jurídica del Notariado*, número 88-89, octubre-diciembre 2013, enero-marzo 2014, Consejo General del Notariado.

⁶⁶ Sobre la posibilidad de que las operaciones de liquidación sean realizadas por los propios árbitros, FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales», obra citada.

⁶⁷ Es el caso de PERALES VISCASILLAS, TARRÍO BERJANO o MERINO MERCHÁN (obras ya citadas de estos autores).

⁶⁸ RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, obra citada, páginas 279 a 284.

⁶⁹ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, obra citada, página 217.

⁷⁰ En este sentido RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada: ver nota sobre la misma anterior.

La realidad demuestra que, aun existiendo cláusula de arbitraje, la mayor parte de las controversias societarias se resuelven por la jurisdicción ordinaria, lo que es posible por el juego de la declinatoria y, en general, por el principio de autonomía de la voluntad, si el demandante acude a los tribunales de justicia para plantear su pretensión y el demandado no se opone en los términos previstos por los artículos 63 y siguientes de la LEC.

Creo que esta posibilidad no está vedada a la sociedad, la cual, aunque he defendido que puede estar vinculada por la cláusula estatutaria de arbitraje cuando la otra parte, incluso cuando se trate de un tercero no vinculado por ella, la hace valer, no estará vinculada por tal cláusula en un caso concreto cuando todas las partes de la controversia decidan de forma explícita o implícita, planteando una de las partes la cuestión ante los tribunales de justicia y no interponiendo la declinatoria ninguna de las otras partes, prescindir del arbitraje y resolver el concreto conflicto societario en la vía jurisdiccional.

Ahora bien, partiendo de la idea de que la sociedad puede no estar vinculada por sus estatutos en una controversia concreta a la hora de elegir entre la vía jurisdiccional o la arbitral, si las demás partes están de acuerdo, lo que no me parece tan claro es la legitimación de los administradores para tomar tal decisión por sí solos.

La aceptación de su cargo por los administradores supone que aceptan en su totalidad los estatutos y quedan vinculados, debiendo ajustar estrictamente su actuación a lo dispuesto por ellos. Aunque la redacción de la cláusula estatutaria puede variar, el supuesto más frecuente, tal y como proponen las principales instituciones arbitrales⁷¹, consiste en que, de forma categórica e imperativa, se establece que todas las controversias o conflictos de naturaleza societaria se resolverán mediante arbitraje.

Si esto es así, no considero posible que los administradores a la hora de representar a la sociedad en un conflicto societario en el que la sociedad es parte, por ejemplo, para citar el caso más paradigmático, la impugnación por algún socio de un acuerdo social, puedan decidir a su libre arbitrio si frente a la demanda interpuesta por el impugnante en la vía jurisdiccional ejercitan o no la declinatoria. O que en un conflicto societario en la que la sociedad es demandante, por ejemplo en el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra otro administrador, sean los administradores los que libremente puedan elegir entre acudir al arbitraje o interponer la demanda ante los tribunales, resolviéndose la controversia por la vía judicial si la otra parte no interpone la declinatoria.

⁷¹ Todas las cláusulas propuestas por las diversas instituciones son muy similares en cuanto a su imperatividad y extensión, si bien, como peculiaridad, la Fundación Notarial Signum para la Resolución Alternativa de Conflictos propone una cláusula escalonada en la que debe acudir en primer lugar a la mediación.

Como señala la RDGRN de 9 de enero de 2019, *«los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia... la “carta magna” o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad... y el carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como clásicas decisiones de 1958 y 1961»*. A lo que hay que añadir que los administradores, como señala el artículo 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital, *«deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos»*.

Si los estatutos sociales contienen una cláusula por la que, de forma imperativa, se opta por resolver mediante arbitraje todas las controversias o conflictos de naturaleza societaria, no creo que esa cláusula deba interpretarse en el sentido de que serán los administradores en cada caso concreto los que, con su acción o con su omisión, decidan, a su libre albedrío, si someter la cuestión a los árbitros o a los tribunales.

Si la voluntad social, reflejada en la norma orgánica básica de la sociedad, consiste en la opción por el arbitraje como medio idóneo para resolver las controversias societarias, los administradores estarán vinculados y deberán acudir a esa vía. Ello supone que si la sociedad es la demandante solo podrán acudir al arbitraje para plantear la pretensión. Y si la demandada es la sociedad y la cuestión se plantea por la vía jurisdiccional los administradores estarán obligados a interponer diligentemente, en plazo y forma, la declinatoria para hacer que los estatutos se cumplan y la cuestión se traslade al ámbito arbitral.

Ello no quiere decir que la sociedad no pueda optar en un caso concreto, si las demás partes de la controversia están de acuerdo, por prescindir del arbitraje y acudir a la vía judicial, siempre que existan causa suficiente que lo justifique, como puede ser, se me ocurre, la imposibilidad económica de la sociedad para hacer frente a los gastos del arbitraje. Pero creo que esta decisión no corresponde a los administradores, que están vinculados por una cláusula estatutaria imperativa, sino a la Junta general, que será la que debe tomar la decisión y facultar a los administradores para actuar en ese caso concreto de forma distinta a la ordenada por los estatutos⁷².

En la práctica, la falta de legitimación o representación de los administradores para someter, con su acción o su omisión, a la vía judicial las controversias societarias puede ver atenuada su relevancia por el juego del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital y porque, salvo que pueda defenderse que los tribunales puedan apreciar de oficio la falta de representación y legitimación de los

⁷² Aunque podría discutirse, creo que, incluso si se considera, en contra de la opinión que antes he defendido, que la modificación estatutaria para suprimir la cláusula estatutaria exige los mismos requisitos que para introducirla, al tratarse de una decisión relativa a un caso concreto y excepcional sería suficiente la mayoría ordinaria.

administradores, raramente la cuestión va a ser planteada por las otras partes, ya que el que quiera hacer valer la cláusula estatutaria de arbitraje ante una cuestión planteada por los administradores en la vía judicial goza de un cauce procesal mucho más específico, cual es la declinatoria.

Sin embargo, aunque la vía jurisdiccional pueda llegar a prosperar, la vinculación de los administradores puede originar su responsabilidad, al entrar en supuesto de lleno en lo dispuesto en el art. 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que se trata de actos u omisiones contrarios a los estatutos, presumiéndose la culpabilidad, salvo prueba en contrario. Lo cual puede tener gran relevancia práctica para conseguir que los administradores cumplan sus obligaciones y que las controversias societarias acaben resolviéndose en la vía ordenada por los estatutos, es decir, mediante arbitraje.

3. Socios

3.1. Vinculación de los socios

Está unánimemente admitida, en la actualidad, la sujeción de los socios a la cláusula estatutaria de arbitraje, tanto de los fundadores, que suscriben la cláusula, como de los adquirentes posteriores de las acciones o participaciones, que, como señaló la RDGRN de 19 de febrero de 1998, al adquirir la condición de socios se adhieren a los estatutos sociales en cuanto norma orgánica configuradora de los derechos y obligaciones inherentes a esa condición.

La vinculación alcanzará tanto a los adquirentes a título *inter vivos* como *mortis causa* y, como indica TARRIO BERJANO⁷³, deben considerarse concernidos la comunidad postganancial, la herencia yacente, los herederos y los legatarios.

Aunque históricamente ha sido discutido, parece hoy claro que los herederos del socio quedan vinculados sin necesidad de aceptación de la cláusula ni de la adquisición de la condición de socios, como consecuencia de su subrogación en la posición jurídica del causante. Ello supone que, como señala CARAZO LIÉBANA⁷⁴, a falta de aceptación, la herencia en situación de yacente puede figurar como termino subjetivo de la relación arbitral, siempre que las actuaciones de los futuros herederos se ejerciten en interés de la herencia y no en interés propio.

Los socios fundadores quedarán vinculados por la cláusula arbitral desde que la suscriben, es decir, desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad, por lo que el convenio arbitral les vinculará sin necesidad de inscripción en el Registro Mercantil, siendo arbitrables todas las cuestiones

⁷³ TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», obra citada, página 298.

⁷⁴ CARAZO LIÉBANA, María José: *El arbitraje societario*, Marcial Pons, 2005, páginas 236 y 237.

intrasocietarias que entre ellos se susciten durante el período de formación e inscripción⁷⁵.

Tratándose de socios que adquieren con posterioridad tal condición, su vinculación está fuera de toda duda si la cláusula estatutaria está inscrita en el Registro Mercantil, ya que entonces, como señaló la RDGRN de 19 de febrero de 1998, tantas veces citada, la cláusula arbitral *«se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, como... tantas otras que en la medida que son objeto de publicidad registral vinculan y sujetan a quienes en cada momento lo estén al conjunto normativo constituido por los propios Estatutos»*.

Ahora bien, aunque de las palabras de la resolución citada, a *contrario sensu*, podría deducirse otra cosa, no creo que esté tan claro que la falta de publicidad de la cláusula la haga, en todo caso, inoponible frente a quien adquiere acciones o participaciones en un momento posterior a la constitución, pero anterior a la inscripción en el Registro Mercantil⁷⁶. Aunque es una cuestión que excede de los límites de este trabajo, hay que apuntar que los principios de la publicidad material del Registro de la Propiedad no pueden trasladarse sin más al ámbito mercantil. Así, se puede plantear que no solo quedarán vinculados, a pesar de la falta de publicidad de la cláusula, los adquirentes de acciones o participaciones que efectivamente la conozca, lo cual sería consecuencia de la falta de buena fe, sino que también es defendible que quedarán vinculados incluso aunque no la conozcan, ya que, al adquirir la condición de socios, se subrogan íntegramente en la posición de sus transmitentes, que sí estaban vinculados por una cláusula válidamente adoptada cuando ellos eran socios, sin que puedan invocar el art. 21 del Código de Comercio que protege a los terceros, condición que ellos no tienen. Lo que permitiría evitar la anomalía que supondría la existencia de socios solo parcialmente vinculados por unos estatutos que constituyen la norma orgánica básica del funcionamiento de la sociedad.

La cláusula arbitral producirá sus efectos respecto de las controversias que se planteen entre los socios y la sociedad o los administradores y también respecto de las que se originen entre los propios socios, siempre y cuando se trate de una controversia intrasocietaria, pero no afectará a las controversias extracorporativas de los socios. Lo que ocurre es que, como señala FERNÁNDEZ DEL POZO⁷⁷, esta distinción no siempre es de fácil discernimiento. Así, las cuestiones arbitrables serán solo las que se susciten entre los socios en el seno de la sociedad y en relación a las normas que la rigen, en particular los estatutos sociales, de tal forma

⁷⁵ Incluso cabe la posibilidad de que la cláusula proyectada se aplique a los fundadores antes del otorgamiento de la escritura pública y a los promotores en el caso de fundación sucesiva como señala CARAZO LIÉBANA, María José: *El arbitraje societario*, obra citada, páginas 217 a 219.

⁷⁶ Lo cual, a pesar de las restricciones legales, es un supuesto relativamente frecuente.

⁷⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000», obra citada.

que, como señala acertadamente FERNÁNDEZ DEL POZO, no quedarán incluidas en el ámbito objetivo de la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias entre socios que nacen de la aplicación de un pacto parasocial, aunque dichas controversias repercutan en el ejercicio de derechos sociales.

También se ha discutido la eficacia entre socios de la cláusula estatutaria de arbitraje en relación con la transmisión de participaciones, siendo en mi opinión acertada la solución formulada por FERNÁNDEZ DEL POZO⁷⁸, según la cual *«si lo que se ventila en una eventual irregularidad del procedimiento de atribución de legitimación societaria embebido en el mecanismo limitativos, la cuestión es societaria y arbitrable; si no se pone en cuestión la atribución de legitimación sino, exclusivamente, la validez del título de transmisión, la cuestión no es arbitrable a menos que el adquirente y transmitente estén ligados por un convenio arbitral específico que no puede ser el contenido en la propia cláusula estatutaria»*.

Como se ha estudiado ya, en caso de introducción de la cláusula mediante modificación estatutaria, la vinculación alcanza también a los socios que hayan votado en contra de la modificación, sin que la legislación actual les reconozca el derecho de separación que muchos autores preconizan para evitar una posible tacha de inconstitucionalidad. Los que no estarían vinculados, como señala MERINO MERCHÁN⁷⁹, citando la SAP Valencia de 19 de abril de 2020, serían los socios disidentes que impugnen la modificación estatutaria por considerarla ilegal.

En relación con los conflictos que puedan originarse entre la sociedad y los socios, se plantea un problema cuando en el momento en que la controversia surge no concurre la condición de socio en uno de los implicados, bien porque tal condición todavía no se ha adquirido, en concreto cuando se trata de quien litiga contra la sociedad para que le reconozca la condición de socio, o porque ya se ha perdido, como es el caso del ex socio que impugna el acuerdo por el que se le privó de la condición de socio o cualquier otro aprobado cuando tenía tal condición. En ambos casos, para TARRIO BERJANO⁸⁰, *«sólo una interpretación demasiado flexible permitiría su vinculación»*.

En esta línea, respecto del primero de los supuestos, partiendo de que la vinculación de los adquirentes de las acciones o participaciones se producen como consecuencia de la adquisición de la condición de socio, MERINO MERCHÁN⁸¹ considera que tal vinculación no existe respecto de los adquirentes de acciones nominativas que no hayan llevado a cabo la correspondiente inscripción en el Libro Registro de acciones nominativas, ya que *«el convenio arbitral intraestatutario*

⁷⁸ Ver nota anterior.

⁷⁹ MERINO MERCHÁN, José Fernando: «Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011, en Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades», obra citada, página 103.

⁸⁰ TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», obra citada, página 298.

⁸¹ Ver nota anterior.

no puede oponerse a quien aún no tiene la condición de socio por el principio de la relatividad de los negocios jurídicos (art. 1257 CC)».

En el mismo sentido, para CARAZO LIÉBANA⁸², el comprador de las acciones a quien se deniega la inscripción en el libro-registro ni puede ejercitar los derechos que corresponden al accionista, por carecer de esta condición frente a la sociedad, ni se le puede exigir el cumplimiento de las normas estatutarias. Igualmente, sigue este planteamiento RODRÍGUEZ ROBLERO⁸³ con base en el art. 1257 del Código civil y citando la SAP de Vizcaya (Sección 4.^a), n.º 35/2002, de 12 de enero.

Sin embargo, en mi opinión, a pesar de la amplísima mayoría doctrinal en contra, es más acertada la postura mantenida por PERALES VISCASILLAS⁸⁴ al considerar que una interpretación flexible del ámbito subjetivo del convenio arbitral *«lleva a entender que quedan incluidos en el convenio aquellos sujetos que aún no siendo todavía socios litigan para conseguir dicha posición o por el contrario para que se les reconozca la misma»*.

De acuerdo con este planteamiento, y con lo señalado por FERNÁNDEZ DEL POZO⁸⁵ respecto de la sujeción al convenio arbitral de las controversias surgidas entre los socios sobre la transmisión de las participaciones, parece que lo más lógico sería distinguir en función de si se trata o no de una cuestión intrasocietaria. Así, si lo que se discute es la falta de validez civil, o mercantil, de la transmisión, por ejemplo, por vicios en el consentimiento o por defectos en el negocio de transmisión, la cuestión puede considerarse extrasocietaria y quedará fuera del convenio.

Pero si el objeto de la controversia es el cumplimiento o incumplimiento de las normas societarias, en particular de las estatutarias, que establecen los requisitos que permiten adquirir la condición de socio y que, por tanto, si se cumplen, obligan a la sociedad a inscribir la adquisición, la controversia tendrá carácter societario y parece lógico entender que está incluida en el ámbito objetivo y subjetivo del convenio arbitral. Ello ocurrirá con el supuesto más paradigmático en este ámbito, cual es la discusión sobre el cumplimiento de las restricciones estatutarias a la libre transmisión de acciones o participaciones y, en particular, las relativas a los derechos de adquisición preferente.

En estos supuestos, la sociedad está vinculada por los estatutos, en cuanto norma constitucional orgánica y de funcionamiento, y no tendría sentido que pueda

⁸² CARAZO LIÉBANA, María José: *El arbitraje societario*, obra citada, página 224.

⁸³ RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, obra citada, páginas 272 y 273.

⁸⁴ PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario», obra citada, página 227.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000», obra citada.

autodesvincularse del arbitraje mediante una decisión unilateral, cual es la de negar al adquirente su condición de socio mediante el rechazo de la pretendida inscripción en el libro-registro, invocando unos estatutos que precisamente imponen la sujeción a arbitraje de ese tipo de controversias. Si la sociedad pretende invocar los estatutos sociales para negar la inscripción en el libro de socios, lo lógico es que la resolución del conflicto se haga por el mecanismo arbitral previsto por los propios estatutos para la resolución de ese tipo de controversias claramente societarias.

En cuanto al adquirente de las acciones o participaciones, su pretensión es que cumple todos los requisitos legales y estatutarios para adquirir la condición de socio y que, por tanto, tiene derecho a que la sociedad inscriba su titularidad en el libro de acciones nominativas, o en el libro-registro de socio, por lo que si, ante la negativa de la sociedad a reconocerle su derecho decide litigar, lo lógico es que tenga que acudir al mecanismo arbitral, ya que sería contrario a sus propios actos y a la buena fe pretender que los estatutos le son aplicables solo en lo que le benefician. Si el adquirente pretende hacer valer su condición de socio, lo lógico es que se someta a los estatutos en su totalidad, más cuando la inscripción en el libro de acciones, o de socios, no es constitutiva, sino un requisito formal para poder ejercer frente a la sociedad todos los derechos inherentes a la adquisición. Y no sería muy congruente pretender obtener por la vía de la jurisdicción ordinaria una resolución por la que se le dé la razón y se le reconozca, desde su adquisición, su condición de socio y, por tanto, no solo su derecho a que la sociedad le inscriba en el libro de socios, sino también su obligación de someter este tipo de controversias a arbitraje.

En lo que se refiere al socio que ha perdido su condición de tal, la doctrina se divide entre quienes consideran, como RODRÍGUEZ ROBLERO⁸⁶, que la condición de socio es una postura procesal que debe existir en el momento en que se produzca la impugnación, y quienes, como CARAZO LIÉBANA⁸⁷, consideran que *lo relevante es que el objeto del litigio se produzca cuando el ex socio todavía formaba parte de la misma*. En mi opinión, esta es la solución más acertada, en línea con lo señalado respecto de quien reclama su condición de socio, cuando el objeto de la controversia sea la exclusión de un socio, ya que quien impugna esa decisión, pretendiendo que debe mantenerse su condición de socio, lo lógico es que siga el cauce previsto por unos estatutos que, si su posición es la acertada, le vinculan.

Y, en general, creo también razonable entender que el convenio arbitral prolonga su eficacia en el tiempo, aunque la cuestión se plantee cuando ya se haya producido la pérdida de la condición de socio, siempre que la controversia tenga su origen en un momento en el que se daban todos los requisitos, objetivos y subjetivos, que hacían aplicable el convenio, si bien no hay que olvidar que,

⁸⁶ RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, obra citada, página 272.

⁸⁷ CARAZO LIÉBANA, María José: *El arbitraje societario*, obra citada, páginas 225 y 226.

como recuerda CARAZO LIÉBANA⁸⁸, este planteamiento, en caso de impugnación de acuerdos, encontrará un escollo en la doctrina jurisprudencial que considera que si en el momento de la impugnación el impugnante ha perdido su condición de socio solo podrá estar legitimada en su condición de tercero.

En cuanto a los usufructuarios o titulares de otros derechos reales, como los acreedores pignoratícios, sobre acciones o participaciones sociales, existe bastante unanimidad en la doctrina en considerar que, al no tener la condición de socios, solo quedarán vinculados si tienen atribuidos derechos políticos. Efectivamente, si de lo que se trata es de impugnar acuerdos sociales, los usufructuarios y titulares de derechos reales estarán vinculados por la cláusula arbitral si los estatutos les confieren la legitimación para tal impugnación, ya que, aunque no sean socios, ocupan la posición del socio en cuanto a unos derechos que les atribuyen los estatutos y que deberán ejercitar conforme a esos estatutos. Si los estatutos no les atribuyen tales derechos solo podrán impugnar los acuerdos sociales en cuanto terceros, siempre que en ellos concurra un interés legítimo, y en cuanto tales terceros no están vinculados por la cláusula estatutaria de arbitraje. Ahora bien, como señala CARAZO LIÉBANA⁸⁹, aunque no se les atribuyan derechos políticos, si lo que se plantea es una controversia de naturaleza económica y de carácter intrasocietario debe entenderse que será vinculante la cláusula de arbitraje. En este sentido se manifiesta también PERALES VISCASILLAS⁹⁰, para quien, además, la cláusula arbitral sería aplicable a las acciones entre usufructuario y nudo propietario por razón del ejercicio de los derechos de socio.

3.2. *Especial eficacia del laudo arbitral en caso de impugnación de acuerdos sociales*

Cuando la controversia que se somete a arbitraje consiste en la validez o invalidez de un acuerdo social objeto de impugnación, la eficacia subjetiva de la cláusula arbitral presenta una importante singularidad consistente en que el laudo que se dicte puede vincular tanto a los litigantes como a los socios que no hayan intervenido en el litigio. Ello supone que el ámbito subjetivo de vinculación de la cláusula arbitral se extiende al laudo, quedando vinculados por él todos los que lo estaban por el convenio arbitral, hayan intervenido o no en el arbitraje.

Así, el párrafo tercero del art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, al regular la cosa juzgada material, que «*las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado*».

⁸⁸ Ídem.

⁸⁹ CARAZO LIÉBANA, María José: *El arbitraje societario*, obra citada, páginas 230 y 233.

⁹⁰ PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y convenio arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, obra citada, páginas 227 y 228.

Parece claro que esta norma debe aplicarse también al laudo por el que se resuelva el arbitraje sobre impugnación de acuerdos sociales, puesto que tal laudo, en cuanto equivalente jurisdiccional, debe producir efectos similares a los de la sentencia. Lo contrario sería crear una distinción injustificada entre sentencia y laudo y dejaría al arbitraje societario con escasa utilidad.

Una consecuencia lógica del art. 222.3 LEC es el art. 206.4 de la ley de Sociedades de Capital, que establece que *«los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez»*. Lo que, en definitiva, supone reconocer la legitimación de todos los socios, incluso los que hayan votado a favor del acuerdo, para intervenir, en defensa de sus intereses, en un proceso, o arbitraje, a cuyo resultado van a quedar en todo caso, aunque no litiguen, vinculados, ya que si se declara la nulidad del acuerdo no podrán iniciar otro procedimiento para defender su validez.

Esta supereficacia del laudo plantea una serie de problemas que, lamentablemente, no han sido resueltos por el legislador, lo que supone dilapidar una oportunidad idónea para resolver muchas dudas y para potenciar el arbitraje societario. Se trata, para OLAVARRÍA IGLESIAS⁹¹, de problemas prácticos, fundamentalmente procesales, como la acumulación de acciones o procesos y la intervención de sujetos originariamente no demandantes o no demandados, que se intentaron regular en ocasiones anteriores y *«ahora el legislador ni siquiera lo ha intentado. Sin duda, se trata en ese sentido de una ocasión fallida»*.

Son problemas de gran importancia práctica que pueden resultar de difícil solución en el ámbito que es ahora objeto de análisis, es decir, el de los socios vinculados por la cláusula arbitral, pero que, como se estudiará en el siguiente apartado, se convierten casi en irresolubles cuando interviene no ya un socio, sino un tercero con interés legítimo al que la ley reconoce legitimación para impugnar los acuerdos sociales, pero que no está vinculado por la cláusula arbitral.

La especial eficacia del laudo arbitral exige plantear, como primera cuestión, la publicidad del arbitraje, ya que parece lógico entender que, aunque la confidencialidad sea una de las notas caracterizadoras del arbitraje, cuando de la impugnación de acuerdos sociales se trata, la iniciación y existencia del arbitraje debería ser objeto de cierta publicidad para que pueda ser conocido por quienes tienen derecho a intervenir en el procedimiento y van a resultar vinculados, aunque no intervengan en él, por su resultado.

En este sentido, MERINO MERCHÁN⁹² considera, siguiendo el modelo italiano, que la ley 11/2011, por razones de seguridad jurídica, debería haber previsto algún

⁹¹ OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús: «Arbitraje estatutario intrasocietario: Su reconocimiento legal, en Estudios de Derecho Mercantil», *Liber Amicorum profesor dr. Francisco Vicent Chuliá*, coordinado por M.^a Victoria PETIT LAVALL, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, página 477.

⁹² MERINO MERCHÁN, José Fernando: *Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011*, obra citada, página 111.

sistema de publicidad, ya que *«interpuesta la demanda arbitral asiste el derecho al resto de los socios a conocerla, tanto por sus hipotéticos efectos materiales como procesales, ya que puede favorecer la acumulación con otras e incluso para que tenga lugar la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados (art. 13 LEC), o incluso para la intervención provocada (art. 14 LEC)»*.

En cualquier caso, la falta de regulación legal no impide que la publicidad del inicio del arbitraje pueda ser contemplada por el reglamento de la institución arbitral que administre el arbitraje o por los propios estatutos de la sociedad afectada. E, incluso, aunque en ningún sitio se contemple expresamente, la publicidad podrá ser acordada por la propia sociedad, en concreto por sus administradores, como una prudente medida de información y transparencia, y también por los árbitros, para garantizar la eficacia de su laudo.

De hecho, la falta de información de los socios no litigantes puede tener una gran relevancia práctica, ya que resulta difícil defender la vinculación al laudo, por aplicación del art. 222 LEC, respecto de socios a los que se les ha hurtado la posibilidad de intervenir en el arbitraje al no haber podido tener conocimiento de su existencia. En este línea, DÍAZ MORENO⁹³ señala que *«parece posible llegar a la conclusión (evidentemente con dudas) de que la regla de la preclusión (con su aplicación a través de las excepciones de cosa juzgada y litispendencia) debería afectar a los socios no impugnantes a los que les fue efectiva y tempestivamente notificada la pendencia del proceso de impugnación y no hicieron uso de su derecho a intervenir en él como actores. Por el contrario, con respecto a aquellos socios a los que no les fue notificada la impugnación (por la razón que fuere) no jugaría la litispendencia y la cosa juzgada más que cuando se diera realmente la identidad entre las causas de pedir»*.

La publicidad podría realizarse mediante notificación individual a los socios no litigantes y, también, a través de otros medios como puede ser la página web de la sociedad e, incluso, tratándose de acuerdos inscritos podría establecerse algún mecanismo de publicidad a través del Registro Mercantil directamente a instancia de la sociedad, sin necesidad de recurrir a la anotación preventiva como medida de aseguramiento ordenada por los árbitros, ya que parece lógico que se dé al inicio de un arbitraje, que puede originar la nulidad de un acuerdo social con efectos respecto a quienes no han litigado, la misma publicidad que a los acuerdos que se impugnan.

Por otra parte, la extensión de la cosa juzgada a socios no litigantes plantea otros muchos problemas que afectan de forma trascendental al desenvolvimiento del arbitraje societario, e incluso al éxito de la institución, cuya falta de regulación, como se ha señalado, es uno de los grandes fallos de la reforma de 2011.

⁹³ DÍAZ MORENO, Alberto: «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje administrado (alcance, lógica e implicaciones de una relación controvertida)», obra citada.

Muchas de estas cuestiones han sido tratadas esclarecedoramente por DÍAZ MORENO⁹⁴ y ARIZA COLMENAREJO⁹⁵, por lo que, siguiendo a ambos autores, me limitaré a realizar un apunte a alguna de ellas.

En particular, como ya se ha estudiado, los especiales efectos de cosa juzgada del laudo arbitral relativo a la impugnación de acuerdos sociales afectan al carácter institucional del arbitraje y, en especial, al procedimiento de designación de árbitros, ya que, como señala DÍAZ MORENO⁹⁶, lo importante «*no es tanto que el arbitraje sea administrado como que la designación de árbitros la efectúe un tercero independiente (en el sentido de diferente a los potenciales litigantes —sociedad e impugnantes—)*». Este planteamiento, como ya he señalado, podría perfectamente hacerse extensivo a la designación de la institución arbitral si ésta no ha sido prevista por los estatutos y se considera que tal omisión no debe impedir la eficacia de la cláusula arbitral.

La extensión *ultra partes* de la eficacia del laudo tiene también gran relevancia a la hora de resolver los complejos problemas de litispendencia que pueden plantearse durante la tramitación del arbitraje. Al respecto señala DÍAZ MORENO que «*es cierto que la Ley de Arbitraje no menciona esta figura, pero su alegación constituye una exigencia del propio principio de seguridad jurídica. ... De hecho, un laudo que no tuviera en cuenta la cosa juzgada o la litispendencia habría de considerarse, probablemente, un laudo contrario al orden público en el sentido del art. 40.1.f) Lar*».

El recurso a la litispendencia puede resultar relativamente sencillo cuando de lo que se trata es de la iniciación de una pluralidad de arbitrajes, ya que, iniciado un arbitraje, no se debería poder plantear otro si existe identidad objetiva, es decir, si se impugna el mismo acuerdo social. De hecho, los requisitos de la litispendencia deberían verse muy flexibilizados en estos casos ya que no se exige identidad subjetiva, puesto que los socios impugnantes pueden ser distintos, aunque sí existirá identidad en cuanto a los socios afectados por el laudo, que son todos, tanto los litigantes como los no litigantes, ni, en mi opinión, identidad causal, ya que lo lógico es que se resuelva sobre la validez o nulidad de un acuerdo social en un solo arbitraje en el que se puedan apreciar todas las posibles causas de nulidad que los diferentes socios puedan alegar. Esta idea es defendida por ARIZA COLMENAREJO⁹⁷ al considerar que la aplicación del art. 400 LEC, en relación con las peculiaridades del proceso societario, hacen que «*aunque en principio este precepto está pensado para la preclusión de alegaciones proveniente de un*

⁹⁴ Ver nota anterior.

⁹⁵ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», en *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁹⁶ DÍAZ MORENO, Alberto: «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje administrado (alcance, lógica e implicaciones de una relación controvertida)», obra citada.

⁹⁷ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: ver nota anterior.

sujeto, criterios de eficiencia procesal pueden hacer considerar necesaria su extensión también a todos los potenciales demandantes».

En estos casos, la publicidad de la iniciación del arbitraje, a la que antes se ha hecho referencia, permitiría a todos los socios conocer su existencia y la posibilidad de incorporarse al procedimiento arbitral, aportando sus razones y argumentos, que no tienen por qué coincidir con las de los demandantes originarios, a favor de la validez o de la nulidad del acuerdo social. Y, en todo caso, si llega a plantearse por algún socio un segundo arbitraje, puesto que la sociedad será siempre demandada en todo procedimiento arbitral que pueda plantearse sobre impugnación de acuerdos sociales, parece razonable entender que los administradores, o quien ostente la representación de la sociedad en el arbitraje, estarán obligados a alegar la litispendencia para reconducir la situación planteada al primer arbitraje.

Pero la cuestión es mucho más compleja cuando lo que se produce es una concurrencia de procedimientos arbitrales y judiciales. En tales casos señala DÍAZ MORENO⁹⁸ que *«como principio general árbitros y jueces no pueden ser nunca competentes al mismo tiempo y la existencia de dos procesos, uno arbitral y otro judicial, no se resuelve técnicamente mediante la excepción de litispendencia, sino a través de otras figuras como la declinatoria».*

Si existe identidad de partes, la solución puede ser, más o menos, sencilla. Si comenzado el arbitraje, señala DÍAZ MORENO, se promueve un procedimiento judicial sobre el mismo objeto deberá formularse la oportuna declinatoria y si no se hace habrá que entender que las partes renuncian al arbitraje y consienten en que el asunto se resuelva por la vía jurisdiccional, lo que determinará la terminación del arbitraje por incompetencia sobrevenida de los árbitros. Si se inicia la cuestión en la vía judicial y esta vía deviene definitiva, por no plantear el demandado la declinatoria en tiempo y forma, deberá entenderse que ya no es posible la vía arbitral por falta de competencia de los árbitros.

El problema es que, en sede de impugnación de acuerdos sociales, los demandantes pueden ser múltiples y los distintos socios impugnantes pueden optar en unos casos por la vía arbitral y en otros por la vía jurisdiccional, lo que determinaría la competencia simultánea tanto de los árbitros como de los jueces y el riesgo de que se produzca una pluralidad de resoluciones, arbitrales y judiciales contradictorias. En estos casos, para DÍAZ MORENO, si no existen entre los litigantes identidad subjetiva que permita acudir a la excepción de litispendencia, *«quizás sea simplemente imposible resolver la cuestión de manera satisfactoria (al menos de lege data)».*

⁹⁸ DÍAZ MORENO, Alberto: «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje administrado (alcance, lógica e implicaciones de una relación controvertida)», obra citada.

Sin embargo, en mi opinión, puesto que el resultado del proceso va a ser vinculante en todo caso para todos los socios, litiguen o no, resulta absolutamente necesario algún sistema que evite la duplicidad de resoluciones, en este caso una sentencia y un laudo, con contenido contradictorio, por ejemplo, en un caso declarando nulo un acuerdo y en otro válido, pero con el mismo ámbito de vinculación subjetiva, es decir, la sociedad y todos los socios.

Como ya he expuesto con anterioridad, la cuestión puede ser menos conflictiva si se entiende que los administradores están, en todo caso, vinculados por la cláusula de los estatutos que ordena someter a arbitraje toda controversia societaria y, en particular, la impugnación de acuerdos sociales, de tal forma que se puede entender que no están legitimados para acudir, en estos casos, a la vía judicial y si es el demandante el que interpone su demanda en esta vía tienen la obligación de interponer, en tiempo y forma, la declinatoria para que la cuestión sea resuelta conforme ordenan los estatutos, es decir, por la vía arbitral. Si los administradores cumplen con su obligación, y lo contrario podría acarrear su responsabilidad, aunque algún socio pretenda acudir a los tribunales, la vía arbitral deberá imponerse y el resultado será un único arbitraje en el que se decida sobre la validez del acuerdo social discutido, cualesquiera que sean los litigantes y las razones de nulidad invocadas.

En otro caso, la solución será ciertamente difícil y lo razonable sería una reforma legal que resuelva una cuestión, la posible existencia de resoluciones contradictorias con la misma eficacia, que puede comprometer seriamente la viabilidad del arbitraje societario, como veremos al estudiar la problemática derivada de la intervención de terceros.

Finalmente, en línea con todo lo anterior, para conseguir la existencia de un único arbitraje y una única resolución, tiene especial importancia el reconocimiento a todos los socios del derecho de intervención adhesiva en el arbitraje, ya que, como señala DÍAZ MORENO, *«una vez asumido que el laudo que se dicte ha de afectar a todos los socios (hayan o no litigado), que todos ellos están vinculados por el convenio arbitral estatutario y que, formulada la primera impugnación entrará en juego ... la excepción de litispendencia, resulta imprescindible para salvaguardar el derecho de defensa reconocer a los socios la posibilidad de participar en calidad de demandantes en el primer expediente arbitral»*.

La intervención de estos socios será adhesiva y litisconsorcial, lo que supone reconocerles la misma situación procesal que al demandante originario, de tal forma que podrá continuar el procedimiento aunque el primer demandante renuncie a la acción o desista.

Como consecuencia lógica, si la existencia del arbitraje no ha sido notificada a los socios no demandantes o no ha sido objeto de publicidad en los términos antes expuestos, DÍAZ MORENO considera que el propio árbitro podrá realizar la notificación de manera individualizada o mediante anuncios.

Por último, señalar que la especial eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, como ha defendido ARIZA COLMENAREJO⁹⁹, debe predicarse tanto de los casos en los que se declare la nulidad del acuerdo como de aquellos en los que el resultado del arbitraje sea la desestimación de la impugnación, con la consiguiente proclamación de su validez, de tal forma que en este caso ningún socio, haya o no litigado, podrá ya plantear en otro proceso, judicial o arbitral, su nulidad.

4. Terceros

4.1. Problemática

Todas las cuestiones apuntadas en el apartado anterior, como ya adelantaba, pueden ver aumentada exponencialmente su complejidad, hasta el punto de hacerse irresolubles y constituir un grave obstáculo para la institución del arbitraje societario, cuando aparece un tercero al que la ley atribuye legitimación para impugnar un acuerdo social.

Para la inmensa mayoría de la doctrina esos terceros legitimados para impugnar los acuerdos sociales no están vinculados por una cláusula estatutaria de arbitraje que no han consentido y, por tanto, tienen siempre abierta la vía judicial. Ello origina la posibilidad de que la misma cuestión sea objeto de un procedimiento arbitral y otro judicial, lo que provoca numerosos y complejos problemas que los autores se esfuerzan, con grandes dudas y en ocasiones con cierto desánimo, en resolver.

Una primera vía de solución sería conseguir que esos terceros opten voluntariamente por seguir la senda arbitral. Para ello, como ya se ha señalado, sería conveniente que la cláusula estatutaria de arbitraje contemple expresamente la vinculación de la sociedad si es el tercero el que, pese a no estar obligado a ello, opta por esa vía e, incluso, podría sostenerse que aunque no se contemple expresamente en la cláusula la sociedad quedará en todo caso vinculada cualquiera que sea el demandante, especialmente si en la cláusula en cuestión consiste en la orden de que todos los conflictos intrasocietarios, y la impugnación de un acuerdo social lo es aunque existan terceros interesados, se resuelvan por arbitraje.¹⁰⁰

Y si el arbitraje es iniciado por los socios habría que incentivar que los terceros puedan incorporarse al proceso arbitral, mediante la correspondiente adhesión, para defender en él sus derechos en vez de acudir a la vía judicial. Tal

⁹⁹ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», obra citada.

¹⁰⁰ A favor de esta solución se manifiesta ARIZA COLMENAREJO al señalar que «*en este caso concurren ambas voluntades y hay acuerdo sobre la vía de resolución: para el tercero porque acude al arbitraje directamente como mejor opción; y para la sociedad, porque previamente consta su voluntad en los estatutos sociales en abstracto.*»; ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», obra citada, página 1578.

posibilidad podría entenderse siempre procedente, como he defendido, aunque no está de más que se contemple tal posibilidad en la cláusula estatutaria o en los reglamentos de las instituciones arbitrales¹⁰¹, contemplando, incluso, incentivos, como puede ser alguna medida en materia de reducción de costes, para que la vía arbitral sea atractiva para los terceros¹⁰².

Lo que ocurre es que estas soluciones no dejan de ser medidas preventivas que pretenden animar a los terceros a participar en el arbitraje, pero lo cierto es que tal decisión depende de su libre arbitrio, de tal forma que los terceros siempre podrán optar por acudir a la vía judicial para conseguir la tutela de sus derechos. Tal posibilidad crea un panorama ciertamente complicado, cual es la posible existencia de dos procedimientos distintos, uno arbitral y otro judicial, que pueden acabar con dos resoluciones contradictorias, una declarando la nulidad del acuerdo y otra su validez.

Ante esta situación, la doctrina se esfuerza por buscar diversas soluciones que intentaré esquematizar.

En unos casos se opta por dar preferencia a la vía judicial, como hace BONACHERA VILLEGAS¹⁰³, que, reconociendo el riesgo de equivocarse, se inclina por *«reconocer en estos supuestos la competencia de la jurisdicción ordinaria con preferencia al arbitraje, dado que el tercero no quedará vinculado por lo resuelto en el procedimiento arbitral»*.

En la misma línea, RODRÍGUEZ ROBLERO¹⁰⁴ defiende *«que prevalezca la vía judicial, ya que a ésta estarán sometidos todos (tanto los socios como los terceros) mientras que al cauce arbitral solamente estarán vinculados los primeros»*. Para esta autora, existiendo dos procedimientos paralelos, la acumulación es inviable por falta de homogeneidad de los procedimientos judicial y arbitral y *«tampoco podrá pedirse al juez ni al árbitro que se declaren incompetentes en favor del otro, ya que el primero será el único competente con respecto a terceros... mientras que el segundo está facultado para decidir sobre su propia competencia... y tiene la obligación de cumplir fielmente su encargo»*.

¹⁰¹ De hecho, tal posibilidad resulta frecuentemente prevista en los reglamentos de procedimiento de las asociaciones de arbitraje, según TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo: ver nota anterior de este autor, página 137.

¹⁰² OLAVARRÍA IGLESIAS propone que *el árbitro, si estima que pueden existir intereses de terceros que se puedan ver afectados por el arbitraje, debería comunicarles (si es que consigue identificar quiénes son esos terceros) su existencia ofreciéndoles la posibilidad de que, si así lo desean, intervengan en el procedimiento arbitral sometiéndose al mismo tiempo*; OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: «Arbitraje estatutario intrasocietario. Su reconocimiento legal», *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, por María Victoria PETIT LAVALL (coord.), páginas 477 a 481.

¹⁰³ BONACHERA VILLEGAS, Raquel: *Los arbitrajes especiales*, Thomson Reuters, Cívitas, 2010, páginas 59 y 60.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, obra citada, páginas 289 y 290.

Otros autores optan por acudir al criterio temporal, pero con distintos matices. Así, CARAZO LIÉBANA¹⁰⁵ considera que si se inician dos procesos paralelos, *«dado que el tercero no queda vinculado por el convenio arbitral, resulta imprescindible el reconocimiento de la competencia jurisdiccional ordinaria»*. En el caso de que, iniciado en primer lugar el arbitraje, se haya dictado ya el laudo si se decreta la nulidad del acuerdo considera que ya no es posible la vía jurisdiccional¹⁰⁶ y prevalecerá el arbitraje, pero si el laudo declara válido el acuerdo el tercero no resulta vinculado y podrá acudir al proceso judicial posterior para pedir su nulidad.

ARIZA COLMENAREJO¹⁰⁷ realiza recientemente un estudio en profundidad de la cuestión, buscando soluciones para *«una situación anómala donde se genera inseguridad jurídica ante el riesgo de tener decisiones contradictorias»*. Como ya se señaló, la autora opta por recurrir, en primer lugar, a mecanismos que permitan incorporar voluntariamente al tercero al arbitraje desde el inicio. Si esas medidas no funcionan y el arbitraje ha terminado con un laudo que declara la nulidad del acuerdo no sería ya posible la vía judicial ya que *«el laudo extenderá sus efectos a estos terceros puesto que el acuerdo desaparece y también desaparece la legitimación para impugnarlo»*. Pero incluso si el laudo declara la validez del acuerdo, ARIZA COLMENAREJO¹⁰⁸ opta por defender que en estos casos *«también puede extenderse el efecto de la cosa juzgada del laudo a todos aquellos inicialmente legitimados, hayan intervenido en el procedimiento arbitral o no»*.¹⁰⁹

Se tratan, todos ellos, de esfuerzos encomiables para resolver un importante problema, pero, ante la falta de regulación legal, quizás no queda más remedio que reconocer que es un problema sin solución y que, como señaló, y se ha citado anteriormente, OLAVARRÍA IGLESIAS¹¹⁰, la reforma de 2011 supuso una *«ocasión fallida para resolver el riesgo de dos resoluciones contradictorias con la misma fuerza de cosa juzgada (el laudo y la sentencia)»*. Para este autor el riesgo *«no sólo es real, sino que, además, es inevitable»* puesto que la declinatoria no

¹⁰⁵ CARAZO LIÉBANA, María José: *El arbitraje societario*, obra citada, páginas 237 a 240.

¹⁰⁶ En tal caso *«el actor (tercero) no tendría interés en que se desarrolle un nuevo proceso al haberse decretado ya la nulidad del acuerdo social que va a impugnar»*.

¹⁰⁷ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», obra citada.

¹⁰⁸ Lo que supone matizar su postura en una primera aproximación (*La regulación del arbitraje estatutario*, La Ley 2011, página 53, obra citada) en la que optaba por dar preferencia a la resolución que declarase la nulidad.

¹⁰⁹ Para ello, la autora, partiendo de la insuficiencia de la legislación, considera que *«la relación de litispendencia entre proceso arbitral y judicial existe cuando el mismo acuerdo social es impugnado en base a motivos idénticos ya que la eficacia de la decisión que primero se tome, extenderá sus efectos subjetivos a todos los que estuvieren en condiciones de impugnar, con independencia de que la decisión sea estimatoria o desestimatoria de la nulidad.»* Consecuencia de ello sería que *«en determinadas circunstancias, lo decidido por el árbitro puede constituir antecedente lógico en la decisión de otro proceso... y, concluye, el art. 222.2 LEC: constituye un argumento más en la extensión subjetiva de la cosa juzgada del laudo arbitral, ya que afecta de manera prejudicial a quien ostenta legitimación activa para el ejercicio de otro tipo de acción»*.

¹¹⁰ OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: «Arbitraje estatutario intrasocietario. Su reconocimiento legal», obra citada, páginas 477 a 481.

puede interponerse, ya que el tercero no está vinculado por la cláusula arbitral, la solución de litispendencia no es posible por falta de identidad de los sujetos, la acumulación de autos no parece viable dada la falta de homogeneidad de los procedimientos, la abstención del árbitro no está prevista en la LA y podría comportarle responsabilidad por no emitir el laudo en plazo, y la eficacia de cosa juzgada material de autos se extiende a todos los socios, pero no a terceros, que no han litigado y que podrán impugnar judicialmente el acuerdo objeto del laudo, careciendo de apoyo legal la propuesta de dar preferencia a la primera resolución en el tiempo. Por todo ello, para OLAVARRÍA IGLESIAS la única solución sería acudir a las soluciones preventivas, pero si éstas no funcionan *«el problema subsiste y, sin duda, su solución requiere la intervención del legislador»*.

Se plantea entonces la necesidad de un reforma legal absolutamente imprescindible, puesto que si bien es cierto que la intervención de terceros en estos conflictos puede no ser muy frecuente, su sola posibilidad puede ser un elemento disuasorio del arbitraje y, lo que es peor, la posibilidad de intervención de terceros puede ser utilizada o propiciada, de manera encubierta o indirecta, por socios cuyo interés no está en resolver la controversia de la forma más rápida y eficaz, si no, muy al contrario, en alargarla lo más posible, utilizando todos los medios a su alcance para conseguir la parálisis de la sociedad en beneficio propio.

Pero entonces el *quid* de la cuestión debería ser estudiar si existe una solución posible con la regulación actual y, en su defecto, cuáles podrían ser las soluciones legales más adecuadas.

4.2. Posibles soluciones

Con la regulación actual, como se ha expuesto, el problema deriva de la falta de eficacia del convenio arbitral, contenido en los estatutos, respecto de los terceros legitimados para impugnar los acuerdos sociales.

Esta falta de vinculación de los terceros es un dogma mantenido, con casi absoluta unanimidad, por toda la doctrina como algo obvio que, para muchos autores, ni siquiera necesita explicación. Puesto que los terceros que tienen alguna relación con la sociedad no han consentido la cláusula arbitral, ni se han subrogado en la posición de quien sí lo ha hecho, no están vinculados por esa cláusula y se considera evidente que debe quedar a salvo su derecho constitucional a acudir a la jurisdicción ordinaria y obtener la tutela judicial efectiva, por lo que tendrán siempre abierta la vía judicial para el ejercicio de la acción que la ley les reconoce para la impugnación de los acuerdos que les perjudiquen.

Sin embargo, existe una notabilísima excepción en este panorama de unanimidad doctrinal, cual es la de PÉREZ DE LA CRUZ¹¹¹, quien realiza una valiosísima aportación en los dos siguientes párrafos que transcribo:

¹¹¹ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: *«El arbitraje societario»*, en *Comentario a la ley de*

«Nosotros somos proclives a suscribir las posiciones que ensanchan el ámbito de arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales. Tanto si el impugnante es un socio como un tercero que quiere aprovechar las facultades legitimatorias que al respecto le reconoce el art. 117 LSA. Y estos últimos porque no nos parece relevante el argumento de que no siendo el tercero suscriptor del convenio arbitral recogido en los estatutos, no puede vincularles, por razones de orden público, con atisbos incluso de cuestión de constitucionalidad, que entronca con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

La irrupción de un tercero en el ámbito interno de la compañía de forma y manera que la vigente LSA le otorga legitimación activa para la impugnación de los acuerdos asamblearios en cuya gestación no participa supone, en definitiva, darle la posibilidad de cuestionar sobre la correcta formación de la voluntad social. Si hasta tal punto se le permite inmiscuirse en la vida y en los intereses de un tercero, no hay razón para eximirlo de la observancia de las normas que rigen el funcionamiento de la sociedad en la que intenta interferirse, interesando que se decrete la nulidad de una “declaración de voluntad” de un tercero.»

Aunque comparto plenamente el planteamiento de PÉREZ DE LA CRUZ, magistralmente expuesto, desde una perspectiva realista hay que admitir que, dada la postura doctrinal casi unánime y la jurisprudencia de los tribunales, muchas veces restrictiva con el arbitraje cuando no claramente antiarbitral, resulta muy optimista pensar que una solución de este tipo pueda acabar imponiéndose con la actual regulación, por lo que no queda más remedio que buscar la solución por vía de una reforma legal.

Puesto que la esencia del problema consiste en la falta de vinculación a la cláusula arbitral de los terceros legitimados para impugnar los acuerdos sociales, creo que las posibles soluciones pasan por el estudio de la posibilidad de modificar uno de los dos elementos de la ecuación, es decir, por suprimir la legitimación de los terceros para impugnar los acuerdos sociales o por condicionar esa legitimación a lo dispuesto en los estatutos sociales, es decir, de existir, a la cláusula arbitral.

Soy consciente de que, a estas alturas, cualquiera de las dos soluciones puede parecer temeraria, especialmente después de la reacción que en muchos autores ha provocado, con tacha de inconstitucionalidad incluida, el solo hecho de que el convenio arbitral pueda ser impuesto, por la vía de la modificación de los estatutos, a socios que no han votado a favor de la reforma estatutaria. Pero, sin embargo, creo que una reforma legal en este sentido, en línea con el planteamiento de PÉREZ DE LA CRUZ, no solo podría ser perfectamente constitucional, sino que sería absolutamente necesaria para evitar la gran distorsión que supone la aparición de

arbitraje, coordinado por Alberto DE MARTÍN MUÑOZ y Santiago HIERRO ANÍBARRO, Marcial Pons, 2006, páginas 965 y 966.

un tercero legitimado para impugnar acuerdos sociales, pero no vinculado por las reglas de juego a la que se sujetan todos los demás involucrados.

Estudiaré a continuación las dos posibles soluciones por separado.

A) EXCLUSIÓN LEGAL DE LOS TERCEROS DE LA LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR ACUERDOS SOCIALES

En mi opinión, creo que puede ser discutida la oportunidad, y la necesidad, del reconocimiento legal de la legitimación de los terceros ajenos a la sociedad para la impugnación de los acuerdos sociales, que son expresión de la voluntad de una persona jurídica, por el mismo procedimiento previsto para los socios, es decir, para quienes se integran en la persona jurídica y son los configuradores de la voluntad objeto de impugnación.

Por supuesto, el tercero ajeno a la sociedad que resulta perjudicado en sus legítimos intereses por un acuerdo social contrario a las leyes o a los estatutos debe recibir protección jurídica suficiente del ordenamiento jurídico y esa protección debe incluir el derecho constitucional a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, conforme al art. 24 de la Constitución española.

Ahora bien, lo que no creo es que esa protección deba necesariamente consistir en la atribución de una acción de impugnación por un procedimiento especial que está pensado para los socios y cuya finalidad es declarar la nulidad de un acuerdo, es decir, de un acto de voluntad de la sociedad, con una eficacia extraordinaria que alcanza no solo a los litigantes, sino también a los socios que no hayan litigado.

El tercero perjudicado por un acuerdo de una sociedad debe poder acudir a los tribunales de justicia para que éstos adopten las medidas que sean necesarias para evitar que sus intereses legítimos queden perjudicados, pero tales medidas deberían depender de cada caso concreto y solo en casos excepcionales, y como última posibilidad deberían consistir en la declaración de la nulidad, con efectos *erga omnes*, de un acto de voluntad de una persona jurídica.

Reconocer al tercero legitimación para impugnar los acuerdos sociales por el procedimiento *ad hoc*, claramente pensado para las impugnaciones de los socios, supone darle un extra de legitimación, ya que, como enseña PÉREZ DE LA CRUZ¹¹², se le permite «*la irrupción en el ámbito interno de la compañía, la impugnación de los acuerdos asamblearios en cuya gestación no participa y la posibilidad de cuestionar sobre la correcta formación de la voluntad social*». Y, creo, este extra de legitimación puede ser una decisión de política legislativa, pero no un mandato constitucional.

¹¹² Obra citada en la nota anterior.

El legislador podría perfectamente prescindir de esa legitimación extraordinaria, reconocer al tercero la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva de su interés lesionado por los procedimientos generales y reservar el proceso especial de impugnación de acuerdos sociales, con una eficacia excepcional de cosa juzgada material, a los socios, es decir, a los integrantes de la persona jurídica y únicos responsables de la formación de su voluntad.

De hecho, esta solución ya existe en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el art. 206.1 LSC excluye de la legitimación para impugnar los acuerdos a los socios que, individual o conjuntamente, no representen, al menos, el uno por ciento del capital, reconociéndoles, en tal caso, el «*derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado*». Lo que pone de manifiesto que es posible, y no se ha puesto en duda la constitucionalidad de la medida, sustituir la acción de impugnación por una acción de resarcimiento de daños, lo que permite proteger el interés del tercero perjudicado y, al mismo tiempo, mantener un acuerdo social que no es impugnado por ningún socio.

B) RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS TERCEROS PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOCIALES CON SOMETIMIENTO A LA CLÁUSULA ESTATUTARIA DE ARBITRAJE

Si se considera excesiva la supresión de la legitimación de los terceros para impugnar los acuerdos sociales creo que sería posible una segunda solución legal, reducida al ámbito estricto del arbitraje societario y al problema que estamos estudiando, que consistiría en mantener esa legitimación, pero condicionándola, de tal forma que el tercero puede elegir entre ejercitar por vía judicial la acción de resarcimiento del daño u optar por impugnar la validez del acuerdo social, pero con sujeción a la cláusula estatutaria de arbitraje.

Si concluimos que es posible y constitucional suprimir la legitimación para impugnar los acuerdos sociales mediante su sustitución por una acción judicial de resarcimiento de daños, creo que no habría ningún problema en permitir al tercero optar por la vía de resarcimiento del daño en vía judicial o por el procedimiento especial de impugnación de acuerdos sociales con sujeción al cauce arbitral previsto en los estatutos, de forma que en el ejercicio de la acción de impugnación, los terceros, como señala PÉREZ DE LA CRUZ, no queden eximidos «*de la observancia de las normas que rigen el funcionamiento de la sociedad en la que intenta interferirse, interesando que se decrete la nulidad de una “declaración de voluntad” de un tercero*».

De esta forma, los terceros que quisieran impugnar un acuerdo social por el procedimiento especial previsto para los socios en la Ley de Sociedad de Capital quedarían sometidos a los mismos requisitos y exigencia que los propios socios y, en especial, a lo que al respecto establezcan los estatutos, que no hay que olvidar son la norma constitucional de organización y funcionamiento de la persona

jurídica cuya voluntad se trata de impugnar. De hecho, esos estatutos contienen las normas fundamentales para la formación de la voluntad social y, en muchos casos, su violación será el fundamento de la acción de impugnación, por lo que resulta lógico que quien quiera utilizar los estatutos para conseguir la nulidad de un acuerdo deba hacerlo por la vía que esos mismos estatutos imponen.

Si los estatutos sociales prevén el arbitraje como forma de resolución de estas controversias, los terceros quedarían vinculados, lo que supone que podrían iniciar el arbitraje y adherirse al ya comenzado, pero también que, si son ellos los que inician el procedimiento de impugnación para conseguir la nulidad de un acuerdo, deberán hacerlo por la vía arbitral y si acuden a la vía judicial, la sociedad, o cualquiera de los socios, podrá interponer la oportuna declinatoria para reconducir la cuestión a vía arbitral prevista en los estatutos. Todo ello no violaría su derecho constitucional a la tutela judicial, puesto que siempre podrán obtener la protección jurisdiccional de su interés lesionado mediante el ejercicio de la acción de resarcimiento del daño causado.

A estos efectos, resultaría fundamental la publicidad que el Registro Mercantil proporciona de los estatutos sociales puesto que permite a los terceros que se relacionan con especial intensidad con la sociedad, que *irrumpen* en ella, en palabras de PÉREZ DE LA CRUZ, en un grado tal que resultan especialmente afectados por sus acuerdos, conocer, al igual que conocen el capital social y otras cuestiones de la sociedad, que para ellos puede ser de extraordinaria importancia, que en caso de que quieran acudir al procedimiento especial de impugnación de acuerdos deberán hacerlo por la vía arbitral prevista en los estatutos. Si el tercero considerase que la imposición estatutaria del arbitraje puede resultar negativa para sus intereses podrá optar por no relacionarse con esa sociedad, como puede ocurrir, por ejemplo, si considera que su bajo capital social no le inspira suficientes garantías, o, si lo hace, optar por ejercer su legítimo derecho a la tutela judicial por los procedimientos ordinarios para conseguir el resarcimiento de daño que, en su opinión, el acuerdo le ha producido¹¹³.

VII. INSCRIPCIÓN DEL LAUDO EN EL REGISTRO MERCANTIL

El art. 11 ter se refiere a la *anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles* en los siguientes términos:

«1. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto.

¹¹³ Incluso, en caso de modificación estatutaria para la introducción de una cláusula de arbitraje podría reconocerse a los terceros afectados el derecho de oposición.

2. *En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, el laudo determinará, además, la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.»*

El precepto tiene un claro paralelismo con el art. 208 de la Ley de Sociedades de Capital, que, respecto de *la sentencia estimatoria de la impugnación*, establece que:

«1. *La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El “Boletín Oficial del Registro Mercantil” publicará un extracto.*

2. *En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.»*

El art. 11 ter ha sido menos polémico que el 11 bis y los tratadistas le prestan menor atención, aunque no dejan de plantearse cuestiones conflictivas, algunas de ellas similares a las relativas a la anulación judicial de acuerdos, como es la relativa a si la competencia para realizar el *juicio de contradicción*, necesario para la determinación de cuáles son los asientos posteriores contradictorios que deban cancelarse, corresponde al juez, o al árbitro en caso de arbitraje, o al registrador mercantil¹¹⁴.

En relación específicamente al arbitraje societario, ha sido especialmente polémica la cuestión de la documentación pública del laudo, en concreto si el laudo es directamente inscribible en el Registro Mercantil o si para tal inscripción es necesaria la previa protocolización notarial.

El Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, siguiendo las recomendaciones del informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, incluía un inciso final en el art. 11 ter. 1 por el que se establecía que: «*Será necesaria la protocolización del laudo para su inscripción en el Registro Mercantil cuando el acuerdo anulado constase en documento notarial.*» Tras diversas enmiendas¹¹⁵, este apartado fue eliminado.

Ello ha llevado a autores como OLIVENCIA RUIZ¹¹⁶, ARIZA COLMENAREJO¹¹⁷ o

¹¹⁴ En esta materia resulta de especial interés la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas resoluciones y en particular en la de 6 de junio de 2019.

¹¹⁵ Sobre la tramitación parlamentaria de este artículo se puede ver: OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo*, obra citada, páginas 695 a 698.

¹¹⁶ OLIVENCIA RUIZ, Manuel: *Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario*, en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Actualizados conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003*, obra citada, páginas 183 a 185.

¹¹⁷ ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «La regulación del arbitraje estatutario», en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2001*, obra citada, página 63.

MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA¹¹⁸ a considerar que el laudo es directamente inscribible en el Registro Mercantil sin necesidad de previa protocolización notarial, constituyendo el art. 11 ter, para estos autores, una excepción al principio de titulación pública como requisito para la inscripción en el Registro Mercantil, consagrado en los artículos 18.1 del Código de Comercio y 5 del Reglamento del Registro Mercantil.

Sin embargo, el planteamiento opuesto ha sido recogido por autores como DE LA CRUZ BLANCO¹¹⁹, antes de la reforma, VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO¹²⁰, TARRIO BERJANO¹²¹ y OLAVARRÍA IGLESIAS¹²². En particular, este último considera que *«de la tramitación parlamentaria no se puede extraer una posición concluyente. La supresión del último inciso del apartado 1 del artículo 11 ter del proyecto obedeció a dos enmiendas. La número 19 del Grupo Popular que propugnaba efectivamente la inscripción del laudo sin protocolización y la número 56 del Grupo Socialista que se justificaba diciendo que la supresión del citado inciso se trataba de una “mejora técnica”. Por otra parte, entendemos que el art. 11 ter de la Ley no regula de modo alguno el título inscribible en que debe contenerse para conseguir la inscripción del laudo. ... Así las cosas, entendemos que la cuestión relativa al título formal que permite el acceso del laudo al Registro se mantiene en los mismos términos que antes de la reforma. Quiero ello decir que no existiendo norma con rango legal ni norma en el RRM que prevea la inscripción del laudo en virtud de documento privado, parece que debe mantenerse inalterable la vigencia del principio de titulación pública registral (art. 18.1 Ccom. Y 5 RRM).»*

En mi opinión, este es el planteamiento correcto. El artículo 11 ter tiene un texto claro y no se puede hacerle decir lo que no dice con la única base de una tramitación parlamentaria que no es para nada concluyente. Lo que el art. 11 ter regula es la inscripción del laudo en el Registro Mercantil sin necesidad de ejecución, pero no las formalidades y requisitos documentales de tal inscripción. El que el laudo sea directamente inscribible, al igual que lo es la sentencia judicial, excluye cualquier intervención judicial, no siendo, por tanto, necesaria ninguna homologación o auxilio judicial, vía ejecución, para el acceso al Registro, pero del texto de la norma no puede extraerse una tácita modificación del régimen general de documentación pública y acceso al Registro Mercantil.

¹¹⁸ MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M.ª: *Tratado de Derecho Arbitral*, 4.ª edición, obra citada, páginas 320 y 321.

¹¹⁹ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: «El arbitraje societario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra citada, páginas 970 y 971.

¹²⁰ VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, Miguel: «La reforma de la ley de arbitraje: aspectos notariales y registrales», obra citada.

¹²¹ TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra citada, páginas 306 a 308.

¹²² OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo*, obra citada, páginas 702 a 704.

La equiparación entre sentencia y laudo tiene sentido en cuanto a su eficacia material, en este caso el acceso al Registro Mercantil, pero no supone una equiparación total ni convierte al laudo en un documento público, debiendo regirse uno y otro documento por sus reglas propias de formalización, reglas que no son modificadas ni por el art. 11 ter de la ley de arbitraje ni por el art. 208.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Así, del art. 208.1 de la Ley de Sociedades de Capital, de idéntico tenor literal al art. 11 ter, no puede deducirse que lo que deba presentarse en el Registro Mercantil sea la propia sentencia dictada, y firmada, por el juez, sino que, por una lógica remisión a la regulación de los requisitos formales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que deberá presentarse en el Registro Mercantil será el testimonio de la sentencia expedida por el letrado de la Administración de Justicia en el que se contenga el texto de la resolución y se haga constar su firmeza, sin que el art. 208 LSC pueda interpretarse como una excepción a la Fe Pública Judicial, atribuida a los letrados de la Administración de Justicia en los arts. 145 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Del mismo modo, del art. 11 ter no puede deducirse una modificación tácita, o más bien presunta, del régimen general de documentación de los laudos, de tal forma que si bien la regla general es, conforme al art. 37. 3 de la Ley de Arbitraje, la constancia por escrito del laudo con la firma de los árbitros, puesto que el laudo es un documento privado cuando se pretenda su acceso a un Registro Público deberán aplicarse las reglas específicas sobre la materia, en concreto el art. 18 del Código de Comercio, y procederse a su protocolización notarial como requisito previo a la inscripción.

Y es que la protocolización del laudo no es un trámite engorroso e inútil, de *infausta memoria*, como decía la enmienda del Grupo Popular, sino, muy al contrario, se trata de un requisito esencial para la seguridad jurídica y la protección de todos los intereses en juego. Como señala TARRIO BERJANO¹²³, «*la eficacia sustantiva, probatoria y documental del instrumento público que le confieren las presunciones de autoría, veracidad y autenticidad evitarán ulteriores y costosas discusiones sobre la integridad e identidad del laudo dictado, la existencia, o no, de previa y suficiente deliberación de los árbitros, su fecha u otras muchas posibles.*»

En este sentido, OLAVARRÍA IGLESIAS¹²⁴ estima que si, en contra de la tesis por él defendida, se considerase que la protocolización del laudo no es obligatoria sería «*desde un punto de vista práctico aconsejable, por razones de seguridad jurídica, su protocolización o elevación a público para su inscripción en el Registro*

¹²³ TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra citada, página 308.

¹²⁴ OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo*, obra citada, página 704.

Mercantil, lo que en todo caso deberá hacerse en los arbitrajes institucionales cuando, como sucede frecuentemente, el Reglamento de la correspondiente institución arbitral así lo exija».

Hay que tener en cuenta que si se considera, con base en la simple justificación de una enmienda que no es la que prosperó, que el art. 11 ter de la Ley de Arbitraje es una norma autónoma que excluye las reglas generales de nuestro ordenamiento sobre documentación y acceso al Registro Mercantil, no podrá prevalecer sino una interpretación literal del texto legal que imponga la inscripción del laudo extendido por escrito y firmado por los árbitros, sin ningún otro requisito y sin que sea posible ninguna actividad por parte del registrador para asegurarse de la autenticidad del documento. Es más, si se llevase esa interpretación a sus últimas consecuencias lógicas habría que entender que el art. 11 ter, al establecer de forma autónoma y taxativa la inscripción del laudo, sin ningún requisito ni condicionante, lo que estaría haciendo sería considerar inaplicable todo el artículo 18 del Código de Comercio, y no solo su primer apartado, de tal forma que el laudo sería inscribible sin necesidad de elevación a público, pero también sin posibilidad de calificación por el registrador, que deberá limitarse a practicar la inscripción ordenada por el art. 11 ter LA sin salvedad alguna.

Y no deja de ser curioso, como avisaba OLAVARRÍA IGLESIAS¹²⁵ al vaticinar que iban a «*surgir dos posturas, en buena medida propiciadas desde el Notariado y desde el campo de los Registradores Mercantiles*», que la discusión pueda aparecer revestida de un cierto tinte corporativista. Pero la realidad es que la interpretación del art. 11 bis. 3 como una norma autónoma y excepcional que permite la inscripción de todo documento con apariencia de laudo que cumpla los requisitos del art. 37, es decir, forma escrita y firma de quienes dicen ser los árbitros, originaría unos peligros cuyas víctimas no son precisamente los notarios.

En realidad, la posibilidad de que se presente en Registro Mercantil un laudo falso y que el registrador se vea en la obligación de inscribirlo, sin poder realizar ninguna comprobación, siempre que esté extendido por escrito y con las firmas de quienes dicen ser los árbitros, debiendo proceder a anular los asientos que los supuestos árbitros le ordenen, creando una situación registral que estará vigente y producirá plenos efectos legales mientras los asientos practicados no sean anulados por los tribunales, supone propiciar unos peligros cuyos perjudicados pueden ser, en términos generales, la seguridad jurídica y el prestigio de la institución arbitral, pero el daño efectivo recaerá sobre la sociedad cuyos acuerdos se anulen por un laudo falso y sobre el registrador que, a falta de una interpretación de la norma por el Tribunal Supremo o, al menos, por la Dirección General de los Registros y del Notariado, tendrá que interpretar bajo su responsabilidad el art. 11 ter.

¹²⁵ OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús: obra citada, página 702.

La posibilidad de tales peligros no es desconocida por quienes consideran que el art. 11 ter excluye la necesidad de la elevación a público y, así, desde diversos ámbitos se han propuesto diferentes sistemas para evitar estos peligros, como la autenticación ante el registrador, la solicitud voluntaria de ejecución o el recurso a la firma electrónica. Pero lo cierto es que, como se ha indicado, si se considera el art. 11 ter como una norma autónoma que suprime todo requisito para la inscripción, no existirá base legal para establecer ningún mecanismo de control de la autenticidad del laudo como requisito previo a la inscripción. Mecanismos que, por otra parte, serían mucho menos eficaces que el previsto por la ley con carácter general para garantizar la seguridad del tráfico y la autenticidad de los documentos que acceden al Registro Mercantil, es decir, la elevación a público del laudo, mecanismo que sí goza de base legal si se realiza una interpretación del art. 11 ter coherente con el resto del ordenamiento jurídico y, en particular, con el art. 18 del Código de Comercio.

Por otra parte, cabe destacar que el art. 11 ter, se refiere al *«laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible»*, mientras que el art. 208 de la Ley de Sociedades de Capital hace referencia a *«la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo»*. Tal distinción no parece un olvido, ya que, como señaló PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO¹²⁶, *«el árbitro o árbitros no tienen, sin el concurso de las partes, posibilidad alguna de conocer si pende contra su resolución un recurso de nulidad que compromete su firmeza»*. Sin embargo, la solución a esta posible disfunción no creo que pueda estar, como defendía antes de la reforma PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, en la ejecución forzosa, con el exclusivo objeto de que el Juzgado decrete la firmeza del laudo, ya que ello no solo supondría una demora, sino que sería contrario al actual art. 11 ter de la Ley de Arbitraje que claramente aboga por la inscripción inmediata del auto sin mencionarse el requisito de su firmeza. Por ello, parece lógico entender que el auto, una vez dictado y, en mi opinión, protocolizado, podrá acceder directamente al Registro Mercantil y los que lo impugnen deberán solicitar la anotación preventiva de la demanda por la que se haga efectivo el recurso de anulación para suspender los efectos del laudo inscrito.

Lo que no creo que sea posible¹²⁷ es que los árbitros puedan ordenar la anotación preventiva de la demanda, o de la iniciación del arbitraje, en el Registro Mercantil, puesto que tal posibilidad no es recogida por el art. 11 ter, lo que obliga a acudir a las reglas generales y, en particular, al auxilio judicial en la adopción de medidas cautelares previstas en el art. 8.3 de la Ley de Arbitraje

¹²⁶ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: «El arbitraje societario», en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coordinado por Alberto DE MARTÍN MUÑOZ y Santiago HIERRO ANÍBARRO, Bosch, Barcelona 2006, Página 971.

¹²⁷ Aunque PÉREZ DE LA CRUZ señala que era una práctica admitida en algún Registro Mercantil. Ver nota anterior, página 965, nota 10.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Las principales referencias sobre arbitraje societario antes de la Ley 60/2003, de Arbitraje son:

CAMPO VILLEGAS, Elías: «El arbitraje en las sociedades mercantiles», *Revista Jurídica de Cataluña*, año XCVII, número 2, Barcelona, 1998; «El arbitraje societario en la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *Tribunal Arbitral de Barcelona*, número 10, 1998; «Arbitraje y Registro», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Centro de Estudios Registrales, tomo II, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de los acuerdos sociales», *Revista General del Derecho*, número 609, Madrid, 1995; «¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000», *Anuario de Justicia Alternativa, Derecho arbitral*, año 2001, número 2; «La arbitrariedad de un derecho estatutario de separación pro “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005», *Revista de Sociedades*, número 26/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

MUÑOZ PLANAS, José María: «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, 1978.

MUÑOZ PLANAS, José María y MUÑOZ PAREDES, José María: «La impugnación de acuerdos de la Junta general mediante arbitraje», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen II. Mc Graw Hill, 2002.

VICENT CHULIÀ, Francisco: «La Asamblea General de la Cooperativa», *Revista Jurídica de Cataluña*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, año LXXVII, número 2, Barcelona, 1978.

Entre las monografías sobre el arbitraje societario posteriores a la Ley 60/2003, pero anteriores a la reforma aprobada por la ley 11/2011, de 20 de mayo, destacan y siguen teniendo gran interés tras la reforma:

BONACHERA VILLEGAS, Raquel: *Los arbitrajes especiales*, Thomson Reuters, Cívitas, 2010.

CARAZO LIÉBANA, María José: *El arbitraje societario*, Marcial Pons, 2005.

PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Arbitrabilidad y convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Aranzadi, 2005.

RODRÍGUEZ ROBLERO, María Inmaculada: *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Colección arbitraje comercial y de inversión II, Bosch, Sabadell 2010.

Como principal bibliografía posterior a la introducción del art. 11 bis en la Ley de Arbitraje, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, por la ley 11/2011, de 20 de mayo, se puede citar:

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: «Comentarios al artículo 11 bis», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinados por Lorenzo PRATS ALBENTOSA, La Ley, Wolters Kluwer, 2013; «Sobre el llamado “arbitraje estatutario”», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, coordinado por Luis DÍAZ PICAZO, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2014.

ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: «La regulación del arbitraje estatutario», en *La reforma de la Ley de arbitraje de 2001*, dirigida por Juan DAMIÁN MORENO, la Ley, 2011; «Extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada del laudo resolutorio de la impugnación de acuerdos sociales», en *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ MORENO, Alberto: «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje administrado (alcance, lógica e implicaciones de una relación controvertida)», en *Revista de Derecho de sociedades*, número 50 (mayo-agosto 2017); «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado en caso de que estatutariamente se someta a la decisión de árbitros la impugnación de los acuerdos sociales», en *Derecho de Sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, dirigido por María Belén GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Amanda COHEN BENCHETRIT, coordinado por Eugenio OLMEDO PERALTA y Antonio F. GALACHO ABOLAFIO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan: «El arbitraje societario tras la última reforma», conferencia pronunciada el 1 de diciembre de 2011 en la Academia Matritense del Notariado, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LII, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, además de las obras ya citadas anteriores a la reforma de 2011: «La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 5, septiembre-diciembre, 2017.

GÓNZALEZ NAVARRO, Alicia: «¿Cuáles son las condiciones de validez de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no institucional?», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 40, enero-junio 2013.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Cláusulas estatutarias de sumisión de los conflictos societarios a mediación y a arbitraje («MED-ARB»): La inclusión de los conflictos entre los administradores y la utilización de los estatutos tipo en la fundación de sociedades limitadas. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2013», *Revista Jurídica del Notariado* número 88-89, octubre-diciembre 2013, enero-marzo 2014, Consejo General del Notariado, 2014.

MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María: *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson Reuters, 4.^a edición, 2014.

MERINO MERCHÁN, José Fernando: «Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011», en *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, dirigido por Ignacio SÁEZ HIDALGO y Alberto DORREGO DE CARLOS, *Revista Jurídica de Castilla y León*, Thomson Reuters, 2013.

OLAVARRÍA IGLESIA, Jesús: «Comentarios al artículo 11 bis. Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la ley 11/2011, de 20 de mayo*, coordinado por Silvia BARONA VILLAR, Cívitas, Thomson Reuters, 2.^a, 2012; «Arbitraje estatutario intrasocietario: Su reconocimiento legal», en *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, coordinado por María Victoria PETIT LAVALL, Tirant lo Blanch, 2013.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Actualizados conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003*, coordinados por Julio GONZÁLEZ SORIA, Aranzadi, Thomson Reuters, 2.^a edición, 2011; «La cláusula de arbitraje introducida por vía de modificación de los estatutos sociales», en *Estudios de Derecho de Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa. XI Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, dirigidos por Guillermo Jesús JIMÉNEZ SÁNCHEZ y Alberto DÍAZ MORENO, Universidad de Sevilla, Marcial Pons, 2013; «La ley de Arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, dirigido por María José MORILLAS, Pilar PERALES VISCASILLAS y Leopoldo José PORFIRIO CARPIO, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

PERALES VISCASILLAS, Pilar: «Arbitraje estatutario», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, dirigido por María José MORILLAS, Pilar PERALES VISCASILLAS y Leopoldo José PORFIRIO

- CARPIO, Universidad Carlos III de Madrid, 2015; «Sociedades de capital y arbitraje (Reforma de la Ley de Arbitraje. Arbitraje de equidad y separación por justa causa)», *Spain Arbitration Review*, número 13.
- PÉREZ BERENGENA, José Carlos: «La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema», *Diario La Ley*, n.º 8634, Sección Tribuna, 28 de octubre de 2015, Ref. D-398. Editorial La Ley.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio: «El arbitraje societario», en *Comentario a la ley de arbitraje*, coordinado por Alberto DE MARTÍN MUÑOZ y Santiago HIERRO ANIBARRO, Marcial Pons, 2006.
- TARRIO BERJANO, Manuel Gerardo: «Comentarios al artículo 11 bis, Arbitraje estatutario», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinado por Carlos GONZÁLEZ-BUENO, Consejo General del Notariado, 2014; «La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación» en *Aniversario 1862-2012 de la ley del Notariado. 11.º Congreso Notarial Español*, Consejo General del Notariado, 2011.
- RODRÍGUEZ, José Antonio: «El arbitraje societario», en *El arbitraje como mecanismos de resolución de conflictos*, Wolters Kluwer, 2016.
- VICENTE-ALMAZÁN PÉREZ DE PETINTO, Miguel: «La reforma de la ley de arbitraje: aspectos notariales y registrales», en *El Notario del Siglo XXI*, número 38, julio-agosto 2011, Colegio Notarial de Madrid.

(Trabajo recibido el 20/11/2019
y aceptado para su publicación el 09/12/2019)

PRESTACIONES ACCESORIAS: UNA HERRAMIENTA ÚTIL PARA PERSONALIZAR LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

EDUARDO HIJAS CID
Notario de las Navas del Marqués

RESUMEN

Las prestaciones accesorias constituyen un poderoso instrumento para que las pequeñas sociedades de capital puedan personalizar su funcionamiento, permitiendo una mayor implicación de los socios en su compañía. A través de las mismas se puede lograr, entre otras funciones, que los socios puedan facilitar una línea de crédito que evite tener que acudir a la financiación bancaria o, en su caso, posibilitar o abaratar dicha financiación bancaria mediante el compromiso de los mismos a prestar aval a su sociedad. Posiblemente, no tienen la proyección y empleo que sería deseable por el hecho de que abogados y notarios no estamos del todo familiarizados con esta figura. Pretendemos hacer un estudio, con cierto detalle, de la estructura de esta institución y de los límites legales, jurisprudenciales y registrales para su configuración estatutaria, proponiendo un criterio más flexible por parte de nuestro Centro Directivo para evitar la huida desde los estatutos hacia los pactos parasociales.

Palabras clave: prestaciones accesorias, separación «ad nutum», financiación sociedades de responsabilidad limitada, pactos parasociales.

ANCILLARY SERVICES: A USEFUL TOOL FOR CUSTOMISING CAPITAL COMPANIES

EDUARDO HIJAS CID
Notary Public of Navas del Marqués

ABSTRACT

Ancillary services can be a powerful tool for assisting small capital companies in customising their operation, allowing them to increase shareholders' involvement in the company. Through these provisions it is possible to ensure that, among other functions,

shareholders can provide a credit facility, thus obviating the need to apply for finance from a bank, or if appropriate, enabling or reducing the cost of that bank financing through an undertaking to provide the company with a guarantee. It may well be that these options are not taken up or are not as well-known as they might be, due to the fact that lawyers and notaries are not really familiar with these provisions. We aim to study in detail the structure of this institution and its drawbacks and restrictions in respect of the law, jurisprudence and registration in terms of making ancillary provisions part of the corporate set up, suggesting that our Management Body apply a more flexible criterion in this regard, in order to prevent abandonment of articles of incorporation in favour of “parasocial” shareholders’ agreements.

Keywords: ancillary services, dismissal “ad nutum,” financing for limited liability companies, shareholders’ agreements

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL.—II. UTILIDAD DE LA FIGURA Y APLICACIÓN PRÁCTICA.—III. EMPLEO DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS.—IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS. 1. Naturaleza jurídica. 2. Características.—V. OBJETO DE LAS PRESTACIONES. 1. Introducción: objeto de las prestaciones accesorias, con especial referencia a las aportaciones de uso. 2. Aportaciones suplementarias de dinero a la sociedad. 2.1. Admisibilidad de estas prestaciones accesorias. 2.2. Postura de la DGRN en cuanto a la concreción de las prestaciones accesorias de entrega de dinero. 2.3. Conveniencia de un criterio más permisivo por parte del Centro Directivo: admisión de las prestaciones indefinidas, retribuidas y las concretadas por el órgano de administración. 3. Prestación accesorio consistente en la celebración de un contrato de trabajo y/o en el desempeño de servicios propios de una relación laboral. 4. Prestación accesorio de ser administrador.—VI. CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS. 1. Creación, con especial referencia a los pactos de retribución. 2. Modificación y extinción.—VII. TRANSMISIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES CUANDO HAY PRESTACIONES ESTIPULADAS. 1. Introducción. 2. Transmisiones *mortis causa* y forzosas. 3. Transmisiones voluntarias entre vivos.—VIII. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL SOCIO O DE LA SOCIEDAD.—IX. BREVE REFERENCIA A LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN EL CONCURSO.—X. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y REGULACIÓN ACTUAL

El origen histórico de las prestaciones accesorias es relativamente reciente y se puede incardinar en Alemania, en la segunda mitad del siglo XIX, siguiendo a la doctrina mercantilista más autorizada (URÍA y ROJO, entre otros)¹, como cláusula que convencionalmente se añadía a los estatutos de las sociedades anónimas o por acciones, cuyo objeto social era la fabricación de azúcar a partir de la remolacha azucarera.

La estipulación que se introducía en los estatutos consistía en el compromiso de los socios de plantar de remolacha una determinada superficie y suministrar el producto a la sociedad a cambio de un precio, pactándose normalmente una cláusula penal para el caso de incumplimiento. Las sociedades que incluían tal previsión estatutaria eran el resultado de un proceso de concentración de pequeñas empresas, con la finalidad de unificar el proceso de fabricación y refinería, reduciendo costes. Con la prestación accesorial aludida, la sociedad se aseguraba el suministro de materia prima por parte de los socios, que explotaban tierras que les pertenecían por empresas de existencia previa a la sociedad.

La determinación de su naturaleza jurídica se hizo difícil por dos razones fundamentales: la diversidad de estos pactos y el inicial vacío legislativo en la materia (pues la regulación de la época tan solo contemplaba la obligación del socio de realizar la aportación social), lo que contagió a la doctrina una escasa atención a esta figura. Tuvo que sobrevenir la crisis económica para varias de estas sociedades, como consecuencia de los acontecimientos bélicos de 1866. Dicha situación de crisis puso en entredicho la solvencia de estas entidades y se

¹ ROJO, Ángel: «Génesis y evolución de las prestaciones accesorias», publicado en *Summa, Revista de Derecho Mercantil, Derecho de Sociedades*, revista 145/1977, páginas 271-308; y URÍA, Rodrigo: «Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española», *Revista de Derecho Mercantil, Derecho de Sociedades*, revista 60/1956, páginas 325-342.

planteó en los tribunales un debate que se había eludido hasta dicho momento: la naturaleza jurídica de las prestaciones accesorias. En los juzgados chocaban dos posiciones encontradas:

- a) Los administradores de la sociedad reclamaban la subsistencia de la obligación de plantación y entrega, junto con la aplicación de la cláusula penal por incumplimiento de su obligación por parte de los socios y se entendía legitimada dicha sociedad para sostener el impago de las remolachas entregadas en las cosechas anteriores, argumentando que la contraprestación a las mencionadas entregas no constituía el precio de compraventa alguna, sino un dividendo que sólo podría abonarse en caso de existencia de ganancias netas. Por tanto, se inclinaba por la naturaleza societaria de las prestaciones accesorias, por lo que subsistía a pesar de la crisis económica y condicionaba su retribución a un balance positivo de la entidad.
- b) Por el contrario, los socios invocaban el carácter contractual de las prestaciones, entendiéndose legitimados para no realizar nuevas entregas, en tanto no se les abonasen las anteriores, así como para desistir del contrato, por aplicación de las normas de la compraventa, dado el incumplimiento de la obligación de pago del precio por la sociedad compradora.

Las resoluciones de la jurisprudencia se inclinaron por la segunda postura, concluyendo que las prestaciones accesorias constituyen un contrato autónomo de carácter especial y no una obligación social. Esto ocasionó una sensación de inseguridad para las sociedades afectadas, que pretendían el reconocimiento del carácter social de la prestación accesorio, demandas que se tuvieron en consideración durante el período de tramitación parlamentaria de la ley alemana de 10 de mayo de 1897. Dicha ley germinó en el reconocimiento de un nuevo tipo social, la sociedad de responsabilidad limitada, tipo social que se inspiró en el modelo de la sociedad anónima, pero estableciéndose ciertos instrumentos de personalización para adaptarlas a la pequeña empresa. Dentro de estos elementos se introducen las aportaciones suplementarias al capital social (figura de escasa utilización en la práctica) y las prestaciones accesorias (que gozaron de mayor predicamento). El régimen establecido en dicha ley, en cuanto a las prestaciones accesorias, ha pasado con escasas variaciones a la normativa actual germana.

Debemos poner el acento en la figura de las aportaciones suplementarias de dinero, que no se recogieron en otros ordenamientos (y concretamente en el nuestro). La principal diferencia con las prestaciones accesorias en la legislación germana es que las prestaciones accesorias aparecen completamente determinadas en los estatutos sociales, mientras que, en el supuesto de las aportaciones suplementarias, la configuración estatutaria se ciñe a contemplar su posibilidad, siendo necesario que la Junta de socios llegue al acuerdo de exigir tal aportación suplementaria. Desde el punto de vista contable, las aportaciones suplementarias forman parte del pasivo social y se aplica la función del capital como cifra de

retención a las mismas, lo que no es predicable a las prestaciones accesorias. Desde la perspectiva de los socios, éstos no tienen un derecho individual a exigir la devolución de las aportaciones suplementarias: sólo se procederá a la devolución cuando recaiga un acuerdo de la Junta en tal sentido y con garantías de retención y publicidad a favor de los acreedores sociales. Este tratamiento diferenciado no resulta convincente a juicio de ALFARO ÁGUILA-REAL², dado que los efectos económicos de ambas figuras son idénticos y tal diseño legislativo únicamente habría sido coherente si el legislador alemán hubiera vedado las entregas de dinero a la sociedad como contenido de las prestaciones accesorias, lo que no ha ocurrido. Esta peculiaridad del derecho alemán ha sido calificada por el autor como una singularidad «que no está en la naturaleza de las cosas».

El ejemplo alemán inspiró los ordenamientos mercantiles de su entorno, incluido nuestro país, a salvo la excepcional figura de las aportaciones suplementarias. El legislador español introdujo las prestaciones accesorias en el artículo 10 de la ley de 17 de julio de 1953 de sociedades de responsabilidad limitada, con el siguiente tenor: «*Artículo diez.— En la escritura fundacional podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la compensación que con cargo a beneficios hayan de recibir los socios que las realicen. Estas prestaciones no podrán integrar el capital de la Sociedad*». Cuatro notas destacamos de esta escueta regulación:

- La naturaleza social de las prestaciones accesorias.
- La obligación de que su remuneración se haga con cargo a beneficios, en caso de no ser gratuitas, lo que concuerda con su carácter societario.
- La diferenciación entre aportación social y prestación accesorias.
- Y la posibilidad de que se establezcan para todos los socios (generales) o para algunos (especiales).

Por su parte, la Ley de Sociedades Anónimas de 18 de julio de 1951 no recogía referencia expresa a las prestaciones accesorias, aunque nada impedía, según la doctrina mayoritaria, que integraran el contenido de los estatutos³, centrándose el debate entre los autores acerca de los límites aplicables a estos pactos para el tipo social de anónimas.

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, disipó toda duda acerca de su admisibilidad para estas sociedades, regulando en su

² ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Prestaciones accesorias», dentro de la obra *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV, editorial Bosch, 2005, páginas 447 y 448.

³ Ver ROJO: *op. cit.*, páginas 1818 y siguientes.

artículo 9.1 las prestaciones accesorias como contenido estatutario potestativo, permitiendo encauzar las aportaciones de servicios de los socios como prestaciones accesorias en el artículo 36.1, párrafo segundo y exigiendo autorización de la sociedad para la transmisión de acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias en el artículo 65. En la práctica observamos que también las sociedades anónimas incluyen tales prestaciones en sus estatutos (así, en la Resolución de 26 de junio de 2018, que tendremos ocasión de ver con detalle, la sociedad del supuesto de hecho era anónima).

La regulación más completa de la figura que nos ocupa había que seguir buscándola en los artículos 22-25 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995.

En la actualidad, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio (en adelante, TRLSC) unifica las prestaciones accesorias para ambos tipos sociales en la siguiente regulación:

Artículo 86. Carácter estatutario.

1. En los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones accesorias distintas de las aportaciones, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.

2. En ningún caso las prestaciones accesorias podrán integrar el capital social.

3. Los estatutos podrán establecerlas con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios o vincular la obligación de realizar las prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas.

Artículo 87. Prestaciones accesorias retribuidas.

1. En el caso de que las prestaciones accesorias sean retribuidas los estatutos determinarán la compensación que hayan de recibir los socios que las realicen.

2. La cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación.

Artículo 88. Transmisión de participaciones o de acciones con prestación accesoria.

1. *Será necesaria la autorización de la sociedad para la transmisión voluntaria por actos inter vivos de cualquier participación o acción perteneciente a un socio personalmente obligado a realizar prestaciones accesorias y para la transmisión de aquellas concretas participaciones sociales o acciones que lleven vinculada la referida obligación.*

2. *Salvo disposición contraria de los estatutos, en las sociedades de responsabilidad limitada la autorización será competencia de la Junta general; y, en las sociedades anónimas, de los administradores.*

En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se hubiera presentado la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.

Artículo 89. Modificación de la obligación de realizar prestaciones accesorias.

1. *La creación, la modificación y la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados.*

2. *Salvo disposición contraria de los estatutos, la condición de socio no se perderá por la falta de realización de las prestaciones accesorias por causas involuntarias.*

II. UTILIDAD DE LA FIGURA Y APLICACIÓN PRÁCTICA

Citando a ALFARO⁴, podemos sintetizar las principales utilidades de la figura de las prestaciones accesorias en las siguientes:

- La principal es personalizar una sociedad de capital, de modo que, por la vía de imponer nuevas obligaciones estatutarias a los socios, les coloca en una posición de mayor compromiso que la de un simple inversor. El socio queda así obligado a realizar determinadas prestaciones a la sociedad y esta relación crediticia se articula no sólo por vías extrasocietarias (como la celebración de un contrato de trabajo), sino también por medio de los estatutos sociales. Visto de este modo, podríamos entender que di-

⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Prestaciones accesorias», dentro de la obra *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV: Ordenamiento jurídico y empresa familiar; el protocolo familiar», Ed. Bosch, 2005, páginas 434 y siguientes.

cho empleo es propio de las sociedades de responsabilidad limitada, que son cerradas o «intuitu personae», pero escapa a las sociedades anónimas (que tienen un carácter más abierto o «intuitu pecuniae»). Sin embargo, en los tiempos actuales, la voluntad de imprimir un carácter más personalista es propio tanto de las sociedades de responsabilidad limitada, como de las anónimas. Se dice por la doctrina mercantilista más moderna (citaremos por todos a SÁNCHEZ GONZÁLEZ⁵) que, en nuestro sistema, impera la polivalencia funcional de ambas formas sociales, con la existencia de tipos sólo prevalentes, pudiendo *«concluirse que los principios configuradores del tipo social no constituyen en sí mismos un límite a la autonomía de la voluntad, sino que ésta sólo vendrá limitada por las normas imperativas, de suerte que esos principios configuradores servirán como pauta interpretativa para determinar en el caso concreto, y atendido el tipo empírico de que se trate, si la concreta disposición estatutaria contraviene o no una norma imperativa, no ya en su literalidad, sino también en su ratio o interpretación lógica o sistemática»*. Por tanto, puede hacerse uso de las prestaciones accesorias para favorecer una estructura más cerrada de una concreta sociedad anónima. No debemos olvidar que el propio texto refundido de la ley de sociedades de capital, en su Exposición de Motivos, da a entender que la tradicional distinción entre sociedad anónima y sociedad limitada ha sido sustituida por el binomio sociedad cotizada-sociedad no cotizada⁶. Además, no es acertado considerar que las prestaciones accesorias formen parte del tipo configurador de la sociedad limitada. Si bien es cierto que históricamente la regulación se ha desarrollado para las sociedades de responsabilidad limitada, su reconocimiento legal ha sido una constante también para las sociedades anónimas⁷, de modo que (al margen

⁵ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos: «La autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria de las sociedades de capital», publicado en *Diario La Ley*, n.º 7714, Sección Tribuna, 13 oct. 2011, año XXXII, editorial LA LEY.

⁶ Dice el apartado IV de la citada Exposición de Motivos que *«en el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa —a veces más formales que efectivos— por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa..., interesa señalar que esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas —salvo, obviamente, las cotizadas— son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones... Más que una rígida contraposición por razón de la forma social elegida, la distinción esencial radicaría en tener o no la condición de sociedad cotizada. El importante papel de las sociedades cotizadas en los mercados de capitales hace necesaria una intervención pública en la actividad económica orientada por una parte a la protección al inversor y por otra a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros»*.

⁷ En el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aparecían menciones a estas prestaciones en su artículo 9.1, que establecía como contenido de los estatutos: *«El régimen de las prestaciones accesorias, en caso de establecerse mencionando expresamente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas, como las eventuales*

de las sociedades cotizadas) se muestran como un importante instrumento para cualquier sociedad con cierto carácter «intuitu personae», que valora las circunstancias personales de los socios al tiempo de su constitución o del acceso de aquéllos a la sociedad. Como ejemplos de este tipo de prestaciones accesorias que «personalizan» sociedades de capital tenemos aquéllas que imponen a los socios la obligación de trabajar en exclusiva para la sociedad o el establecimiento de una prohibición de competencia.

- Otro beneficio de estas prestaciones accesorias, según el propio Jesús ALFARO⁸, es el de facilitar la contribución al fin común en sociedades que, no obstante revestir la forma de anónimas o de responsabilidad limitada, se aproximan más a la estructura de una asociación o incluso agrupación de interés económico. Sería el caso de la contribución al mantenimiento de instalaciones y personal en clubes deportivos a través de cuotas idénticas para cada socio, con independencia de su participación en el capital social. En este caso, los socios pueden desear la huida de la forma de asociación por diversos motivos, como la prohibición de reparto de beneficios y de cuota de liquidación a los socios.
- También constituyen una vía de encauzar comunicaciones de bienes o derechos que no pueden ser objeto de aportación social (como los servicios⁹).
- Un empleo que históricamente tuvo gran importancia (como hemos examinado al tratar de las sociedades de la segunda mitad del siglo XIX en Alemania) es el de dar respaldo legal a la práctica de determinadas sociedades anónimas (grandes azucareras básicamente) que, para conseguir un funcionamiento adecuado de sus fábricas, se aseguraban un número de hectáreas de cultivo y un cupo de obligada venta por parte de los socios en cada campaña. De este modo, como señala ARANGUREN URRIZA¹⁰, las

cláusulas penales inherentes a su incumplimiento». También el artículo 36.1, párrafo segundo, en sede de aportaciones, indicando que: «En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios. No obstante, en los Estatutos sociales podrán establecerse con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, sin que puedan integrar el capital de la Sociedad». Y, finalmente, en el artículo 65, al hablar de las restricciones a la transmisibilidad de las acciones: «La transmisibilidad de las acciones cuya titularidad lleve aparejada obligación de realizar prestaciones accesorias quedará condicionada, salvo disposición contraria de los Estatutos, a la autorización de Sociedad en la forma establecida en el artículo 63». La regulación más completa de la figura que nos ocupa se contenía en los artículos 22-25 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada, de modo muy similar al régimen actual contenido en los preceptos 86-89 del TRLSC.

⁸ Op. cit., páginas 435 y 436.

⁹ Dado el tenor literal del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 58. «Objeto de la aportación. 1. En las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. 2. En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios.»

¹⁰ ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «La prestación accesoria como instrumento de financiación interna en sociedades de capital», conferencia recogida en los *Anales de la Academia Sevillana del Notariado* (2003), tomo XIV, página 78.

contingencias de la producción y venta siguen constituyendo una de las funcionalidades propias de la prestación accesoria y, en general, coincidimos con nuestro compañero en que son los cometidos de tracto sucesivo los que principalmente se favorecen por las prestaciones accesorias, dado que aquéllos encajan mal en los rigurosos requerimientos de las aportaciones al capital social.

- Las aportaciones de mero uso de los socios, como tendremos oportunidad de analizar más detenidamente, pueden encarrilarse de una manera más satisfactoria y de forma indiscutible (zanjando cualquier problemática jurídica acerca de su posible aportación al capital social) a través de los artículos 86 y siguientes del texto refundido de la ley de sociedades de capital.
- Finalmente, las prestaciones accesorias constituyen una importante fuente de financiación de las sociedades no cotizadas que, no pudiendo acudir a los mercados secundarios, pueden esquivar los créditos bancarios, acudiendo al esfuerzo económico de los socios. Debemos recordar que tras la ley de fomento de financiación empresarial de 27 de abril de 2015 se amplían las posibilidades de emisión de obligaciones por parte de entidades que antes lo tenían vedado (como las sociedades de responsabilidad limitada), pero continúan restricciones a su emisión que pueden hacer aconsejable su sustitución por medio del establecimiento de prestaciones accesorias. La sociedad puede asegurarse la financiación futura mediante el compromiso de los socios de cubrir las posibles pérdidas o necesidades de tesorería, sin necesidad de acudir a la emisión de obligaciones ni al aumento de capital. La prestación de aportar determinadas sumas por parte de los socios cubriría tales eventualidades, si bien, en la práctica, su concreción estatutaria constituye uno de los problemas que más han inquietado a doctrina y jurisprudencia.

III. EMPLEO DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

Un estudio recogido por PÉREZ DE LA CRUZ¹¹ mostraba cómo, a principios de este siglo, únicamente un 0,15 por ciento de las sociedades formulaban prestaciones accesorias en sus estatutos sociales. Esto se debe, según el autor, a motivos puramente fiscales, ya que:

- En caso de ser gratuitas, además de establecer un trato diferencial entre los socios, originan un mayor beneficio para la sociedad receptora, lo que incrementará su base imponible en el impuesto de sociedades;

¹¹ PÉREZ DE LA CRUZ, A.: en prólogo a M. VIÑUELAS SANZ, en la obra *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid 2004, páginas 12 y ss. En el citado estudio, de las 14.745 sociedades examinadas tan solo 24 recogían prestaciones accesorias en sus normas estatutarias.

- Y si son onerosas, se retribuirán con cargo a los beneficios, lo que conllevará una doble tributación de los dividendos: en el impuesto de sociedades y en el IRPF del socio.

Por tal motivo, el autor opta por la huida del derecho mercantil, acudiendo a los pactos parasociales, que cumplirán fielmente todas las finalidades perseguidas por los socios.

En sentido similar se pronuncia PEÑAS MOYANO¹², quien pone el acento en la excesiva carga que supone para la sociedad sistematizar, elaborar y presentar una regulación de las prestaciones accesorias, debido a que cualquier defecto o falta de individualización o concreción estatutaria puede dar lugar a que no se consideren válidas o a que puedan tratarse como aportaciones sociales¹³. Por esta dificultad y por la existencia de la posibilidad de incorporar las prestaciones a pactos parasociales, tendrían tan poco eco estatutario. En cualquier caso, matiza que no son los mismos efectos los que produce una norma estatutaria y un pacto parasocial: fundamentalmente en el ámbito de su oponibilidad a terceros y la posibilidad de su efectividad por medios societarios. Los pactos parasociales sólo vinculan a los socios que los han firmado (y no a los adquirentes posteriores de las participaciones o acciones). Tampoco gozan de la acción de impugnación de los acuerdos sociales que contravengan los intereses de la sociedad (si bien, en este punto, existe alguna opinión discrepante, como la de PAZ ARES¹⁴, en la que no entraremos por no ser objeto de nuestro análisis).

En cuanto a los motivos de su escasa utilización y la alternativa de los pactos parasociales muestra su disconformidad Jesús ALFARO¹⁵. Respecto a la primera cuestión, su pobre empleo por nuestras sociedades se debe «a que ni abogados ni notarios tienen esta institución interiorizada, de forma que no ofrecen su uso a los que desean constituir una sociedad, quizá porque, a pesar de que existen numerosos tratamientos monográficos de las mismas en nuestra doctrina, no existe una propuesta completa y flexible de su régimen jurídico». Y respecto de la alternativa de los pactos parasociales, entiende el catedrático que las ventajas de la norma estatutaria que contiene las prestaciones accesorias respecto a los pactos parasociales es notoria, por lo que insta a una adecuada comprensión de aquéllas que desemboque en una mayor funcionalidad del derecho societario.

¹² PEÑAS MOYANO, María Jesús: en «Prestaciones accesorias sociales: delimitación y posibles contenidos. Concreción de la figura ante la ausencia de especificaciones estatutarias», comentando la STS de 15 de abril de 1997 (RJ 1997/884), publicado en la *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1998, páginas 293 y 294.

¹³ En tal sentido, cita la autora la STS de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9325), que expresa: «al no haber probado los actores que la cantidad que reclaman... es una prestación accesoria en dinero... hay que tenerla como cantidad incorporada como participación social».

¹⁴ PAZ ARES, Cándido: «el *enforcement* de los pactos parasociales», que puede consultarse a través del siguiente enlace <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>.

¹⁵ *Op. cit.*, página 437.

Actualmente, aunque las prestaciones accesorias no tienen el predicamento que sería deseable, parece que van abriéndose paso, como lo demuestran los pronunciamientos jurisprudenciales y de nuestro Centro Directivo, que tendremos ocasión de examinar (así la STS de 14 de marzo de 2013 o las Resoluciones de la DGRN de 18 de junio de 2012, 25 de septiembre de 2014 y «obiter dicta», la Resolución de 5 de junio de 2015). Coincido, en cualquier caso, con la legítima aspiración de que notarios y abogados logremos estar más familiarizados con las características, naturaleza, limitaciones y ventajas de las prestaciones accesorias, con la finalidad de poder brindar un asesoramiento más completo a los socios, dada la importancia de poder aconsejarles en el momento de la verdad y contribuir a una mayor seguridad jurídica y a la correcta adecuación del documento suscrito a la voluntad informada de los intervinientes.

IV. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS

1. Naturaleza jurídica

Partiendo del examen de la naturaleza jurídica y según la doctrina mercantilista más autorizada¹⁶, podemos definir las prestaciones accesorias, en una primera aproximación, como obligaciones sociales, de naturaleza estatutaria (ya que deben establecerse en los estatutos) y facultativa (no es el de las prestaciones accesorias un elemento que integre el contenido esencial de los estatutos¹⁷). Pero el examen de su naturaleza jurídica nos obliga a distinguir según la prestación accesoria consista en realizar una prestación concreta por parte del socio o integre un contrato sinalagmático entre socio y sociedad.

Existe una norma del *Código das Sociedades Comerciais* portugués (el artículo 287.1) que es clarificadora de la materia que estamos examinando y que parece recoger esta diferenciación: «*Cuando el contenido de la prestación accesoria corresponda al de un contrato típico, se aplicará la regulación legal específica de ese contrato*». Por tanto, trataremos por separado ambos tipos de prestación accesoria:

- a) Prestaciones accesorias unilaterales y, por tanto, gratuitas para la sociedad: aquéllas por las que el socio se compromete a la entrega de una cosa, o un «non facere». En este caso, la naturaleza de las prestaciones accesorias es más próxima a las aportaciones sociales, lo que permite la aplicación del régimen de aportaciones en cuanto a su constitución y el cumplimiento. Esto nos lleva a entender que la existencia de un vicio del consentimiento no puede conducir a la nulidad del contrato social, por tratarse de un contrato multilateral. En cuanto al cumplimiento, pueden aplicarse las normas sobre saneamiento (artículo 64 TRLSC). En lo de-

¹⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL: *op. cit.*, páginas 437-441; y VIÑUELAS SANZ, M.: en *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid 2004, página 31.

¹⁷ *Vid.* artículo 23 TRLSC.

más regirán las normas generales sobre obligaciones en derecho común (los artículos 1.088 y siguientes del Código Civil). No serán de aplicación las normas que protegen la integridad del capital social y su efectividad, al tratarse de preceptos que amparan a los terceros que confían en la cifra del capital publicado y su función de cifra de retención.

- b) Prestaciones accesorias bilaterales (retribuidas) y de tracto sucesivo: en estos dos casos, lo más común es que el cumplimiento de la obligación se realice bajo la forma de un contrato obligatorio entre la sociedad y el socio. Es decir, existe un contrato bilateral entre socio y sociedad y el régimen jurídico de dicho contrato debe ser el que gobierne su devenir.

Respecto a estas últimas prestaciones accesorias podemos enumerar las cuatro principales manifestaciones, que tienen el respaldo de sus correlativos cuatro contratos típicos:

- Si se pactó la obligación de suministrar bienes de forma remunerada a la sociedad, la prestación accesoria tiene un contrato de compraventa subyacente entre socio y sociedad.
- Cuando el socio se obligó a trabajar de forma dependiente para la sociedad, que actúa como empleador, la celebración de contrato laboral entre socio y sociedad respalda la prestación accesoria.
- Si el socio se obligó a prestar sus servicios a la sociedad de forma autónoma (sin someterse a la situación de dependencia frente a la sociedad como empleador), existe un contrato de arrendamiento de servicios.
- En caso de comprometerse a prestar dinero de forma remunerada a la sociedad, el contrato de mutuo entre las partes es el que domina su desarrollo.

La doctrina se divide entre los que consideran que el régimen contractual se aplica de forma analógica y los que entienden que debe aplicarse de forma directa. La posición mayoritaria se inclina por esta última, basándose en que la determinación de los derechos y obligaciones entre socio y sociedad deriva del contrato celebrado «inter partes», lo que debe matizarse por el hecho de que ese contrato entre socio y sociedad se halla causalizado por la propia existencia del contrato de sociedad: si las partes contratantes no fueran socio y sociedad, no se habría celebrado el contrato. Por tal motivo, cuando el contrato entre socio y sociedad tiene carácter «intuitu personae» (como el contrato de trabajo), a pesar de que su normativa permita la terminación unilateral del contrato por parte del trabajador, tal derecho debe ejercitarse cumpliendo el deber de buena fe del artículo 7.1 CC y el socio deberá contemplar y valorar las consecuencias de la denuncia unilateral del contrato de trabajo en el desarrollo de la actividad de la sociedad.

Por otro lado, desde el punto de vista de los socios no obligados por una concreta prestación accesoria, que dicha relación contractual se encuentre vinculada al contrato social no implica que en caso de incumplimiento involuntario de la prestación de un socio (por imposibilidad sobrevenida) puedan los demás socios eximirse de cumplir las suyas, pues no rige la llamada «exceptio inadimpleti contractus» al tratarse de un contrato multilateral y no sinalagmático.

Otra cuestión controvertida entre los autores se suscita por la aplicación de las normas de exclusión del socio en caso de incumplimiento voluntario de la prestación accesoria, ex artículo 350 TRLSC: un sector doctrinal minoritario¹⁸ considera que en las prestaciones accesorias remuneradas o de tracto sucesivo, su objeto lo constituye la celebración del contrato, es decir, la sola prestación del consentimiento dirigido a su formalización, a partir de cuyo momento se aplicarán las normas reguladoras de dicho contrato, sin que procedan las sanciones sociales (como la exclusión del socio) en caso de incumplimiento de las concretas prestaciones resultantes del contrato expuesto.

No podemos estar de acuerdo con este planteamiento. Las partes implicadas han querido coaligar el contrato social y el contrato del que resultan las prestaciones accesorias, de modo que el devenir de este último está plenamente conectado con el propio desarrollo de la actividad social. Por tal motivo coincidimos con ALFARO ÁGUILA-REAL¹⁹ en que, si la relación jurídica subyacente es el contrato de trabajo y el socio incumple sus obligaciones laborales, la sociedad está legitimada para poner en marcha una doble medida: el despido disciplinario (en el ámbito laboral) y la exclusión, si así lo considera la Junta de Socios, conforme al artículo 352 TRLSC, en el plano societario.

4.2. Características

En lo que se refiere a las **características** de las prestaciones accesorias, identifican esta figura las siguientes:

- i. Su condición de cláusula estatutaria y facultativa: es estatutaria porque, para que podamos hablar con propiedad de prestaciones accesorias, deben constar en los estatutos de la sociedad originarios o modificados. Y es facultativa porque no constituye el contenido esencial de los estatutos sociales: actualmente no se contiene ninguna mención a las mismas en el contenido estatutario regulado en el artículo 23 TRLSC, mientras que la anterior regulación (artículo 36.1 TRLSA y 22 LSRL) exponían que dicha referencia a las participaciones sociales «podrá establecerse...», lo que coincide con la dicción del actual artículo 86 TRLSC («en los estatutos de las sociedades de capital podrán establecerse prestaciones

¹⁸ En tal sentido, VIÑUELAS: *op. cit.*, página 74.

¹⁹ *Op. cit.*, página 442.

accesorias distintas de las aportaciones...). Por tanto, una vez que los socios han decidido su establecimiento, atendiendo a las necesidades y objetivos de la sociedad, ha de cumplirse el requisito formal de su inclusión en los estatutos, porque, de no ser así, estaríamos delante de una relación jurídica independiente entre socio y sociedad sometida al derecho común, pero no de una prestación accesoria, cuya constancia en los estatutos permite la protección de los intereses de los socios y también de los terceros (fundamentalmente, aquéllos que accedan posteriormente a la sociedad que ya ha establecido en sus estatutos las prestaciones accesorias²⁰).

- ii. No sólo han de constar en los estatutos, sino que han de tener un contenido «concreto y determinado» (artículo 86 TRLSC). Este requisito ha ocasionado quebraderos de cabeza en doctrina y jurisprudencia. Hay ejemplos de prestaciones accesorias que parecen claramente determinadas (v. gr., la obligación de asunción de pérdidas de la sociedad, es decir, que los socios, con su propio peculio proporcionen las sumas necesarias para evitar que la sociedad caiga en causa de disolución). Otros supuestos son más discutidos: nos referimos fundamentalmente a la obligación de realizar las aportaciones de efectivo metálico por los socios que determine la sociedad (veremos más adelante el criterio restrictivo de la DGRN en su Resolución de 27 de julio de 2001, matizada posteriormente, como tendremos oportunidad de exponer).
- iii. Son, como su propio nombre indica, accesorias a la condición de socio, lo que implica que no pueden tener existencia si el obligado no es socio de la entidad, pues, en tal caso, estaríamos ante obligaciones meramente contractuales entre la sociedad y un tercero ajeno.
- iv. Son obligaciones específicas y no deberes genéricos (como los regulados hoy más exhaustivamente en los artículos 227 y ss. del TRLSC, bajo la rúbrica de deberes de lealtad y diligencia).
- v. Su imposición requiere el cumplimiento de la normativa de constitución de sociedades (si se realiza en el momento inicial) o la sujeción a las reglas de modificación de estatutos (si se establecen en un momento posterior) y, además, el consentimiento individual del obligado (así lo impone el artículo 89.1 TRSLC).
- vi. Permiten atender a necesidades de la sociedad y la contribución de los socios al fin común, sin someterse al estricto régimen de las aportaciones sociales, que establece una serie de normas de protección de los acreedores que no se aplican a las prestaciones accesorias: nos referimos a la

²⁰ En este sentido se expresa acertadamente PEÑAS MOYANO: *Op. cit.*, página 293. Cita la autora a RECALDE CASTELLS y LÓPEZ SÁNCHEZ.

prohibición de aportar trabajo o servicios, las normas sobre aportaciones «in natura», el régimen de los desembolsos pendientes, el derecho de oposición de los acreedores en determinados casos de reducción del capital social o la imposibilidad de remunerar la aportación social.

- vii. Finalmente, como hemos apuntado en el número anterior, las prestaciones son retribuíbles, es decir, susceptibles de ser remuneradas, ya que el artículo 86 TRLSC obliga a expresar «si han de hacerse gratuitamente o mediante retribución».

V. OBJETO DE LAS PRESTACIONES

1. Introducción: objeto de las prestaciones, con especial referencia a las aportaciones de uso

El artículo 1.088 CC dispone que «*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*». Igualmente, toda prestación accesorias puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa, tal y como aclara el artículo 187 del Reglamento del Registro Mercantil²¹. Por virtud de las mismas, el socio se puede obligar a suministrar bienes o el uso de determinados bienes a la sociedad, su esfuerzo o trabajo o, incluso, se puede comprometer a un «non facere», como puede ser el compromiso de no hacer la competencia a la sociedad (ya que en la regulación del TRLSC no pesa sobre los socios de la sociedad limitada una restricción en tal sentido). Sin embargo, en estas prestaciones deberemos estudiar la incidencia de la normativa relativa a la defensa de la competencia, en cuanto que se pudieran incurrir en limitaciones a dicha defensa, como acertadamente apunta PÉREZ SANZ²².

Nuestro Centro Directivo contempla dos casos singulares de prestaciones accesorias en sendas Resoluciones de 1991 y 1993, que son merecedoras de una mención especial:

La RDGRN de 1 de octubre de 1993²³ admitió la creación de dos clases de participaciones sociales, de manera que los derechos de adquisición preferente jugasen en primer lugar a favor de los titulares de participaciones de la misma clase y subsidiariamente a favor de los de la otra clase. El Centro Directivo resuelve a favor de la inscripción del pacto, argumentando la posibilidad legal de

²¹ Tras la modificación por el Real Decreto número 171/2007, de 9 de febrero, dispone en el inciso inicial del apartado 1 que «*en el caso de que se establezcan prestaciones accesorias, los estatutos detallarán su régimen con expresión de su contenido concreto y determinado, que podrá ser económico o en general cualquier obligación de dar, hacer y no hacer...*».

²² PÉREZ SANZ, Antonio: «Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», conferencia pronunciada en Madrid el 10 de diciembre de 1995, recogida en la obra coordinada por Cándido PAZ-ARES, *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, 1997, páginas 405 y 406.

²³ BOE 9 de noviembre de 1993.

participaciones con derechos desiguales (hoy, artículo 94.1 TRLSC, en su párrafo segundo), es decir, la exigencia relativa a la igualdad de las participaciones sociales se limita a lo cuantitativo: que sean del mismo importe o cuantía, sin imponer que tengan los mismos derechos; igualmente, se basa en la consideración de este régimen transmisivo como una manifestación más de prestaciones accesorias de la participación social, cuando tales prestaciones no se configuran como personalísimas del socio, sino como accesorias de la participación social (obligaciones «propter rem»).

Reza el texto de la resolución: «... se establecen dos grupos de participaciones sociales, ambos compuestos por igual número de ellas, dentro de cada uno de los cuales se atribuye un derecho de adquisición preferente en favor de los titulares de las que lo integran para el caso de transmisión de las comprendidas en el mismo, y, sólo en defecto de ejercicio de tal derecho por parte de los mismos, se asigna igual derecho a los titulares de participaciones del otro grupo, con el derecho subsidiario de adquisición por la propia Sociedad para el caso de que ningún socio haya hecho uso del suyo... la exigencia de igualdad proclamada en el art. 1 L.S.R.L. se formula a propósito de la división del capital social, por lo que bien puede entenderse aquella conectada al aspecto cuantitativo de igualdad de valor... Si lo anterior se añade al amplio juego que la L.S.R.L. reconoce a la autonomía de la voluntad en la configuración del régimen jurídico de este tipo social, reconocimiento que se reitera de modo específico en el ámbito mismo de la transmisión de las participaciones sociales (art. 20.3), deberá concluirse en la admisibilidad de una cláusula como la ahora cuestionada que no presenta características contrarias a los límites generales de la libertad de estipulación...».

La otra Resolución es la de 17 de mayo de 1993²⁴, que dentro del grupo de las prestaciones accesorias de no hacer permite incluir aquellas cláusulas que limitan la libre transmisión de las participaciones sociales.

Una de las prestaciones de hacer que se ven con cierta frecuencia en la práctica es la de avalar deudas de la sociedad: se considera perfectamente admisible como prestación accesorio, incluso si se remunera la garantía con un derecho de dividendo preferente a favor de los socios avalistas²⁵.

Entre las prestaciones accesorias dudosas se plantea la doctrina si es admisible la obligación de los socios de comprometerse a suscribir un aumento de capital. ROJO²⁶ se muestra contrario a esta posibilidad, pues la aportación es objeto de

²⁴ RJ 1993, 3928.

²⁵ Este caso fue objeto de examen en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 26 de febrero de 2003 (Roj: SAP T 377/2003) en la que, por cierto, no se discutió la validez de la cláusula, sino la posibilidad de ejercicio del derecho de separación por el socio disidente en el acuerdo de creación de la misma, lo que es innegable porque lo establecía la LSRL (hoy el artículo 346.d TRLSC), fundamentado en la alteración de la base del negocio.

²⁶ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel: «el acuerdo de aumento de capital social en la sociedad anónima», en el volumen II de la obra *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, editorial Civitas, 1996, página 2345.

la obligación esencial del accionista y no puede ser considerada accesorio de otra previa aportación. Contraargumenta ALFARO²⁷ que, si de lo que se trata es de comprometerse a participar en un aumento de capital, el socio obligado es ya socio, de modo que «la aportación en virtud de la cual es socio es distinta de la aportación que constituye el objeto del aumento de capital y no puede existir sin la primera», porque nadie puede obligarse estatutariamente a participar en un aumento de capital si no es ya socio; en consecuencia, el carácter accesorio de esa obligación respecto de la condición de socio se respeta plenamente. Además, el propio profesor ROJO concede que se puede llegar a la misma conclusión si los socios se obligan por medio de la prestación accesorio a entregar dinero a la sociedad y simultáneamente atribuyen a la sociedad el derecho a convertir dichas cantidades (entiendo que se refiere a un aumento de capital social por compensación de créditos de los socios frente a la sociedad).

Uno de los posibles objetos de las prestaciones accesorias que presenta una especial utilidad son las aportaciones de uso. El artículo 60 TRLSC dispone que *«toda aportación se entiende hecha a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo»*. A la luz de este precepto parece claramente admitida la posibilidad de realizar aportaciones de mero uso a la sociedad, lo que podría dar lugar a una pérdida de interés de la prestación accesorio, que era la única manera de encauzar estas aportaciones a la luz de la legislación anterior a las leyes de anónimas de 1989 y de limitadas de 1995.

Pero ¿realmente ha querido el legislador admitir estas prestaciones de mero uso zanjando la polémica doctrinal anterior? La mayor parte de la doctrina parece admitirlo sobre la base del tenor literal del citado precepto y por un cambio de paradigma en torno al capital que ha pasado a ser un fondo de producción, en lugar de fondo de garantía: la consecuencia es que lo fundamental es el carácter valuable económicamente de lo aportado (artículo 58 TRLSC) y que sea idóneo para la consecución de los fines empresariales²⁸. Este posicionamiento encuentra además su respaldo en la STS de 7 de febrero de 1995²⁹ que, aunque lo hizo incidentalmente, admitió la aportación de uso a la sociedad. Merece la pena sintetizar la argumentación de PAZ ARES³⁰:

- Frente a las tesis garantistas que ponen el acento en el capital como fondo de garantía (y que, por ende, exigen que lo aportado sea susceptible de ejecutabilidad o recuperabilidad), lo cierto es que hoy impera la función del capital como fondo de producción. Además, contra lo que apuntan aquellos autores acerca de que el vínculo duradero que suponen las aportaciones de uso implicaría un obstáculo para la circulación de las participaciones, señala PAZ ARES que no se impide la transmisión, de modo que el

²⁷ *Op. cit.*, «prestaciones accesorias», página 457.

²⁸ En tal sentido, PAZ-ARES, Cándido: «La aportación de uso en las sociedades de capital», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, 1996, tomo II, páginas 2219 y ss.

²⁹ RJ 1995, 1226.

³⁰ *Op. cit.*, páginas 2222 y ss.

nuevo socio adquirirá la titularidad de la parte activa y el socio originario queda obligado a mantener y garantizar el uso del bien. Pero tal escisión de la posición jurídica originaria también acaece en las aportaciones de propiedad (el aportante originario queda obligado al saneamiento) y dichas aportaciones no se ponen en tela de juicio. Finalmente, se opone al razonamiento de las tesis garantistas de que las aportaciones de uso vulneran el principio del artículo 1.691 CC, al excluir al aportante de toda parte en las pérdidas: aunque es cierto que quien aporta el uso de una cosa no está sujeto a perder el valor de la cosa, sin embargo, sí lo estará a perder el valor de su uso, entendido como coste de oportunidad (esto es, el valor de la renta que alternativamente podría haber obtenido y no obtuvo).

- El inciso final del artículo 36.2 LSA (hoy 60 TRLSC) establece, con escaso margen para la vacilación, la admisión, junto a las aportaciones «quoad dominium», las aportaciones «quoad usum» y las aportaciones de uso no deben ceñirse, como entiende cierto sector doctrinal, a un uso real, sino también a un uso personal, pues el uso real (v. gr., un derecho de usufructo) confiere estabilidad «durante societate», pero no al tiempo de la liquidación (quedaría extinguido en el caso del artículo 515 CC). Por lo tanto, decae también este razonamiento por parte de las tesis garantistas acerca de la mayor idoneidad por su estabilidad del uso de naturaleza real.

No obstante, siendo ésta la tesis predominante en la actualidad no faltan autores que discuten la falta de idoneidad de las aportaciones de mero uso, como ARANGUREN URRIZA³¹, quien encuentra dos grandes objeciones:

1. Si el socio no transmite nada a la sociedad, ¿cuándo se entiende cumplida la obligación de aportar? Sería desde la puesta a disposición, aunque, por la naturaleza de lo aportado, subsistirán una serie de obligaciones a cargo del socio aportante posteriores a la aportación, que son las de mantenimiento en el goce pacífico del bien o derecho. Esta situación no puede asimilarse a un arrendamiento, puesto que la sociedad tiene el mero uso de la cosa y no un título propio. En la aportación de uso sería necesaria una colaboración permanente del socio aportante, lo que parece contradictorio con la posibilidad de desvincularse de la sociedad y la obligación de desembolso completo (artículo 78 TRLSC, que impone tal obligación, junto con el artículo 56.1.g, que establece el desembolso incompleto como causa de nulidad).
2. Se pregunta el autor: ¿qué es lo que adquiere la sociedad cuando se aporta el mero uso? La sociedad no adquiere derecho alguno, ni de naturaleza personal, ni real, lo que sería un obstáculo para permitir que esta sociedad pueda limitar su responsabilidad (y, con mayor motivo, si es unipersonal).

³¹ *Op. cit.*, páginas 79 y ss.

Esto lleva a ARANGUREN URRIZA a sostener que para la viabilidad de tales aportaciones debe acudirse a determinadas fórmulas, como pactar la transmisibilidad del uso por parte de la sociedad, en virtud de un compromiso obligacional del socio.

En lo que, desde luego, acierta el autor citado es en su reflexión acerca de la mayor idoneidad de las prestaciones accesorias para encauzar este tipo de aportaciones, ya que favorecen a la sociedad, asegurando el mantenimiento del goce (ya que se permite su configuración como aportación de tracto continuado, a diferencia de las aportaciones sociales en las limitadas). Además, permite la imposición de un goce de duración indefinida (tras desaparecer en el proyecto de LSRL la prohibición de prestaciones perpetuas). Del mismo modo, permite a la sociedad excluir al socio incumplidor.

Desde el punto de vista del socio permite la retribución de las prestaciones accesorias por un valor distinto del contable, lo que permite tomar en consideración elementos subjetivos, como el valor de oportunidad o el ahorro financiero de la sociedad. Y exige su consentimiento individual para cualquier modificación o extinción de la prestación.

Una vez vistas las aportaciones de uso, debemos entrar en el análisis de determinadas prestaciones respecto de las cuales se ha discutido si pueden integrar el contenido de la figura que estamos estudiando y que merecen un tratamiento separado. Nos referiremos en el presente trabajo a las aportaciones suplementarias de dinero, la realización de prestaciones propias de una relación laboral y el ejercicio del cargo de administrador, para hacer una evaluación de su admisibilidad y los límites para su establecimiento.

2. Aportaciones suplementarias de dinero a la sociedad

2.1. Admisibilidad de estas prestaciones accesorias

Un sector minoritario de la doctrina (nos referimos fundamentalmente a VIÑUELAS SANZ³²) considera que las prestaciones accesorias pueden consistir en hacer o no hacer, pero no en dar, con lo que se impide que las aportaciones suplementarias de dinero puedan configurarse como tales prestaciones accesorias. Argumenta la autora:

- Que el legislador guarda silencio en la materia, en un marco en el que se ha regulado con cierto detalle la figura, lo que debe interpretarse como una opción voluntaria del legislador por no permitir las aportaciones de dinero.

³² *Op. cit.*, páginas 61 y ss.

- Que el artículo 24 LSRL (hoy el artículo 88 TRLSC) exige el consentimiento de la sociedad para la transmisión de las participaciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias y esta norma, según la autora, se basa en las especiales cualidades y condiciones de las personas que las prestan (lo que se ha contemplado por la sociedad). Por dicho motivo, la transmisión de las participaciones debe autorizarse por la sociedad (porque cambia su deudor). En el caso de las aportaciones suplementarias de dinero, al ser éste un bien fungible, a la sociedad le es irrelevante que su aportación se realice por el socio o por el ulterior adquirente de las participaciones. Concluye que el mencionado precepto es una prueba de que el legislador ha querido dejar las aportaciones suplementarias de dinero al margen de las prestaciones accesorias.
- Finalmente alude a un argumento histórico: las prestaciones accesorias surgen (como hemos podido exponer) para encauzar obligaciones de cultivar y suministrar el producto a la sociedad a efectos de su manufactura, no para entregar un bien fungible como el dinero, cuya obtención no exige trabajo alguno por parte del socio.

Con gran acierto contraargumenta Jesús ALFARO³³ a todo lo expuesto, dejando la postura citada sin cimientos que la puedan sostener. Su réplica puede sintetizarse del siguiente modo:

- Es cierto que el legislador guarda silencio acerca de si las aportaciones suplementarias de dinero pueden integrar las prestaciones accesorias, pero no puede interpretarse dicha omisión «contra libertatem», esto es, si el legislador hubiera querido prohibir las prestaciones lo habría hecho.
- Frente al argumento de la transmisión de las participaciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias, tal precepto (el artículo 88 TRLSC) no constituye un indicio de que el legislador haya querido dejar al margen las prestaciones de bienes fungibles, pues, aun en estos casos, la persona del deudor es ciertamente relevante por su solvencia. Piénsese el caso de que un socio solvente obligado a realizar aportaciones periódicas de efectivo transmita sus participaciones a otra persona completamente endeudada. Desde luego, en este caso, a la sociedad no le es irrelevante el cambio de deudor y debe aplicarse plenamente el artículo 1.205 CC, que exige el consentimiento del acreedor para «sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo».
- Y, en cuanto al argumento histórico expuesto, pone de manifiesto ALFARO ÁGUILA-REAL que la prestación histórica de suministrar remolacha de azúcar a la sociedad constituye una prestación de dar, lo que contrasta con la posición de la autora de restringirlas a un «facere» o un «non facere»

³³ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Prestaciones...», páginas 445 y 446.

y, aunque no lo fuera, no puede invocarse el derecho histórico como un límite para la normativa actual, puesto que las instituciones evolucionan y el derecho privado debe adaptarse a lo que es útil a la sociedad.

- Finalmente, la ausencia de la regulación de las aportaciones suplementarias al capital social, a diferencia del precedente del derecho alemán, nos conduce a entender que la constitución de toda obligación de naturaleza social de los socios distinta de la aportación de capital debe someterse al régimen de las prestaciones accesorias.

Además, debemos recalcar la utilidad de este tipo de prestaciones en los casos de pérdidas puntuales de la sociedad o cuando ésta vaya a iniciar nuevos proyectos e inversiones, permitiendo esquivar el crédito bancario, si la situación económica de los socios se lo permite.

Y existe otro argumento a favor de este tipo de prestaciones, que pone de manifiesto ARANGUREN URRIZA³⁴: en la tramitación parlamentaria de la ley de sociedades de responsabilidad limitada fue rechazada la enmienda 282 del Grupo Parlamentario Popular, que trataba de prohibir que pudiera establecerse como contenido de una prestación accesorio lo que pueda ser objeto de aportación social. Por tanto, fue voluntad del legislador establecer flexibilidad para la fijación estatutaria del contenido de las prestaciones accesorias, las cuales pueden incluir igualmente un carácter dinerario, sobre todo, ante la ausencia de regulación de las denominadas aportaciones suplementarias.

De igual modo, como veremos a continuación, nuestro Centro Directivo se ha inclinado claramente por la admisibilidad de este tipo de prestaciones, si bien pone en el foco de la polémica jurídica la cuestión de los límites estatutarios a su configuración. Pasemos a examinar esta cuestión.

2.2. *Postura de la DGRN en cuanto a la concreción de las prestaciones accesorias de entrega de dinero*

Nuestro Centro Directivo ha partido de una postura excesivamente restrictiva, que ha ido matizando en los últimos tiempos. Dicho posicionamiento está reflejado en las Resoluciones de 24 de junio de 1998, 7 de marzo de 2000 y 27 de julio de 2001.

La RDGRN de 24 de junio de 1998³⁵ discutía la admisibilidad de una cláusula estatutaria de cierta sociedad limitada por la que se establece que los socios, cuando así lo acuerde por mayoría ordinaria la Junta general, tendrán la obligación de realizar aportaciones en metálico suplementarias a la de capital —que no

³⁴ *Op. cit.*, página 87.

³⁵ BOE de 23 de julio de 1998.

alterara la cifra de éste hasta un máximo de veinte veces el valor nominal de las participaciones de que sea titular cada uno de ellos, a fin de cubrir las necesidades de Tesorería, siendo estas prestaciones de carácter no retribuido y restituibles cuando la situación de Tesorería de la sociedad lo permita y así lo acuerde la Junta general. El Centro Directivo lo inadmitió por:

- Falta de determinación cuantitativa y temporal.
- Dificultar extraordinariamente la transmisibilidad de las participaciones sociales, creando en la práctica una vinculación inescindible e indefinida del socio a la sociedad, dada la exigencia de autorización de la sociedad para transmitir las participaciones sociales que llevan aneja una prestación accesoria y, sobre todo, la persistencia de tal obligación mientras subsista la sociedad —para la que se ha pactado, además, una duración indefinida— y la improbable existencia de personas dispuestas a adquirir unas participaciones que pueden comportar un desembolso potencial de hasta veinte veces su valor nominal.
- El peligro de infracapitalización de la sociedad, lo que crearía conflictos entre socios, sociedad y acreedores sociales.

En sentido coincidente, la RDGRN de 7 de marzo de 2000³⁶, referida a una cláusula estatutaria que impone la obligación a cargo de todos los socios de realizar las que denomina aportaciones suplementarias —figura ésta que nuestro ordenamiento, a diferencia de otros, no contempla de forma autónoma— consistentes en aportaciones en metálico, distintas de las de capital en el que no se integran, con el fin de crear un fondo o capital de explotación en sentido económico. Esta cláusula, que, en realidad contiene una prestación accesoria, es rechazada por los mismos motivos que la Resolución anterior, pues salvo su límite máximo, que se fija en cincuenta veces el valor nominal de las participaciones de que sea titular cada socio, se remite al acuerdo de la Junta, adoptado por la mayoría simple prevista en el artículo 53.1 de la Ley reguladora del tipo social, la concreción de aquellos extremos. En este último aspecto, el optar por mayoría simple considera el Centro Directivo que vulnera la exigencia del consentimiento individual de los obligados y sin que éstos puedan ejercitar el derecho de separación.

Finalmente, la conocida RDGRN de 27 de julio de 2001³⁷ estudia el caso de la inscripción de una cláusula de los estatutos de cierta sociedad de responsabilidad limitada sobre régimen de prestaciones accesorias por la que se establece que los socios, previo acuerdo de la Junta general —adoptado por la mayoría ordinaria a que se refería el antiguo artículo 53.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y que determinará su cuantía y el plazo para su cumplimiento—, tendrán la obligación de realizar aportaciones en efectivo metálico suplementarias a

³⁶ BOE de 31 de marzo de 2000.

³⁷ BOE de 8 de septiembre de 2001.

la de capital, que no integrarán ni alterarán la cifra de éste hasta el límite máximo que resulte de multiplicar por uno el valor nominal de las participaciones de que sea titular cada uno de ellos, a fin de cubrir las necesidades de tesorería, siendo estas prestaciones de carácter no retribuido y restituibles cuando la situación de tesorería de la sociedad lo permita y así lo acuerde la Junta general.

La Dirección General acierta al considerar que las entregas de dinero pueden encarrilarse a través de prestaciones accesorias y expone que: *«es cierto que la prestación accesorio consistente en la entrega de dinero puede perseguir la atención a previsibles hipótesis de infracapitalización eludiendo las exigencias inherentes a una mayor cifra de capital social que podría ser necesaria para el adecuado desenvolvimiento del objeto de la sociedad (así, en caso de que se atribuya a los obligados el derecho a la restitución de las sumas de dinero a voluntad de los propios socios que lo exijan o en un término fijado al efecto, conseguirían éstos la devolución de tales sumas aunque no existieran beneficios sociales repartibles; en caso de quiebra de la sociedad los acreedores no podrían exigir la realización de estas prestaciones accesorias; en el supuesto de liquidación de la sociedad los socios que las realizaron concurrirían con los demás acreedores sociales, etc.); pero ello no puede llevar a negar para todos los casos la licitud de las prestaciones accesorias dinerarias, ya que se trata, más bien, de un problema de límites de su configuración (por ejemplo, sería “prima facie” admisible la prestación consistente en entregar determinada cantidad de dinero a fondo perdido e, incluso, con derecho de restitución siempre que, en este último caso, para la devolución se establecieran, en favor de los acreedores garantías idénticas a las previstas para los casos de reducción del capital social)»*. Es decir, admite las prestaciones accesorias consistentes en la entrega de sumas de dinero por parte de los socios, siempre que estatutariamente se establezcan garantías para los acreedores (previsiblemente estará aludiendo el Centro Directivo a la atribución estatutaria de un derecho de oposición para los acreedores establecida en el artículo 333 TRLSC o a la dotación de una reserva con cargo a beneficios o reservas libres por importe igual al percibido por los socios en concepto de restitución, como regula el artículo 332 del mismo cuerpo legal para permitir la exclusión de la responsabilidad solidaria de los socios).

Sin embargo, muestra un criterio excesivamente rigorista a la hora de la concreción de las aportaciones, concluyendo en el fundamento de derecho 3: *«el mencionado artículo 22.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada —actual artículo 86 TRLSC— configura las prestaciones accesorias como obligaciones de carácter estatutario y exige que conste en los propios estatutos “su contenido concreto y determinado”; mientras que la cláusula debatida vulnera esa exigencia legal en el aspecto cuantitativo. Ciertamente que en el artículo 1273 del Código Civil —aplicable supletoriamente, como ha quedado expuesto— se permite una indeterminación en la cuantía de la obligación, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes, por lo que sería admisible no sólo una absoluta y total concreción inicial, sino también una determinación primaria o mediata, si en este último*

caso estén ya fijados los criterios con arreglo a los cuales deberá producirse tal determinación, criterios que, de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas (cfr. artículos 1.115, 1.256, 1.447, 1.449 y 1.690 del Código Civil). Y, por otra parte, al disponer la cláusula estatutaria debatida que el acuerdo de Junta general relativo a la exigibilidad y cuantía de las prestaciones accesorias, así como el plazo de su cumplimiento, requerirá la mayoría ordinaria a que se refiere el artículo 53.1 de la Ley, se infringe de modo indirecto el régimen que sobre creación, modificación y extinción de tales prestaciones establece el artículo 25.1 de la misma Ley —actualmente el artículo 89 TRLSC—, al dejar aspectos esenciales de tales extremos al arbitrio de un acuerdo ordinario de la Junta, sin necesidad del consentimiento individual de los afectados y sin que éstos tengan el recurso de ejercitar el derecho de separación». Por tanto, se ha inclinado por el criterio más riguroso en cuanto a la concreción de su contenido que, o bien ha de ser total, o bien determinable, pero sin necesidad de nuevo convenio entre socio y sociedad ni, con mayor motivo, de una decisión unilateral de la Junta de socios.

Esta postura tan restrictiva fue criticada por la doctrina, en general, más proclive a admitir la flexibilización de este tipo de prestaciones por la importante función que cumplen en la pequeña y mediana empresa: la financiación. En este sentido, ALFARO³⁸ pone de manifiesto la innegable realidad de que estas sociedades nacen con un capital pequeño, razón por la cual es lógico que tengan que recurrir a los préstamos de terceros o de los propios socios para desarrollar su actividad. Entre ambos tipos de financiación, el crédito de terceros es más costoso porque los terceros no conocen tan bien como los propios socios las posibilidades de éxito del negocio financiado, lo que les llevará a protegerse exigiendo mayores garantías y elevando el tipo de interés. Sin embargo, puede resultar más cómodo (siempre que la situación de los socios lo permita) ir proporcionando los medios económicos a la sociedad por parte de aquéllos, a medida que la entidad lo vaya requiriendo en función de su actividad.

En la misma línea, ARANGUREN URRIZA³⁹ pone el acento en la necesidad de facilitar esta vía de financiación, dadas las restricciones impuestas a la sociedad limitada para el acceso al ahorro público. Es cierto que, con posterioridad a la conferencia de nuestro compañero, la Ley de Fomento de Financiación Empresarial de 27 de abril de 2015 ha abierto la posibilidad de emisión de obligaciones a las sociedades de responsabilidad limitada; sin embargo, ha establecido una serie de restricciones y cautelas para este tipo social que no ha impuesto para las anónimas⁴⁰. Por este motivo, las prestaciones accesorias continúan siendo una alternativa plausible para la obtención de recursos en beneficio de estas entidades.

³⁸ *Op. cit.*, páginas 448 y 449.

³⁹ *Op. cit.*, página 95.

⁴⁰ Me refiero a las establecidas en el artículo 401 TRLSC, como la prohibición de emitir obligaciones por encima del doble de los recursos propios, salvo que se garanticen debidamente o la imposibilidad de emitir obligaciones convertibles en participaciones.

Una de las cláusulas debatidas prevé el reintegro total o parcial de los desembolsos hechos por los socios, previo acuerdo de la Junta general, una vez que la tesorería y liquidez de la sociedad lo permitan, por lo que entiende el autor citado que la relación jurídica subyacente es la de una cuenta de crédito no retribuida a favor de la sociedad, añadiendo que no es descartable que la determinación de la obligación pueda encomendarse a una de las partes, siempre que ese arbitrio lo sea de equidad, por lo que sería impugnabile un acuerdo de la Junta general contrario a la equidad.

Por su parte, CABANAS TREJO⁴¹ entiende que, fijada la cuantía máxima, queda la obligación constituida y suficientemente determinada. Y, por otra parte, no se vulnera el artículo 25.1 LSRL (hoy 89.1 TRLSC), es decir, la exigencia del consentimiento individual de los obligados, porque el acuerdo de la Junta general se limita a determinar el momento y concreta cuantía de un desembolso previamente obligatorio. Es decir, el consentimiento individual del obligado se exige en el momento de la creación de la prestación, no en el de su concreta determinación por el acuerdo posterior de la Junta, pudiendo el socio renunciar a la protección que supone la exigencia de tal consentimiento individual, al tiempo del establecimiento de la cláusula (artículo 6.2 CC), si bien, en este caso, debería preverse un derecho de separación del socio, para protegerle frente al carácter indefinido de la prestación. A falta de tal cautela por parte de la Junta general podría encajarse el derecho de separación, según un sector de la doctrina⁴², en una interpretación amplia del artículo 95.f) LSRL (hoy 346.1.d TRLSC), que concede tal derecho al socio que no haya votado a favor del acuerdo en los casos de «creación, modificación... de la obligación de realizar prestaciones accesorias...».

Suaviza algo su criterio la posterior RDGRN de 18 de junio de 2012⁴³, que debate en este recurso la inscripción de una escritura de modificación de estatutos sociales, por la que se establecen prestaciones accesorias de aportación suplementaria de dinero, «*con objeto de atender necesidades coyunturales de tesorería durante el plazo de diez años... y que no podrán exceder en conjunto... de la cuantía de treinta euros por participación... previa adopción del acuerdo de exigencia de aportación por la Junta general*». La flexibilidad que muestra la Dirección General en este particular parece justificarla en tres circunstancias que concurrían en el caso concreto:

⁴¹ CABANAS TREJO, Ricardo, en:

— «Comentario a la Resolución de 24 de junio de 1998», Revista *La notaría*, número 8, julio-agosto 1998, páginas 359 y ss.

— Comentario a la Resolución de 7 de marzo de 2000, Revista *La notaría*, número 3, marzo 2000, páginas 444 y ss.

⁴² En tal sentido, ARANGUREN URRIZA, en *op. cit.*, páginas 96-98, quien cita a Sacristán Represa y recalca cómo, por esta línea interpretativa, llegamos a la misma conclusión del derecho alemán, conforme a cuya normativa las aportaciones suplementarias pueden ser ilimitadas, pero en tal caso el socio tendrá derecho a abandonar la sociedad.

⁴³ BOE de 26 de julio de 2012.

- El hecho de que la cláusula se aprobó en Junta universal y por acuerdo de todos los socios, menos uno, que ejercitó el derecho de separación.
- Que las prestaciones dinerarias se realicen con la finalidad de «atender a las necesidades de tesorería», lo que implica una causalización de esta cláusula estatutaria, de modo que, si no concurren estas necesidades de liquidez en las arcas de la sociedad, puede el eventual socio disidente del acuerdo de determinación de la aportación impugnarlo conforme al artículo 204 TRLSC.
- Y que haya sido determinada la prestación en cuanto al tiempo (diez años) y su cuantía máxima (30 euros por participación). Debemos recordar que la limitación cuantitativa ya se recogió en la anterior resolución de 27 de julio de 2001 (hasta el importe del valor nominal de las participaciones de cada socio).

Dice así en su fundamento de derecho 3: *«Cumplido el requisito de que el contenido de la prestación accesoria sea concreto y determinado, las que suponen aportaciones suplementarias de dinero pueden resultar útiles cuando la sociedad se encuentre en pérdidas, o más ampliamente cuando tenga necesidades de tesorería, bien por encontrarse en una situación transitoria de insuficiencia, bien para acometer nuevas inversiones. Esto, por lo demás, suele ser muy frecuente en sociedades limitadas de carácter cerrado, que nacen con un capital reducido, en muchos casos el mínimo legal exigido, y cuya financiación se logra no acudiendo al mercado crediticio, sino a los propios socios, realizando aportaciones según las necesidades financieras, quedando vinculados mediante el establecimiento de una prestación accesoria dineraria, evitando, con ello que, llegado el caso de necesidad, pueda alguno de los socios renegar de él.*

Por eso, una cláusula estatutaria como la analizada no es contraria al artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, por cuanto habiéndose adoptado por Junta universal ha sido aceptada por todos los socios, excepto por uno, que ha ejercido su derecho de separación, conforme al artículo 346.1.d) de la misma Ley.

Debe entenderse que se ha cumplido con la exigencia de que el contenido de la prestación sea concreto y determinado, habiéndose señalado su cuantía máxima y su duración, y su concreción se realizará por acuerdo de la Junta general con objeto de atender necesidades coyunturales de tesorería, que constituye el criterio al que deberá ajustarse el acuerdo de la Junta general, susceptible, caso de incumplimiento, de impugnación por un eventual socio disidente. Por lo tanto, no queda al mero arbitrio de la Junta general la oportunidad y la cuantía de la prestación accesoria, sino que ésta ha quedado delimitada en el tiempo, diez años, en su cuantía máxima, treinta euros, y en su finalidad, atender necesidades coyunturales de tesorería.

Por tanto, debe estimarse que en el supuesto de hecho de este expediente se cumple la finalidad del principio de determinación que es la previsibilidad, esto es, que el socio pueda hacerse cargo de las obligaciones que pueden sobrevenirle, puesto que se fija un máximo, un plazo de duración y una finalidad a la que debe responder la exigencia de la prestación accesoria».

Ha seguido esta línea la reciente RDGRN de 26 de junio de 2018⁴⁴, en la que se pretende la inscripción de determinada cláusula de los Estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada, según la cual a los socios que tengan determinada condición de miembros de la familia se les impone la prestación accesoria no retribuida del cumplimiento de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar que consta en la escritura pública que se reseña y ha sido aprobado por unanimidad de todos los accionistas en la misma Junta general que acordó la modificación estatutaria. De nuevo, el registrador suspende la inscripción fundamentando su calificación en el repetido artículo 86 TRLSC. Igualmente considera vulnerado el artículo 29 de la misma ley, según el cual no son oponibles a la sociedad los pactos que se mantengan reservados entre los socios. Por último, entiende que se da al protocolo familiar, a través de su mención en Estatutos, una publicidad al margen de la prevista en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, y en contravención del mismo, dado que los cauces de publicidad que contempla son «*numerus clausus*».

El Centro Directivo, partiendo de la innegable admisibilidad de los pactos parasociales y del protocolo familiar (cuyo contenido rebasa al de aquéllos en amplitud), señala que «*en el ámbito doctrinal, se admite que la eficacia de los pactos parasociales y, en concreto de los protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y los terceros, en el ámbito del ordenamiento corporativo, mediante determinados remedios estatutarios, uno de los cuales es precisamente el empleado en el caso del presente recurso: la configuración de la obligación de cumplir el protocolo familiar como una prestación accesoria, de modo que su incumplimiento se sancione con la exclusión del socio incumplidor*».

Y, en cuanto al debate que ahora nos ocupa, reitera que la exigencia de «*un especial rigor en la determinación de ese contenido... no debe excluir la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, siendo necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y, al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el*

⁴⁴ BOE 10 de julio de 2018.

artículo 1273 exige la determinación. Ciertamente que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con ello, resulta admisible no sólo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas.

En el presente caso —dejando al margen el hecho de que el protocolo familiar es aprobado por unanimidad de todos los accionistas en la misma Junta general— la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada mediante su formalización en la escritura pública que se reseña, de suerte que su íntegro contenido está determinado extraestatutariamente de manera perfectamente cognoscible no sólo por los socios actuales que lo han aprobado unánimemente sino por los futuros socios que, al adquirir las acciones, quedan obligados por la prestación accesoria cuyo contenido es estatutariamente determinable —ex artículo 1273 del Código Civil— en la forma prevista. Debe concluirse que la cláusula debatida es inscribible, por no rebasar los límites generales a la autonomía de la voluntad, por cuanto no se opone a las leyes ni contradice los principios configuradores de la sociedad anónima».

Es decir, en este caso, la prestación accesoria está completamente determinada, si bien no consta esa total determinación en los estatutos y, por tanto, no será publicada dicho concreto contenido en el Registro Mercantil.

2.3. Conveniencia de un criterio más permisivo por parte del Centro Directivo: admisión de las prestaciones indefinidas, retribuidas y las concretadas por el órgano de administración

En el fondo, la DGRN no ha dado ningún giro radical a su doctrina restrictiva en materia de concreción de las prestaciones accesorias de entrega de dinero, pues exige, como mínimo, una cuantía máxima y un límite temporal. Estamos a favor de suavizar este rigor, en aras a que las prestaciones se incorporen a los estatutos, en lugar de integrar pactos parasociales y proponemos su acceso al Registro Mercantil en tres casos dudosos: cuando tengan carácter temporalmente indefinido, en los casos en que se estipula su concreción por el órgano de administración y cuando se pacta su restitución al socio o su remuneración.

En cuanto al límite temporal sería deseable que nuestro Centro Directivo admitiera el carácter indefinido de estas prestaciones (siempre que la duración en el tiempo de la sociedad también lo sea), cuando los estatutos establezcan un derecho de separación «ad nutum» del socio, de tal modo que no se convertiría al socio en esclavo de sus propias participaciones, ofreciéndole el ejercicio del

derecho de separación como salida de la entidad. Aunque este tipo de cláusula ha sido objeto de un vivo debate doctrinal, se ha ido abriendo paso en nuestro derecho: a partir de la STS de 15 de noviembre de 2011⁴⁵ se admite la inclusión de tal estipulación estatutaria, sin perjuicio de una serie de ajustes, en los que no podemos entrar por no ser objeto de nuestro análisis. En el caso de no incorporarse tal derecho de separación, la cuestión sería más discutible, aunque hay autores que parecen reconocer al socio el derecho, en el caso de discrepancia del disidente con el acuerdo de Junta que determine la concreta aportación de la prestación accesorio, acudiendo a una interpretación amplia del artículo 346.1.d TRLSC, como hemos visto.

Sin embargo, en nuestra función se encuentra la finalidad de dotar de seguridad y certidumbre al tráfico mercantil, por lo que deberíamos los notarios aclarar esta facultad dentro del clausulado estatutario. Puede incorporarse este derecho de separación invocando la STS 1050/2013, de 14 de marzo, que (para un caso de inclusión de prestaciones accesorias de carácter laboral) admite de forma nítida (con la finalidad de proteger la salida del socio, cuando la relación con la sociedad se rompe por causas laborales) las cláusulas de separación voluntaria «ad nutum». Argumenta que no suponen vulneración de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil, al no dejar al arbitrio de uno de los socios la validez y eficacia del contrato de sociedad, dado que se limita a facultar al socio para el ejercicio del derecho potestativo unilateral de separarse de un contrato de duración indefinida.

Incluso, aunque nos planteara alguna duda la incorporación de esta cláusula a los estatutos, siempre podríamos salvarla aludiendo a un derecho de separación del socio que no haya «*votado a favor del acuerdo que decida la concreción de la prestación accesorio de aportación dineraria*». Con esta vía de escape para el socio debería admitirse una prestación accesorio como la que estamos examinando, establecida con carácter indefinido, sin convertirle en esclavo de su sociedad.

Otro argumento a favor de esta postura más flexible que propongo es evitar la consecuencia del carácter minucioso y detallista de nuestro Centro Directivo: que continúe la «huida» del derecho mercantil, esto es, la inclusión de estos acuerdos de los socios como pactos parasociales, lo que resulta innecesario, puesto que una postura más flexible de la Dirección General no desprotege al socio, quien —en caso de discrepancia con el acuerdo de Junta que decida una concreta aportación— puede siempre impugnar tal acuerdo, entre otros motivos, por abusivo (ex artículo 204 TRLSC).

Dentro de la configuración estatutaria de este tipo de prestaciones podríamos plantearnos si es admisible la atribución de la decisión de la concreta cuantía de la prestación y la determinación del momento temporal, no ya a un acuerdo de Junta, sino a los administradores de la sociedad. La cuestión es controvertida, pues al

⁴⁵ STS 796/2011, de 15 de noviembre.

tratarse de una relación entre socios y sociedad parece que debe quedar reservada a la Junta de socios; sin embargo, no faltan autores que defienden su admisibilidad⁴⁶, argumentando que, en el caso de los desembolsos pendientes, son los administradores los que determinan cuándo y cuánto se ha de entregar a la sociedad, en caso de silencio estatutario (artículo 82 TRLSC). Parece que nuestro Centro Directivo ha dado luz verde a esta alternativa en la extensísima RDGRN de 25 de septiembre de 2014⁴⁷ que, a pesar de mostrar un criterio muy riguroso a la hora de exigir la determinación más exhaustiva de una prestación accesoria de «prestación de servicios» y «actividad comercial» (que no considera suficientemente concretado a efectos del artículo 86 TRLSC), sin embargo, se muestra favorable a la concreción de las prestaciones por decisión del órgano de administración (o, de forma alternativa, al órgano de administración o a la Junta de socios), exponiendo en el fundamento de derecho 4:

Analiza «la previsión según la cual la transmisión de participaciones con prestación accesoria requiere “la autorización del órgano de administración o de la Junta de Socios”». Y razona: «El artículo 88 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que será necesaria la autorización de la sociedad para la transmisión voluntaria por actos “inter vivos” de las participaciones sociales que lleven vinculadas prestaciones accesorias y, salvo disposición estatutaria en contra, atribuye dicha competencia a la Junta general. Ahora bien, si se tiene en cuenta el ámbito reservado por el legislador a la libre autonomía de la voluntad negocial en orden a la configuración del régimen de funcionamiento y organización de la sociedad (cfr: artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital) no cabe entender que una disposición estatutaria como la debatida resulte inadmisibles, pues ni se opone a las leyes, a falta de norma que expresamente lo prohíba, ni a los principios configuradores de la sociedad limitada. Esta conclusión no queda empañada por el hecho de que, como afirma el registrador, pueda existir el riesgo de solicitud de autorización a ambos órganos sociales, pues entra dentro del margen de la autonomía de los socios la hipótesis de libertad de la transmisión en el caso extremo de que sea autorizada por cualquiera de los órganos a los que se hubiera solicitado, sin perjuicio de las consecuencias que en el ámbito interno pudiera tener la discrepancia entre los mismos.»

En lo que, desde luego, estamos de acuerdo es en que la redacción de la cláusula debe ser completa, incluyendo, en su caso, la regulación de la restitución de la aportación a los socios y su remuneración, salvo que los socios decidan establecerla a fondo perdido o como préstamo gratuito. En estos casos no creo que sea defendible el criterio que apunta la DGRN de darles un trato similar, en cuanto a la defensa de los acreedores, a la reducción del capital social, puesto que tales prestaciones no integran en ningún caso el capital social y, si se diera un supuesto de infracapitalización, existen remedios legales y jurisprudenciales para proteger a los citados acreedores: nos referimos a la doctrina de la «infracapitali-

⁴⁶ En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL: en «prestaciones ...», *op. cit.*, páginas 450 y 451.

⁴⁷ BOE de 7 de noviembre de 2014.

zación», acuñada por nuestros tribunales, en varias sentencias que postergan los derechos de los socios a los de los acreedores sociales cuando exista una desproporción significativa entre el capital arriesgado por los socios y el objeto social y nivel de riesgo de la entidad⁴⁸.

5.3. *Prestación accesoria consistente en la celebración de un contrato de trabajo y/o en el desempeño de servicios propios de una relación laboral*

Nos proponemos un examen de aquellas prestaciones accesorias cuyo contenido sea, bien la celebración de un contrato de trabajo con la sociedad, o bien la realización de las prestaciones propias de una relación laboral, en la que la sociedad aparece como empleador.

Un sector importante de la doctrina⁴⁹ entiende que se ha creado un vínculo entre socio y sociedad de naturaleza social y no laboral. La consecuencia es que no procede aplicar las normas del contrato de trabajo (no tendrá el socio-trabajador el derecho de denuncia unilateral del contrato de trabajo o exigir el cumplimiento de las normas sobre jornada laboral o vacaciones, v.gr.), argumentando:

- que no es posible la superposición de la relación societaria y la laboral, al regirse por principios y normativas distintas, lo que conlleva que sea la relación societaria la que absorba la relación laboral;
- que la prestación de trabajo no se realiza exclusivamente a través del cauce de un contrato laboral, sino que puede realizarse por otras vías, como las prestaciones accesorias, en cuyo caso deben aplicarse las normas societarias, salvo que exista un fraude de ley, es decir, se acuda a la prestación accesoria para eludir la creación de una auténtica relación laboral. Entiende este sector doctrinal que se da un fraude de ley cuando económicamente el trabajo prestado tenga un valor muy superior al capital aportado por el socio.

ALFARO ÁGUILA-REAL⁵⁰ se opone a este razonamiento contraargumentando que:

⁴⁸ Tratada magníficamente esta materia en la obra *«La infracapitalización: una aproximación contractual»*, por Cándido PAZ-ARES, en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS (coordinador). Madrid: McGraw-Hill, 1996.

⁴⁹ BARBA DE VEGA, José: «Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», editorial Montecorvo, 1984, páginas 332 y siguientes; y también RECALDE CASTELLS, Andrés Juan, en «Prestaciones accesorias», dentro de la obra colectiva *Tratado de la sociedad limitada*, coordinado por PAZ-ARES, Cándido, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, páginas 271 y ss.

⁵⁰ *Op. cit.*, páginas 454 y ss.

- No existe solapamiento de dos relaciones, sino dos tipos de relación jurídica distinta, cuyo objeto es diverso y, por tanto, pueden coincidir. No estamos ante el mismo caso de la prestación accesoria del ejercicio del cargo de administrador, en que el administrador pretende ser, por la misma tarea o prestación, trabajador de la sociedad. En consecuencia, ambas relaciones pueden coincidir, rigiéndose cada una por su normativa específica.
- El argumento del posible fraude de ley supone desconocer la realidad de muchas sociedades, en las que la aportación al capital es mínima y la aportación de trabajo tiene un valor muy superior.

La consecuencia es que existe o debe entenderse celebrado un contrato de trabajo entre el socio y la sociedad, que ha de regularse por la normativa laboral directa y no analógicamente, sin que la inclusión en los estatutos como prestación accesoria pueda cambiar esta realidad. Lo que es innegable es que el hecho de que el trabajador sea socio afecta de alguna manera a la relación laboral. Citamos cuatro situaciones:

1. Cuando el socio es único o mayoritario no podemos hablar de relación laboral, por faltar uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, que es la situación de dependencia. Si es un socio minoritario no se plantea esta problemática.
2. La existencia de una relación societaria debe matizar la relación laboral por el deber de lealtad del socio trabajador, que es mayor que el del trabajador por cuenta ajena no socio: esto implica que no podrá el socio exigir con la misma rigidez el cumplimiento de la normativa laboral sobre vacaciones, horarios..., salvo, como pone de manifiesto el propio Jesús Alfaro⁵¹, que la prestación accesoria tenga por finalidad defraudar la normativa laboral, en cuyo caso esta última debe aplicarse de manera irrestricta.
3. En cuanto al derecho de denuncia unilateral del contrato de trabajo por parte del socio, debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. No se niega que pueda dar por concluida la relación laboral, pero si lo realiza de forma extemporánea o perjudicial para la sociedad y sin justo motivo, la entidad podrá considerarlo como un incumplimiento voluntario de la prestación accesoria, pudiendo acudir a la exclusión del socio conforme al artículo 352 TRLSC. Por su parte, conviene —como apunta el Tribunal Supremo en la sentencia que, a continuación, se expondrá— que por vía estatutaria se incluya un derecho de separación «ad nutum» del socio obligado, para facilitarle una salida de la sociedad, cuando las relaciones con la misma se hayan enturbiado como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo.

⁵¹ *Op. cit.*, página 455.

4. Desde el punto de vista de la sociedad empleadora, el socio tendría todas las acciones legales correspondientes conforme a la legislación laboral, además de las acciones que le puedan asistir en su condición de socio.

El Tribunal Supremo, en su STS 1050/2013, de 14 de marzo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre una cláusula estatutaria que imponía como prestación accesorio la *«prestación de servicios profesionales a la sociedad o a sociedades del grupo en régimen laboral o de forma autónoma, para el desarrollo del objeto social de la compañía»* y que, además, incluía un derecho de separación *«ad nutum»* para el socio obligado a tales prestaciones accesorias.

Valora el Tribunal Supremo (fundamento de derecho décimo) las prestaciones accesorias como *«obligaciones a cargo de todos o algunos de los socios, que han de estar previstas en los estatutos sociales y que son distintas de la obligación principal de realizar las aportaciones sociales correspondientes a las participaciones asumidas por cada uno de ellos. Por lo tanto, integran el patrimonio social pero no el capital social. Su contenido puede ser muy variado: prestar financiación a la sociedad, cubrir pérdidas, realizar pagos periódicos. Pueden tener también un carácter personalísimo, como es el caso de la realización de actividades laborales o profesionales para la sociedad. Asimismo, pueden ser de prestación continuada o periódica, o de tracto único»*.

Acentúa que *«la previsión estatutaria de prestaciones accesorias a cargo de todos o algunos socios acentúa el carácter contractualista y personalista de la sociedad colectiva. Más aún si la prestación accesorio consiste en una prestación personalísima de carácter continuado, como es la prestación de servicios profesionales por parte del socio, como acontece en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento. La previsión de una prestación accesorio de esta naturaleza explica que, al constituirse la sociedad, los socios fundadores hayan establecido en los estatutos sociales un régimen especial»*.

En el supuesto de llegar a una situación desfavorable si la relación laboral o de servicios con la sociedad no se desarrolla satisfactoriamente para el socio y, a falta de una previsión estatutaria que regulara la cuestión, se encontraría obligado a prestar tales servicios de forma indefinida. *«En caso de dejar de hacerlo, la sociedad no podría exigir un cumplimiento específico de la prestación, no sólo por la imposibilidad intrínseca de una coerción de esta naturaleza, sino porque vulneraría el principio general del ordenamiento que prohíbe las vinculaciones perpetuas (cfr. art. 1583 del Código Civil). Pero podría acordar su exclusión de la sociedad (art. 98 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o exigir la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.»*

Según el Alto Tribunal, ello explica que *«antes de aceptar integrarse en una sociedad limitada asumiendo prestaciones accesorias consistentes en la prestación de servicios profesionales para la sociedad, es admisible que el socio que va a resultar gravado con tales prestaciones negocie la inclusión de cláusulas esta-*

tutarias que le permitan cesar en la prestación de tales servicios y separarse de la sociedad si su integración en ella, y en concreto la prestación de sus servicios profesionales prevista como prestación accesoria de sus participaciones sociales, no le satisface». Esta cláusula no infringe la normativa societaria en materia de prestaciones accesorias.

Es significativo —argumenta el Supremo— que el art. 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, establezca en su primer apartado que *«los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento»*. La sociedad profesional regulada en esta ley presenta unas características de sociedad cerrada y personalista similares a los de la sociedad limitada con prestaciones accesorias consistentes en la realización de servicios profesionales, y el socio profesional de aquella presenta también similitudes con el socio de la sociedad limitada obligado a prestar servicios profesionales a ésta en virtud de las prestaciones accesorias que gravan sus participaciones sociales.

Concluye que *«no puede considerarse ilícita una cláusula estatutaria que permita la separación “ad nutum” del socio que ha de prestar servicios profesionales a la sociedad limitada constituida por tiempo indefinido, cuando la ley reconoce tal derecho de separación “ad nutum” al socio profesional en las sociedades profesionales constituidas por tiempo indefinido»*.

5.4. Prestación accesoria de ser administrador

Como apuntamos al comienzo de este epígrafe, pueden ser objeto de las prestaciones accesorias, en principio, toda obligación de dar, hacer o no hacer, conforme al artículo 1.088 de nuestro Código Civil. Por tanto, nada parece impedir que se constituya el ejercicio del cargo de administrador como una prestación accesoria de las acciones o participaciones. Además, este tipo de prestación contribuye a la personalización de este tipo de sociedades de capital, incrementando la implicación y colaboración entre socio y sociedad. Parece admitir indirectamente esta posibilidad el artículo 212.2 TRLSC cuando dice que *«salvo disposición contraria de los estatutos»*, para ser nombrado administrador no se requiere la condición de socio. Esta disposición contraria de los estatutos a que alude el precepto bien podría estar pensando en la prestación accesoria.

Sin embargo, los inconvenientes los pone de manifiesto PEÑAS MOYANO⁵²:

- El desempeño del cargo de administrador requiere nombramiento por parte de la Junta general (artículo 214 TRLSC). Si, con posterioridad a la Junta se nombrasen administradores diversos a los que en un principio se

⁵² PEÑAS MOYANO, M. J.: en *op. cit.*, páginas 294 y ss.

había dispuesto que cumplieran con la prestación accesorias, se vería frustrado el cumplimiento de dicha prestación accesorias.

- El principal obstáculo lo constituye el carácter esencialmente revocable del cargo de administrador, que, conforme al artículo 223.1 TRLS, «*puede ser separado de su cargo en cualquier momento por la Junta general aun cuando el acuerdo no conste en el orden del día*». Tan solo el párrafo segundo permite, en sede de limitadas, exigir una mayoría reforzada no superior a 2/3 para tal acuerdo de separación. Al tratarse de una revocación «ad nutum», el ejercicio de tal derecho por parte de la Junta vendría a impedir al socio el cumplimiento de la prestación accesorias, lo que, según la autora, choca frontalmente con el tenor literal del artículo 25.1 LSRL —hoy 89.1 TRLS— que exige, para la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, «*el consentimiento individual de los obligados*». Esto, unido a la supresión de la figura del gestor estatutario —que en la LSRL de 1953 establecía un auténtico derecho del socio a ser administrador y una correlativa obligación de la sociedad de mantenerlo en su cargo— dificultan la admisión de este tipo de prestaciones accesorias.

Estos dos impedimentos llevan a la autora a considerar la inclusión de tales prestaciones en los estatutos como un esfuerzo realmente costoso, al que no conviene exponer a la sociedad, ya que, al no poder considerar implícito el consentimiento del socio a una futura extinción de la prestación accesorias en el propio acto de asunción del cargo de administrador, éste debería consentir el cese. Y ello supondría desvirtuar el mandato del citado artículo 223.1 TRSLC. Es cierto que puede resultar excesiva la exigencia de este consentimiento por el obligado a las prestaciones accesorias, pero no es menos cierto que las mismas se establecen a favor de la sociedad y al del propio socio (piénsese el caso de que el cargo de administrador sea retribuido). Parece apuntar la autora la posibilidad de su inclusión como prestación accesorias, si se prevé una indemnización por cese anticipado de su cargo.

La STS de 15 de abril de 1997⁵³ apunta a su admisión, al mencionar como ejemplo de estas prestaciones accesorias el desempeño de cargos directivos. La mayor parte de la doctrina se inclina por admitir estas prestaciones (en tal sentido, ALFARO⁵⁴ o BARBA DE VEGA⁵⁵), argumentando que:

- El régimen aplicable al desempeño del cargo de administrador es el societario correspondiente a tal cargo, sin que sea relevante el hecho de que haya sido nombrado administrador, como consecuencia del cumplimiento de una prestación accesorias contenida en los estatutos.

⁵³ RJ 1997, 884.

⁵⁴ *Op. cit.*, «Prestaciones accesorias», páginas 456 y 457.

⁵⁵ *Op. cit.*, «Prestaciones...», páginas 337 y 338.

- No existe incompatibilidad entre el artículo 89.1 y el precepto 223.1 del TRLSC, puesto que, aunque el socio está obligado a ejercer de administrador de la sociedad, ésta no tiene obligación de mantenerlo como tal, pudiendo destituirlo libremente. En este caso se extingue la prestación accesoria, pero se seguirían consecuencias indemnizatorias a favor del administrador destituido, siempre que la cuantía de tal indemnización no sea del calibre tal que suponga una eliminación fáctica de la posibilidad de revocación⁵⁶.

El catedrático Jesús ALFARO⁵⁷ apunta al caso frecuente de que la obligación de administrar impuesta en las prestaciones accesorias constituya, además, un privilegio, en cuyo caso no debería haber obstáculos insalvables para admitir la estipulación de que los demás socios sólo puedan destituirle por justa causa y el socio administrador sólo pueda dimitir cuando exista motivo justificado, pues, de no cumplirse, se estaría vulnerando la prestación accesoria que han pactado. Añade que existen muchos supuestos en los que el mantenimiento de una persona como administrador constituye la ratio de la constitución de la sociedad: v. gr., los casos en los que se asocian un financiador y un emprendedor, para el desarrollo de la idea de este último.

Coincido plenamente con el autor en la admisibilidad de esta cláusula, puesto que debemos tomar en consideración que el paradigma institucionalista de las sociedades de capital está derivando en su némesis contractualista. Es decir, frente a la consideración de las normas societarias de limitadas como imperativas en todo caso, debemos ir admitiendo la posible modificación o derogación de las mismas por la autonomía de la voluntad de los socios, siempre que no se perjudiquen el orden público o la protección del tráfico y los terceros. En este sentido, la norma del cese «ad nutum» de los administradores no protege a los terceros ni a los acreedores de la sociedad, sino a los propios socios y éstos, por unanimidad pueden renunciar a la misma y establecer la exigencia de justa causa para revocar el cargo de administrador. Mucho me temo que el carácter minucioso y detallista del Registro Mercantil lleve a inadmitir la inscripción de estas cláusulas, lo que desembocará nuevamente en la «huida» hacia los pactos parasociales.

VI. CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

1. Creación, con especial referencia a los pactos de retribución

La creación de las prestaciones accesorias puede ser realizada al tiempo de la fundación de la sociedad o en un momento posterior, por la vía de la modificación estatutaria. Como hemos visto, las prestaciones accesorias tienen carácter estatutario, es decir, han de constar en los estatutos y, por tanto, en la escritura que los

⁵⁶ Así lo expresa BARBA DE VEGA: *op. cit.*, página 338.

⁵⁷ *Op. cit.*, páginas 456 y 457.

formaliza, al constituirse la sociedad o, posteriormente, al elevar el acuerdo de modificación estatutaria.

En la fundación de la sociedad, su creación requerirá el consentimiento de todos los socios fundadores. Si se realiza en un momento posterior, se planteó el problema acerca de la exigencia o no de unanimidad:

La doctrina tradicional, como expone PÉREZ SANZ⁵⁸, entendió que se trataba de una alteración que afectaba realmente a los derechos de los socios, en cuanto se inserta en la esencia misma del contrato social. La consecuencia de este razonamiento es la necesaria unanimidad para este tipo de modificaciones estatutarias.

Sin embargo, el legislador de 1995 (línea seguida por el actual texto refundido) no ha mantenido este rigor, ni para la creación, ni para la modificación o extinción anticipada de las prestaciones accesorias, bastando (con arreglo al actual artículo 89.1 TRLSC) que el acuerdo se tome con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos sociales, requiriendo, como requisito adicional, el consentimiento individual de los obligados. Al socio disidente le queda el recurso del derecho de separación que, como hemos visto, establece el artículo 346.1.d TRLSC.

Se plantea PÉREZ SANZ la posibilidad de que los estatutos exijan unanimidad para dicha creación, modificación o extinción⁵⁹. La flexibilidad del régimen jurídico de las sociedades limitadas y la autonomía de la voluntad de los socios son argumentos a favor de su admisibilidad, junto con el cambio de paradigma societario del institucionalista al contractualista (que permite más libertad a los socios, por considerar las normas societarias como interpretativas de la voluntad de las partes). Las reformas recientes en el TRLSC inciden en dicha libertad configuradora de los socios, permitiendo la denominada polivalencia funcional de los modelos societarios. El artículo 348 bis (relativo al derecho de separación por falta de reparto de dividendos) fue reformado⁶⁰, entre otros motivos, con la finalidad de aclarar ciertas controversias originadas en su aplicación. Una de ellas era precisamente la posibilidad de renuncia de los socios a tal derecho o su derogación estatutaria y la reforma se inclinó por la mayor flexibilidad configurativa, en su apartado 2: «para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo».

Una posición salomónica admite la validez de la cláusula estatutaria que exige unanimidad, en cuanto se limite a los socios fundadores de la sociedad, pero sin que esa vinculación pueda extenderse a los socios que hubieran adquirido las participaciones con posterioridad.

⁵⁸ *Op. cit.*, página 402.

⁵⁹ *Op. cit.*, página 411.

⁶⁰ Por parte de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre.

La cuestión es controvertida, pero lo más ajustado a derecho es inclinarnos por una solución contraria a la cláusula estatutaria que imponga la unanimidad, pues existen sólidos motivos para la imperatividad de la exigencia de la mayoría requerida en la modificación estatutaria:

- El artículo 200 TRLSC es claro y rotundo, cuando dice: «Para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la ley, *sin llegar a la unanimidad*». Dicho precepto coincide literalmente con el derogado artículo 53.3 LSRL.
- Nuestro Centro Directivo se muestra contrario a la exigencia de unanimidad en los acuerdos sociales de las sociedades de capital.
- La Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hablaba de un imprescindible mínimo imperativo, dentro del que habría que incluir el citado artículo 200 y el 89 del TRLSC, que exige ceñirse a los requisitos previstos para la modificación de los estatutos sociales.

Otro presupuesto exigido para la creación de las prestaciones en una modificación de estatutos es el consentimiento individual del obligado, que, conforme al artículo 195.2 RRM, deberá constar en la escritura que formalice el acuerdo de modificación o en otra independiente. Igualmente, se admite que resulte dicho consentimiento de modo expreso del acta del acuerdo social pertinente, que deberá estar firmada por el socio.

En la configuración estatutaria, las prestaciones accesorias pueden establecerse (artículos 86 TRLSC y 187 RRM) con carácter gratuito o retribuido. El examen de la retribución de las prestaciones accesorias nos obliga a tratar cinco cuestiones:

- La posibilidad de inscribir la cláusula estatutaria relativa a las prestaciones accesorias que no contenga mención alguna sobre su retribución.
- La diferenciación de las prestaciones pactadas en interés de la sociedad o de ambas partes.
- La concreción de la retribución, con especial mención de la remuneración en un porcentaje de dividendos sociales.
- La posibilidad de retribuir la prestación por encima de su valor de mercado.

- Y el reconocimiento o no al socio de su derecho de separarse de la sociedad en caso de incumplimiento de su obligación de retribuir por parte de aquélla.

Comenzamos con la primera: el artículo 86 TRLSC exige que se exprese si las prestaciones accesorias «han de realizarse gratuitamente o mediante retribución»; en idéntico sentido se manifiesta el artículo 187 RRM. ¿qué ocurre en caso de que la cláusula estatutaria no contenga mención alguna acerca de su gratuidad u onerosidad? Frente a un sector de la doctrina que aboga por la ineficacia de esta cláusula —por chocar con el precepto legal citado— otros autores⁶¹ sostienen que el tenor literal de dicho artículo legal no puede entenderse de una manera tan rigurosa y opta por interpretar la voluntad de los socios, atendiendo a los términos de la cláusula. Conforme a esta línea, si las prestaciones contienen el compromiso de ejecutar contratos que son típicamente onerosos (como la compraventa), dicha prestación será onerosa. Del mismo modo lo será cuando se hayan establecido desigualdades entre los socios (si solamente algunos de ellos están obligados a realizar prestaciones accesorias). Básicamente, podría afirmarse que la opinión de estos autores distingue las prestaciones unilaterales (que tendrán un carácter gratuito) y las bilaterales o recíprocas (que conllevarán su correlativo carácter oneroso). Por ello, si un socio se obliga a vender a la sociedad, es lógico que deba recibir el precio de lo vendido y si se compromete a trabajar en el marco de una relación laboral debe considerarse implícita la correlativa obligación de abonar su salario. Por el contrario, si el socio se compromete a no realizar competencia a su sociedad sin más, estamos ante una prestación gratuita. Un supuesto dudoso son las obligaciones de realizar aportaciones suplementarias de dinero. En caso de silencio de los estatutos, ALFARO⁶² las considera gratuitas, acudiendo a lo preceptuado en el artículo 314 del Código de Comercio, según el cual «los préstamos no devengarán interés si no se hubiera pactado por escrito». Sin embargo, entiende el autor que, en este supuesto, no estamos ante un negocio gratuito, pues la causa de dicha aportación patrimonial debe hallarse en el propio contrato de sociedad.

Sin embargo, en este punto, es recomendable cuidar nuestra función de asesoramiento y, en la medida de nuestras posibilidades, tanto notarios como abogados debemos encauzar la voluntad de las partes a la mayor claridad de la cláusula, lo que nos impone aclarar si la prestación es gratuita o retribuida y, en este segundo caso, el modo y la cuantía de la retribución.

Respecto a la segunda cuestión, ALFARO⁶³ parte de la dicotomía entre las prestaciones accesorias pactadas en beneficio e interés exclusivo de la sociedad y las estipuladas en interés y beneficio exclusivo de ambas partes, atendiendo a la voluntad manifestada de las mismas. A falta de pacto expreso, se presumirán en beneficio exclusivo de la sociedad si son gratuitas y en beneficio de ambas partes

⁶¹ En tal sentido, ALFARO: en *op. cit.*, página 460, citando a RECALDE dentro de este posicionamiento.

⁶² *Op. cit.*, página 460.

⁶³ *Op. cit.*, páginas 458 y ss.

si son remuneradas. La distinción tiene su repercusión práctica: cita el autor el caso de una prestación pactada en interés de la sociedad de administrar o establecer una relación laboral con la sociedad. Si se hubiera pactado en interés de ambas partes, la sociedad no sería libre de exigirla y celebrar el contrato de trabajo, libertad de la que dispone la entidad en el caso de pactarse en su propio interés. Del mismo modo, podría considerarse que, si la prestación se pacta en interés exclusivo de la sociedad, ésta podrá extinguir anticipadamente la prestación, sin necesidad del consentimiento individual del obligado, a pesar del tenor literal del artículo 89.1 TRLSC.

En lo que se refiere a la tercera cuestión: la concreción de la retribución, la misma podría delegarse estatutariamente, según ALFARO⁶⁴, al socio o a la sociedad, con tal de que los estatutos sociales remitan a la retribución usual atribuyendo a la mayoría la concreción de la remuneración, siempre que la misma se realice en equidad («arbitrium boni viri»), lo que permitiría al socio impugnar una cuantía de retribución que sea inequitativa. Argumenta que la mayoría de los servicios profesionales se prestan sin previo acuerdo entre el cliente y el profesional sobre el precio, en la confianza, por parte del cliente, de que se fijará con arreglo a los usos, sin que nadie discuta la validez de tal contrato.

No obstante, no opina lo mismo nuestro Centro Directivo al exigir, bien la determinación concreta de la retribución, bien una remuneración máxima, como hemos podido observar en las resoluciones reproducidas en el presente trabajo.

La retribución fijada en los estatutos puede consistir en un porcentaje de los dividendos sociales. Un sector de la doctrina (encabezado por RECALDE⁶⁵) somete a debate el riesgo de que la retribución quede al albur de la mayoría. ALFARO⁶⁶, sin embargo, entiende que tal riesgo queda mitigado, ya que los propios socios mayoritarios quedarían perjudicados si, con el fin de eludir la remuneración del socio, no repartieran dividendos. Hoy tenemos un argumento adicional con la incorporación al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital del artículo 348 bis, atribuyendo al socio disconforme con el acuerdo de no repartir dividendos, el derecho a separarse de la sociedad. Dicho precepto supone un importante instrumento contra cualquier actuación despótica de la mayoría. Con todo, esta forma de remuneración se presta a generar una alta conflictividad entre los socios y no es el sistema más oportuno, en aras a la pacífica convivencia en el seno de la entidad.

En cuarto lugar, nos planteamos si es viable la retribución de la prestación accesorio por encima del valor de dicha prestación en el mercado. Dispone el artículo 87.2 TRLSC que «la cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación». El precepto es ciertamente taxativo y no parece dejar margen a la autonomía de la voluntad de los socios. Lógicamen-

⁶⁴ *Op. cit.*, página 459.

⁶⁵ *Op. cit.*, página 276. El autor cita a LÓPEZ SÁNCHEZ.

⁶⁶ *Op. cit.*, página 458.

te, cuando la remuneración de la sociedad no tenga carácter patrimonial (como privilegios de voto, v. gr.) no se aplica dicho límite.

Pero en el resto de los casos, ¿pueden los socios, por unanimidad, fijar una remuneración superior? Si entendemos que la norma pretende proteger a los socios minoritarios, evitando que se favorezca a un determinado socio mediante el abono de una compensación muy superior al valor de su prestación, un acuerdo unánime de los socios podría derogarlo, pues los derechos individuales de los socios son renunciables, ex artículo 6.2 CC.

Si, por el contrario, consideramos que la norma tiene por finalidad la protección del principio de efectividad del capital social, no cabría remunerar al socio por encima del valor de mercado cuando exista un riesgo de infracapitalización social. Sin embargo, aun en este caso, cabría sostener su admisibilidad, acudiendo:

- A una interpretación histórica del precepto: el anteproyecto de ley de sociedades de responsabilidad limitada disponía⁶⁷ que los «*socios no tendrán derecho a la retribución de las prestaciones accesorias si el valor del patrimonio neto contable fuese o, como consecuencia del pago, pasase a ser inferior al capital social*». La supresión de dicho precepto en el texto definitivo de la LSRL muestra la voluntad del legislador de no hacer depender la retribución de las prestaciones de la situación del patrimonio neto contable. Retrocediendo en el tiempo, dicho anteproyecto se inspiraba claramente en el artículo 10 de la ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953 que, en esta misma línea, establecía que la remuneración de las prestaciones debía hacerse con cargo a los beneficios. Dicha norma pretendía evitar que, a través de las prestaciones accesorias se vulneraran las normas de garantía de capital. Como hemos apuntado, el cambio de criterio del legislador constituye un importante argumento a favor de esta posición.
- Porque, en estos casos de infracapitalización, existen mecanismos legales que pueden invocarse en defensa de los acreedores y terceros que contratan con la sociedad (jurisprudencia sobre infracapitalización, reducción del capital, disolución...).

Finalmente, en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de remunerar, el socio perjudicado puede optar por el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños en ambos casos, ex artículo 1.124 CC. Desde el punto de vista mercantil, ¿puede el socio separarse de su entidad? En puridad, no, salvo que se haya contemplado tal derecho estatutariamente, pues el artículo 346.1.d TRLSC solamente le atribuye tal derecho en caso de no haber votado a favor del acuerdo de creación, modificación o extinción anticipada de la obliga-

⁶⁷ Artículo 24.2 del Anteproyecto.

ción de realizar prestaciones accesorias. En ningún momento se refiere al incumplimiento de la obligación de retribuir las prestaciones accesorias. Sin embargo, hay autores⁶⁸ que defienden una interpretación flexible de tal precepto, pues si el socio resuelve o denuncia el contrato subyacente de la prestación accesorio por causa del incumplimiento de la sociedad, se habrá producido una extinción de la obligación, como consecuencia de la resolución, cumpliéndose el supuesto de hecho del precepto examinado. Aunque el artículo habla de acuerdo de extinción y atribuye el derecho al socio que no vote a favor podría interpretarse de forma amplia, englobando cualquier actuación de la sociedad que pueda desembocar en la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, atribuyendo el derecho de separación en este caso sólo al socio obligado por la prestación debatida.

2. Modificación y extinción

Al igual que para la creación de prestaciones accesorias, el artículo 89 TRLSC exige para su modificación y extinción el acuerdo de la Junta general «con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos sociales», junto con el consentimiento individual de los «obligados».

Un sector de la doctrina interpreta el término «obligados», en el sentido amplio, de modo que englobe no solamente a los socios que asuman la obligación de realizar la prestación accesorio, sino también aquéllos cuyos derechos resulten lesionados por la remuneración de la citada prestación. Este razonamiento puede llevar a exigir unanimidad en muchos casos de prestaciones remuneradas y está defendido por SACRISTÁN REPRESA⁶⁹.

Dicha posición es criticada por ALFARO⁷⁰, por la dificultad de delimitar qué socios se han visto lesionados por la remuneración, ya que:

- Si la remuneración está claramente por encima del valor de mercado, dicha prestación estaría proscrita por el citado artículo 87 TRLSC.
- Y si la retribución se corresponde con el valor de mercado, pero la sociedad no necesita la prestación, todos los socios estarían perjudicados, pero habrían decidido mediante acuerdo la inclusión de la prestación.

Además, cualquier socio que pudiera eventualmente resultar perjudicado por el acuerdo y que no haya votado a su favor siempre podrá acudir a dos vías para la protección de su posición: la acción de impugnación de los acuerdos sociales del

⁶⁸ En este sentido, Alfaro, en *op. cit.*, página 463.

⁶⁹ SACRISTÁN REPRESA, Marcos, en «Prestaciones accesorias», publicado en la *Revista de Derecho de Sociedades*, ed. Aranzadi, número extraordinario 1994, páginas 317 y ss.

⁷⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, en *op. cit.*, página 475.

artículo 204 TRLSC y el derecho de separación del artículo 346.1.d) del mismo cuerpo legal.

El derecho de separación lo podrá ejercitar cuando no haya votado a favor del acuerdo y, lógicamente no esté obligado a realizar la prestación modificada (pues, en este caso, para que se haya producido válidamente dicha modificación o extinción será necesario el consentimiento individual del obligado, bien en el mismo acuerdo, bien en acto separado).

En cuando a la posibilidad de hacer efectivo tal derecho de separación un sector doctrinal, entre cuyos autores se encuentra PEÑAS MOYANO⁷¹, entiende que el legislador se ha excedido y realiza una interpretación correctora del precepto, considerando que «no todo acuerdo de modificación puede dar lugar a una medida ciertamente extrema como es el derecho de separación. Dicho acuerdo ha de tener la entidad suficiente y afectar a los derechos de los socios como para permitir su ejercicio». Acuden a que los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe y ha de valorarse siempre el perjuicio que la separación pueda ocasionar a la sociedad.

Lo cierto es que el artículo 346 TRLSC no establece tal salvedad y la comprobación de que los derechos se ejerciten o no conforme a la buena fe corresponde a los tribunales de justicia. Desde nuestra función convendría que asesoremos al cliente para fijar las condiciones del ejercicio del derecho de separación, ya que, si la letra d) del apartado 1 del indicado precepto permite disposición en contra de los estatutos (lo que no hace expresamente para los otros supuestos que facultan a la separación), lógicamente también autoriza a modularlo o determinar en qué supuestos de creación, modificación o extinción anticipada puede ejercitarse. Se trata de una auténtica invitación de nuestro legislador a adecuar la autonomía de la voluntad de los socios en cada caso a sus propias circunstancias concretas.

VII. TRANSMISIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES, CUANDO HAY PRESTACIONES ESTIPULADAS

1. Introducción

Los principales problemas que plantea la transmisión de acciones y participaciones, cuando están establecidas prestaciones accesorias, derivan del hecho de que se produce un cambio subjetivo en la relación obligacional entre la sociedad y el socio primitivo. Debemos partir de una norma general de naturaleza civil, que inspira en cierta medida la regulación mercantil. Nos referimos al artículo 1.205 CC, que dispone: *«la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor»*.

⁷¹ PEÑAS MOYANO, María Jesús, en «Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», editorial Aranzadi, 1996, páginas 172 y ss.

Establece, por tanto, la regla general de que al acreedor no le pueden cambiar al titular pasivo de la deuda sin su consentimiento. El artículo 88 TRLSC es fiel trasunto de este principio general cuando establece en su apartado primero que «*será necesaria la autorización de la sociedad para la transmisión voluntaria por actos inter vivos de cualquier participación o acción perteneciente a un socio personalmente obligado a realizar prestaciones accesorias y para la transmisión de aquellas concretas participaciones sociales o acciones que lleven vinculada la referida obligación*».

2. Las transmisiones *mortis causa* y las transmisiones forzosas

La norma especial del artículo 88 se refiere exclusivamente a la transmisión voluntaria por actos *inter vivos*, por lo que, en primer lugar, debemos aclarar dos tipos de transmisión que están fuera del régimen especial y que, por tanto, se acogerán a las normas generales en materia de enajenación de acciones y participaciones: la transmisión *mortis causa* y la transmisión forzosa. Como consecuencia, en estos casos, la transmisión se regirá por lo dispuesto en los artículos 109 y 110 TRLSC para las sociedades limitadas y 124 y 125 para las anónimas.

La duda que se nos plantea es ¿qué ocurre con la prestación accesorio? Tanto si se transmiten forzosamente o *mortis causa* todas las participaciones de un socio personalmente obligado a las prestaciones, como cuando se transmiten aquellas concretas participaciones o acciones que lleven aparejada la referida obligación, surge la duda de si el heredero o adjudicatario en la ejecución está obligado por la prestación.

Una postura favorable a la extinción está encabezada por ALFARO⁷², quien dice que en estos dos casos (fallecimiento o ejecución forzosa del socio) «*dado que el socio obligado ha dejado de serlo por causas ajenas a su voluntad o ha muerto, la prestación accesorio se extingue*».

Por su parte, PÉREZ SANZ⁷³ distingue las transmisiones forzosas de las *mortis causa*. En las primeras, el adquirente no se verá obligado al cumplimiento de la prestación accesorio que afectaba al socio embargado personalmente o como consecuencia de la titularidad de las participaciones a las que aquélla estaba vinculada. La defensa de la sociedad se limita a la posibilidad del derecho de adquisición preferente que establece hoy el artículo 109 TRLSC, esto es, la posibilidad de rescate de la participación.

En las transmisiones *mortis causa* distingue el autor entre la prestación accesorio personal (que se extingue con la muerte del socio obligado, porque su asunción por los herederos implicaría una modificación al margen del régimen

⁷² *Op. cit.*, página 473.

⁷³ *Op. cit.*, páginas 415 y 416.

general) y la prestación accesoria objetivamente vinculada a una o varias participaciones (que sólo tendría que extinguirse por la muerte de su titular si tuviera carácter personalísimo). En caso de transmisión a los herederos, al no ser exigible la autorización de que trata el artículo 88 TRLSC, debe buscarse una solución para evitar que la sociedad vea cambiado su deudor sin haber prestado el consentimiento y, por parte de los herederos del socio, concederles un remedio para desvincularse de la sociedad. Dicha solución la encuentra el citado autor en el establecimiento de una cláusula estatutaria que atribuya un derecho de separación para los herederos o un derecho de rescate para la sociedad, de forma similar a lo que hace para las transmisiones *mortis causa* el artículo 110.2 TRLSC.

Esta posición me parece más ajustada a derecho, aunque no entiendo por qué no hace el mismo razonamiento para las transmisiones forzosas. Si la prestación accesoria se configura como obligación *propter rem*, es decir, se vincula a la titularidad de las participaciones sociales, el nuevo adquirente, sea voluntario o forzoso, deberá asumir la obligación correspondiente; todo ello sin perjuicio del posible establecimiento en los estatutos de un derecho de separación para éste o de exclusión o rescate para la sociedad. No hay que olvidar lo que caracteriza a las obligaciones *propter rem*: son las que se derivan de la titularidad de un derecho real, con lo que:

- La obligación es accesoria del derecho real y está ligada y coordinada con él.
- El sujeto pasivo de la obligación es el titular del derecho real sobre la cosa.
- Con la transmisión del derecho real se transfieren también las obligaciones *propter rem* que le acompañen.

En este sentido, la jurisprudencia menor califica, por ejemplo, la obligación de pago de los gastos de la comunidad de propietarios como obligación *propter rem*. Son créditos a favor de la Comunidad de Propietarios, en los cuales el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario o poseedor de una cosa, es decir, es deudor de la prestación quien en cada momento sea propietario del piso o local; por lo tanto, en este tipo de obligaciones la propiedad o posesión de la cosa actúa únicamente como punto de determinación de la obligación de contribuir a los gastos comunes, en la que el aspecto pasivo de esa relación, cual es la deuda, será exigible por el titular del derecho, en este caso la Comunidad de Propietarios, como parte acreedora, frente al sujeto pasivo obligado que será el propietario o poseedor del piso o local, quedando afecto el piso como garantía del derecho de crédito.

No es defendible, en caso de que uno de los propietarios de un edificio esté inmerso en un procedimiento ejecutivo que dé lugar a la subasta de su piso, entender que el rematante adquiera la propiedad de dicho piso, pero exonerado de la obligación de pagar los gastos de comunidad de propietarios.

Del mismo modo, las prestaciones accesorias, como obligaciones *propter rem* (y siempre que no revistan un carácter personalísimo) se transmiten o extinguen con la transmisión o extinción del derecho real individualizador, pudiendo liberarse el deudor del deber mediante la renuncia o el abandono del derecho sobre la cosa. Si esa transmisión tiene lugar a favor de un rematante en un procedimiento ejecutivo, se produce el cambio de deudor. El hecho de que el legislador haya excluido en este caso la necesidad de autorización de la sociedad puede deberse a su voluntad de no paralizar una ejecución forzosa o el fenómeno sucesorio, no al hecho de que quede extinguida la obligación, por muerte o ejecución del socio. Sostener lo contrario implicaría alterar el contrato social sin el consentimiento de los socios, por el embargo y venta forzosa de determinadas participaciones, manteniendo las mismas participaciones sociales, sin la prestación accesoria que se vinculó a las mismas en los estatutos.

3. Transmisiones voluntarias entre vivos

En cuanto a las transmisiones voluntarias, el régimen del artículo 88 TRLSC debe combinarse con el resto de las normas legales y estatutarias relativas a la transmisión de acciones y participaciones. Dicho precepto exige autorización que, salvo disposición contraria de los estatutos, corresponde a la Junta general en las limitadas y al órgano de administración en las anónimas. La mencionada autorización será exigible también cuando el adquirente es ya socio de la entidad.

La primera duda que nos surge es la posibilidad de que los estatutos atribuyan dicha potestad a uno de los socios o, incluso, a un tercero. En las sociedades anónimas esta posibilidad choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 123.2 RRM («*Los estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión*»). Sin embargo, como muy bien indican ALFARO⁷⁴ y PERDICES⁷⁵, dicha norma constituye una auténtica extralimitación reglamentaria. Por tanto, aunque no será lo habitual, los estatutos pueden establecer tal posibilidad.

En segundo lugar, nos planteamos si es obligatorio que los estatutos fijen las causas que permiten declinar la autorización y qué ocurre en caso de denegación de dicha autorización. En las sociedades anónimas, el artículo 123.3 TRLSC dispone que: «La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla». Entendemos, sin embargo, que no es aplicable al caso de las prestaciones accesorias, pues no son los estatutos, sino la ley, la que exige autorización de la sociedad, por lo que no se da el supuesto de hecho del precepto⁷⁶.

⁷⁴ *Op. cit.*, páginas 470 y 471.

⁷⁵ PERDICES HUETOS, Antonio: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, editorial Civitas, Madrid, 1997, página 91 y siguientes.

⁷⁶ La cuestión era más dudosa con la legislación anterior, en la que el artículo 65 TRLSA remitía a la autorización de la sociedad «en la forma establecida en el artículo 63» —hoy 123 TRLSC.

Respecto a las consecuencias de la denegación, si la sociedad no autoriza la transmisión, el socio tiene, para proteger sus intereses, una doble vía:

- Por un lado, la posibilidad de impugnar el acuerdo de la Junta o la decisión del órgano de administración por abusivo. Podríamos calificarla de abusiva, acudiendo al criterio delimitador que el artículo 204 TRLSC establece para la impugnación de los acuerdos sociales: «se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios». Si la prestación accesoria consiste en la entrega de dinero a la sociedad y el adquirente tiene igual o superior solvencia que el transmitente, no estaría justificada la denegación⁷⁷.
- Por otra parte, cuando se trate de una prestación infungible o personalísima podríamos plantear si la prohibición de vinculaciones perpetuas, como dice PERDICES⁷⁸, llevaría a reconocer al socio afectado un derecho de separación. Quizá invocando el tenor del artículo 108.3 TRLSC y la voluntad del legislador de evitar que el socio se convierta en esclavo de sus propias participaciones nos debería llevar a esta conclusión. Sin embargo, conviene prever estatutariamente este derecho para evitar conflictos y aportar seguridad al tráfico mercantil.

En tercer lugar, debemos traer a colación la cuestión que se plantea un sector de la doctrina acerca de si se pueden transmitir las prestaciones accesorias con independencia de la acción o participación. No podemos defender esta posibilidad, pues, dada la naturaleza de las prestaciones accesorias como obligaciones *propter rem*, al transmitir la acción o participación, el *accipiens* pasa a asumir la obligación por haber adquirido la «res». Así lo entiende, con algún matiz, un sector mayoritario de la doctrina⁷⁹.

⁷⁷ ALFARO: en *op. cit.*, página 479, contempla asimismo la posibilidad de una autorización abusiva, cuando sea un instrumento de la mayoría para liberar a un socio de la prestación accesoria y cita el ilustrativo ejemplo de un socio obligado a prestar sus servicios como cocinero —en concepto de prestación accesoria— y la junta le autoriza a transmitir sus participaciones a otro cocinero con una reputación muy inferior al socio original.

⁷⁸ *Op. cit.*, página 99.

⁷⁹ En tal sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel Ángel: en «la configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», dentro de la obra *Derecho de sociedades anónimas*, vol I, Madrid, 1991, página 861. A pesar de que se centra en las acciones como título valor, podemos sostener el mismo razonamiento de las participaciones, como derecho incorporal, a pesar de no tener la condición de valores. En igual sentido, ALFARO: en *op. cit.*, páginas 467 y 468, que pone de relieve que, dado el carácter accesorio de la prestación, no cabe transmisión separada respecto de la acción o participación, aunque puntualiza que esta separación puede lograrse, haciendo que la prestación accesoria sea asumida por otro socio o ligada a otra acciones o participaciones, en cuyo caso, no estaríamos propiamente ante una transmisión, sino ante un doble contrato asimilable al cambio de socios en las sociedades de personas.

Respecto a los efectos de la transmisión, debemos distinguir según estén las prestaciones accesorias vinculadas a las acciones/participaciones o se determinen por referencia al socio. En el primer caso, una vez obtenida la autorización y realizada la transmisión, el *tradens* queda liberado y asume la obligación el *ac-cipiens*. Podría plantearse si en este caso es aplicable la responsabilidad solidaria para transmitente y adquirente, frente a la sociedad, como hace el artículo 85 TRLSC para los desembolsos pendientes. Coincido con LÓPEZ SÁNCHEZ⁸⁰ en que el espíritu del precepto no es trasplantable a la prestación accesoria por dos motivos: la excepcionalidad de la norma, que impide su aplicación analógica, a lo que deseo añadir la ratio del citado artículo 85. La norma se basa en el principio de integridad y efectividad del capital social como base de garantía para los acreedores. Las prestaciones accesorias, al no incorporarse al capital social, no gozan de la misma naturaleza que los desembolsos pendientes y no se les debe aplicar su normativa, al menos, de forma indiscriminada. Más dudosa es la aplicación del espíritu del artículo 1.206 CC, que hace revivir la responsabilidad del cedente en caso de insolvencia del cesionario (cuando la insolvencia fuera anterior y pública o conocida del cedente). En contra se muestra el propio LÓPEZ SÁNCHEZ⁸¹, argumentando que las reglas generales sobre cesión de deudas no tienen aquí ninguna virtualidad directa. No estoy de acuerdo con el autor: este precepto puede y debe ser aplicado como norma general en materia de asunción de deuda y como medida de protección de la sociedad⁸².

Cuando la prestación accesoria se vincula al socio y no a sus participaciones/acciones, el artículo 88 TRLSC exige autorización de la sociedad para transmitir «cualquiera» de dichas participaciones/acciones. Una interpretación literal del precepto es contraria a su ratio: las prestaciones accesorias están ligadas a la condición de socio, por lo que mientras el *tradens* siga siendo socio no cambiará el deudor de la sociedad y no sería necesaria su autorización. Esta interpretación teleológica es más acorde con la intención del legislador y está sostenida por un importante sector doctrinal⁸³, aunque se hacen ciertas excepciones:

- En el caso de que el volumen de interés de la sociedad que se transmita sea alto, de modo que el *tradens* tenga poco interés residual en la sociedad y la sanción de expulsión le sea poco relevante, podría ser un supuesto dudoso. Sin embargo, no es la exclusión la única sanción para el socio incumplidor, pues también puede la sociedad acudir a las acciones civiles. Por tal motivo, no veo justificada esta exclusión.

⁸⁰ *Op. cit.*, página 861.

⁸¹ *Op. cit.*, páginas 861 y 862. El autor entiende que solamente será aplicable si los estatutos prevén este extremo.

⁸² En este sentido coincido con BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: en «los dividendos pasivos», páginas 32 y 33.

⁸³ Así, ALFARO: en *op. cit.*, páginas 468 y 469 y PERDICES: *op. cit.*, página 96 y ss.

- Mayor sentido tiene la excepción que plantea ALFARO⁸⁴, que entiende que el socio transmitente puede quedar liberado parcialmente en función de que el tipo de prestación accesoria se establezca con una intensidad fijada en función del número de participaciones ostentada: por ejemplo, si el socio fulano debe entregar una cantidad de dinero fijada en función de ostentar un 20 por 100 en el capital de la sociedad, la transmisión de la mitad de sus participaciones a zutano debe liberarle a aquél de la mitad de la deuda, en cuyo caso la asumiría zutano y sería defendible la exigencia de autorización de la sociedad.

La transmisión, cuando existen prestaciones accesorias vinculadas al *tradens*, suscita la polémica de que es necesaria una modificación estatutaria, al cambiar el sujeto obligado a la prestación. Una interpretación rigurosa nos lleva a considerar necesario acuerdo de Junta con todos los requisitos legales (ex artículos 89 TRLSC —al tratarse de una «modificación» de la prestación accesoria— y 286 y ss. del mismo cuerpo legal, que regulan la modificación estatutaria). Con mejor criterio, ALFARO⁸⁵ entiende que basta la autorización de la sociedad, la cual es suficiente a fin de considerar facultados a los administradores para proceder a la modificación estatutaria.

Desde el punto de vista del *accipiens*, las dudas surgen cuando son varios los adquirentes, pudiendo entender que, o bien la prestación accesoria recae sobre uno de ellos o que pesa sobre todos mancomunada o solidariamente. El catedrático antes citado señala que no puede darse una solución unitaria, sino que dependerá del contenido de la prestación:

- Si consiste en aportaciones dinerarias, se repartirá el *quantum* entre los adquirentes.
- Si es un *non facere*, como la prohibición de competencia, deberán soportarla todos los nuevos socios

A mi juicio, la norma a aplicar a falta de pacto es la solidaridad. Así lo establece expresamente el artículo 126 TRLSC: «en caso de copropiedad de una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición». Resulta innegable que la prestación accesoria, en el caso examinado, constituye una obligación derivada de la condición de socio a la que se le aplica, sin perjuicio del reparto interno de responsabilidad, la norma de la solidaridad.

⁸⁴ *Op. cit.*, página 469.

⁸⁵ *Op. cit.*, página 469. Entiende el autor que el artículo 88 es *lex specialis* frente al artículo 89 y se refieren a supuestos distintos, pues este último contempla el caso de alguien que continúa siendo socio, pero se ve liberado de la obligación de realizar prestaciones o éstas resultan modificadas.

VIII. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL SOCIO O DE LA SOCIEDAD

Cuando el incumplimiento se produce por parte del socio, la sociedad puede acudir a la vía civil, esto es, a exigir el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños y también a la vía mercantil: según el artículo 350 TRLSC la sociedad limitada puede excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias. En el caso de la anónima, conforme al artículo 351 TRLSC, los estatutos podrán prever como causa de exclusión dicho incumplimiento voluntario.

En el supuesto de que se haya pactado una cláusula penal en los estatutos, en principio, dicha cláusula sustituirá a la indemnización de daños. Cuando el incumplimiento es involuntario, dispone el artículo 89.2 TRSLC que «salvo disposición contraria de los estatutos, no se perderá la condición de socio». En este caso conviene que los estatutos reconozcan el derecho de la sociedad al rescate de las participaciones o acciones, previo pago de su valor, deduciendo, en su caso, la cláusula penal. Igualmente sería aconsejable que la cláusula previera la consecuencia del rescate, es decir, si las participaciones se amortizarán con la consiguiente reducción del capital social o se pondrán en el mercado y, en este caso, si el adquirente vendrá o no obligado por la prestación accesoría. También puede dejarse dicha opción a la decisión de la Junta general.

En caso de incumplimiento por parte de la sociedad de la obligación de remunerar las prestaciones accesorias, es aconsejable que los estatutos prevean dicho incumplimiento como causa de separación del socio y la cláusula penal correspondiente. En este punto, el RRM sólo establece la exigencia para las sociedades anónimas en su artículo 127, cuando establece que «los estatutos detallarán... las consecuencias de su incumplimiento y las eventuales cláusulas penales aplicables a dicho caso». Para las limitadas, el artículo 187 sólo faculta para establecer, en su caso, «las garantías previstas en su incumplimiento». Si los estatutos no prevén tal derecho de separación ¿podría entenderse comprendido en el artículo 346.1.d TRLSC? En puridad, no, porque el artículo está pensando en el socio que no ha votado a favor de un acuerdo de Junta relativo a la creación, modificación o extinción anticipada de las prestaciones accesorias, mientras que, en el presente caso, estamos ante una omisión de la sociedad (falta de pago de la retribución). Aunque una interpretación flexible del precepto —que suscribimos plenamente— nos llevaría a concederle la posibilidad de separación al socio, pues el incumplimiento de la sociedad daría lugar al ejercicio de la acción de resolución por parte de aquél y con ésta llegaría la extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias⁸⁶.

⁸⁶ En tal sentido volvemos a citar a ALFARO: *op. cit.*, páginas 463 y 464. Merece la pena transcribir su reflexión: «Resulta difícil admitir la injusticia que supone obligar al socio a seguir prestando cuando la sociedad no quiere o no puede cumplir. Comportamientos heroicos no se exigen por el Derecho a nadie (ni siquiera sobre la base de la buena fe o el deber de lealtad) y mucho menos a quienes están vinculados por relaciones de carácter patrimonial».

A mi juicio, la posibilidad de reclamar judicialmente el cumplimiento o la resolución de la obligación por falta de pago de la retribución debe apreciarse por los tribunales teniendo en cuenta dos factores: que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y que la prestación accesoria bilateral está conectada al contrato social. Si la sociedad no puede hacer frente al abono de la remuneración por encontrarse en una situación económica delicada, el socio puede no estar plenamente legitimado para su reclamación, pues estaría faltando a la buena fe y a su deber de lealtad para con la sociedad. En cualquier caso, son extremos que deben apreciar los tribunales, con arreglo a las circunstancias del caso concreto.

IX. BREVE REFERENCIA A LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN EL CONCURSO

Desde el auto de declaración de concurso, se ponen en marcha los mecanismos establecidos en la ley concursal, con la finalidad de proteger a los acreedores. Respecto a la relación socio-sociedad, en este punto, rige el artículo 48 bis, apartado segundo, que establece: *«durante la tramitación del concurso de la sociedad corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación en el momento y cuantía que estime conveniente... de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento»*.

En cuanto a la calificación del crédito del socio frente a la sociedad, tratándose de aportaciones retribuidas, debemos atender al artículo 92.5.º LC, que considera como créditos subordinados: *«5.º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican»*. Y añade el artículo siguiente en su apartado segundo que *«se consideraran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior...»⁸⁷.

⁸⁷ Esta regulación se recoge, sin novedades, en el proyectado texto refundido de la ley concursal.

X. CONCLUSIONES

- I. Las prestaciones accesorias surgen en la práctica societaria alemana de segunda mitad del siglo XIX como un instrumento para que los socios de entidades azucareras se obligaran a asegurar la materia prima para la fabricación de azúcar, aportando un mínimo anual de sus cosechas particulares. A raíz de la crisis de 1866, las sociedades dejaron de pagar la remolacha aportada por los socios y éstos, por su parte, se negaron a realizar nuevas aportaciones, surgiendo en los tribunales el problema de la naturaleza contractual o societaria de dichas prestaciones. Se hizo necesaria la regulación que llegó con una ley de 1897, inspiración de los ordenamientos de su entorno y de nuestra ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953, que, sin embargo, no recogió la distinción entre prestaciones accesorias y aportaciones suplementarias al capital social. Tras las leyes de anónimas de 1989 y de limitadas de 1995 llegamos a la regulación actual en el TRLSC, que recoge una normativa común para ambos tipos sociales.
- II. Las prestaciones accesorias tienen multitud de utilidades que hacen muy recomendable su inclusión en los estatutos: permiten encauzar prestaciones que no pueden realizarse como aportaciones sociales, son una importante vía de financiación de las sociedades (evitando acudir al crédito bancario), posibilitan la realización de aportaciones de mero uso, refuerzan la cooperación de los socios al fin común y facilitan la personalización de las sociedades de capital, lo que constituye un importante aliciente cuando se trate de pequeñas y medianas empresas.
- III. El empleo de esta figura es escaso en la práctica, si bien las numerosas resoluciones y sentencias en la materia publicadas en los últimos años pueden ser un síntoma de cierto auge de las prestaciones accesorias. Sin embargo, sería deseable remover los obstáculos que puedan dificultar la difusión de este instrumento: según algunos autores, motivos fiscales, la falta de familiaridad con la institución por parte de notarios y abogados y la proliferación de pactos parasociales sobre estas prestaciones. La incorporación de las mismas a los estatutos permite que las prestaciones accesorias tengan efectos mucho más intensos que las contenidas en pactos parasociales.
- IV. Las prestaciones accesorias son estatutarias, aunque facultativas (no es obligatoria la inclusión de las mismas en los estatutos), conectadas a la condición de socio o a la titularidad de las participaciones/acciones, que deben tener un contenido concreto y determinado y que son susceptibles de retribución. Su naturaleza jurídica varía, según consistan en la realización de una prestación unilateral y gratuita del socio (en cuyo caso guardan gran similitud con las aportaciones sociales) o una prestación retribuida o de tracto sucesivo. En este último supuesto, su

naturaleza es más contractual, aplicándose la normativa del contrato subyacente entre socio y sociedad, sin perjuicio de las debidas matizaciones por el hecho de haber sido ancladas al devenir de la entidad.

- V. El objeto de las prestaciones accesorias puede consistir en dar, hacer (como la de avalar a la sociedad) o no hacer (prohibición de hacer competencia a la sociedad). Las aportaciones suplementarias de dinero son perfectamente encajables en el supuesto de las prestaciones accesorias, pese a que un sector minoritario de la doctrina lo rechace. La inexistencia de prohibición al respecto debe interpretarse a favor de su admisibilidad y no «*contra libertatem*». El principal problema que plantean, a efectos prácticos, es la concreción de la prestación en la cláusula estatutaria. Nuestro Centro Directivo, partiendo de un criterio excesivamente rigorista, ha ido flexibilizando la exigencia de una total determinación en los últimos pronunciamientos, aunque impone unos límites cuantitativos, temporales y también una cierta causalización. Sería deseable un criterio más permisivo, a fin de evitar que se canalicen estas aportaciones suplementarias como meros pactos parasociales. Por ello, la DGRN debería admitirlas, aunque se establezcan con carácter temporalmente indefinido, se permita su concreción por el administrador (como parece apuntar una R. de 2014) o se pacte una retribución a favor del socio.

Cuando el objeto de la prestación accesorio es un desempeño laboral debe aplicarse a esta relación la normativa laboral, sin perjuicio de las consecuencias societarias que pueden tener determinadas actuaciones, como la denuncia del contrato por el socio-trabajador, sin justa causa: el contrato de trabajo queda extinguido, pero la sociedad puede excluir al socio. Nuestro Tribunal Supremo admite estas prestaciones accesorias, permitiendo incluir, a favor del socio y para evitar mantener relaciones societarias cuando se han roto las laborales, un derecho de separación *ad nutum*.

En el discutido caso de la prestación accesorio de desempeñar el cargo de administrador nos inclinamos con la doctrina mayoritaria por su admisibilidad, a pesar del inconveniente del artículo 223.1 TRLSC: el administrador podrá ser cesado por la Junta, sin perjuicio de reconocer a aquél un derecho a indemnización por cese anticipado. Consideramos viable la cláusula estatutaria que obligue a que exista justa causa para el cese o para la renuncia por el socio administrador, aunque ponemos en duda que los registros mercantiles asuman este criterio flexible.

- VI. La creación de prestaciones accesorias puede realizarse en el momento de la constitución de la sociedad, en cuyo caso se necesita unanimidad de los socios, o mediante modificación estatutaria, bastando la mayoría requerida para tal alteración, junto con el consentimiento individual del

obligado. Entendemos, con la doctrina mayoritaria, que los estatutos no pueden exigir unanimidad de los socios para la creación, modificación o extinción de las prestaciones accesorias, dada la imperatividad del artículo 200 TRLSC.

Por seguridad jurídica, los estatutos deberán expresar el carácter gratuito o retribuido de la prestación y, en este último caso, la concreción de dicha retribución. Aunque son dos cuestiones muy discutibles, nos inclinamos por el criterio flexible que autoriza a remunerar las prestaciones accesorias por encima de su valor (si consienten todos los socios, pues la norma legal está prevista en su exclusivo interés) y por conceder al socio el derecho de separarse de la sociedad, en caso de incumplimiento de la obligación de retribuir por parte de la entidad (ya que civilmente puede resolver la obligación, lo que desembocaría en la «extinción anticipada» de la prestación accesorio, que prevé el artículo 346.1.d TRLSC).

La modificación y extinción anticipada exigen la mayoría necesaria para la modificación estatutaria y el consentimiento individual de los obligados. No entendemos que sea necesaria unanimidad cuando la remuneración pueda perjudicar a los demás socios, como sostiene un sector de la doctrina. Los socios disidentes siempre pueden acudir a la separación de la sociedad, derecho que conviene modular en los estatutos para evitar un ejercicio abusivo o extemporáneo para la sociedad.

- VII. El régimen de transmisión de estas acciones y participaciones es el establecido en el artículo 88 TRLSC, inspirado en el artículo 1.205 CC, normativa que se superpone al régimen legal y estatutario general.

Cuando se trate de enajenación forzosa o *mortis causa* no se necesita autorización de la sociedad. En cuanto a la subsistencia de la prestación, debemos distinguir las prestaciones personalísimas (que se extinguen) de las prestaciones vinculadas a las participaciones que no sean personalísimas (que deben subsistir, sin perjuicio de asegurar la posición del socio o sociedad estableciendo un derecho de separación para aquél o la facultad de rescate para ésta en los estatutos sociales).

Las prestaciones accesorias no se pueden transmitir con independencia de la acción/participación y, cuando están vinculadas a las mismas, colocan al *accipiens* en la posición deudora, sin que sea aplicable la asunción cumulativa que establece para los desembolsos pendientes el artículo 85 TRLSC. A mi juicio, sí respondería el *tradens* en el supuesto del artículo 1.206 CC.

Cuando dichas prestaciones estén vinculadas a la condición de socio, a pesar del tenor literal del artículo 88, entendemos que sólo será ne-

cesaria autorización social cuando el *tradens* enajene todas sus participaciones. En este caso, deben modificarse los estatutos para cambiar el nombre del obligado a las prestaciones, quedando facultado para ello el órgano de administración.

Si fueren varios los adquirentes de una acción o participación sujeta a prestación accesorias debemos entender que, como norma general, todos responden solidariamente frente a la sociedad, en virtud del artículo 126 TRLSC, del cumplimiento de dicha prestación accesorias.

- VIII. En caso de incumplimiento por parte del socio conviene que los estatutos prevean una cláusula penal y extremos como la posibilidad de rescate por parte de la sociedad cuando se trate de un incumplimiento voluntario. Si es la sociedad la que no paga la retribución de la prestación, el socio podrá ejercitar las acciones civiles correspondientes (siempre que lo haga de buena fe y cumpliendo su deber de lealtad para con la sociedad) y tendrá el derecho de separarse de la sociedad si los estatutos lo han establecido así. En otro caso, nos inclinamos por concederle tal derecho, haciendo una interpretación flexible del artículo 346.1.d TRLSC.
- IX. Si la sociedad que estableció prestaciones accesorias es declarada en concurso será la administración concursal la que realice la reclamación frente a los socios. El crédito de los socios a exigir la retribución puede calificarse como subordinado si se cumplen los requisitos previstos en la ley concursal para considerarle «persona especialmente relacionada con el concursado».

X. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Prestaciones accesorias», dentro de la obra *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo IV: Ordenamiento jurídico y empresa familiar; el protocolo familiar», Ed. Bosch, 2005, páginas 434 y siguientes.

ARANGUREN URRIZA, Francisco José: su conferencia «La prestación accesorias como instrumento de financiación interna en sociedades de capital», recogido en los *Anales de la Academia Sevillana del Notariado* (2003), tomo XIV, página 78.

BARBA DE VEGA, José: *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, editorial Montecorvo, 1984, páginas 332 y siguientes.

CABANAS TREJO, Ricardo:

— «Comentario a la Resolución de 24 de junio de 199», Revista *La notaría*, número 8, julio-agosto 1998, páginas 359 y ss.

— «Comentario a la Resolución de 7 de marzo de 2000», Revista *La notaría*, número 3, marzo 2000, páginas 444 y ss.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Manuel Ángel: «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», dentro de la obra *Derecho de sociedades anónimas*, vol. I, Madrid, 1991.

LORA TAMAYO, Manuel; MUÑOZ DE DIOS, Luis, y PÉREZ RAMOS, Carlos, en «La constitución de las sociedades de capital», dentro de la obra *Las sociedades de capital, cuestiones teóricas y prácticas, Cuadernos de Derecho y Comercio*, número especial 2015, tomo I, Consejo General del Notariado, páginas 156-160.

PAZ ARES, Cándido:

— «El enforcement de los pactos parasociales», que puede consultarse a través del siguiente enlace <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>.

— «La aportación de uso en las sociedades de capital», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, 1996, tomo II, páginas 2219 y ss.

PEÑAS MOYANO, María Jesús:

— «Prestaciones accesorias sociales: delimitación y posibles contenidos. Concreción de la figura ante la ausencia de especificaciones estatutarias», comentando la STS de 15 de abril de 1997 (RJ 1997/884), publicado en la *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 1998, página 293 y siguientes.

— «Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», editorial Aranzadi, 1996.

PERDICES HUETOS, Antonio: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, editorial Civitas, Madrid, 1997, página 91 y siguientes.

PÉREZ DE LA CRUZ, A.: en prólogo a M. Viñuelas Sanz, en la obra *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2004, páginas 12 y ss.

PÉREZ SANZ, Antonio: conferencia «Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», pronunciada en Madrid el 10 de diciembre de 1995, recogida en la obra coordinada por Cándido PAZ-ARES, *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, 1997.

RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «Prestaciones accesorias», dentro de la obra colectiva *Tratado de la sociedad limitada*, coordinado por PAZ ARES, Cándido, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, páginas 271 y ss.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel:

— «Génesis y evolución de las prestaciones accesorias», publicado en *Summa, Revista de Derecho Mercantil*, Derecho de Sociedades; revista 145/1977, páginas 271-308.

— «El acuerdo de aumento de capital social en la sociedad anónima», en el volumen II de la obra *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, editorial Civitas, 1996, página 2345.

SACRISTÁN REPRESA, Marcos: «Prestaciones accesorias», publicado en la *Revista de Derecho de Sociedades*, ed. Aranzadi, número extraordinario 1994, página 309 y ss.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos: «La autonomía de la voluntad en la configuración estatutaria de las sociedades de capital», publicado en *Diario La Ley*, n.º 7714, Sección Tribuna, 13 oct. 2011, año XXXII, Editorial LA LEY.

URÍA, Rodrigo: «Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española», *Revista de Derecho Mercantil*, Derecho de Sociedades; revista 60/1956, páginas 325-342.

VIÑUELAS SANZ, M.: en *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid 2004, página 31.

(Trabajo recibido el 27/10/2019
y aceptado para su publicación el 29/11/2019)

LA RESPONSABILIDAD DE PROMOTORES Y OTORGANTES EN LA FUNDACIÓN SUCESIVA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA¹

MANUEL PINO ABAD
Prof. Titular Universidad de Córdoba

RESUMEN

La fundación, tanto simultánea como sucesiva, de la SA se muestra como un negocio jurídico —legalmente reglado y dirigido a garantizar la efectiva y regular constitución de un sujeto con personalidad jurídica propia—, en el que confluyen intereses de muy variada naturaleza que, en esta fase fundacional, se encuentran en una situación de especial riesgo por cuanto que sólo aparecen como meras expectativas de posiciones jurídicas aún no consolidadas plenamente y cuyo contenido puede verse afectado por la actividad fundadora de otras personas. Por ello, no resulta extraño que, ante esta situación, nuestro legislador reaccione y, de una parte, imponga a las personas que considera garantes de la corrección y regularidad de la fundación de la SA (fundadores, promotores y otorgantes) una serie de obligaciones preestablecidas legalmente que estas personas deben cumplir en tiempo y forma y que, de otro lado, establezca, al mismo tiempo, un rígido sistema de responsabilidad de estas personas que actúe tanto como un mecanismo sancionador por las incorrecciones que se puedan cometer en el proceso fundacional, a la vez que como un mecanismo preventivo que evite que dichos incumplimientos se lleguen a producir. Precisamente, el propósito de este trabajo se centra, fundamentalmente, en la caracterización y régimen de las cuestiones jurídicas que plantea el incumplimiento de las obligaciones exigidas legalmente a promotores y otorgantes en la fundación sucesiva de las sociedades anónimas. Propósito metodológico que ha exigido analizar pormenorizadamente los arts. 51 a 55 del TRLSC intentando no sólo poner orden a las numerosas y a veces discordantes voces doctrinales que sobre la actividad prerregistral de las sociedades anónimas se han pronunciado, sino, también, introducir y adoctrinar al lector en tan compleja materia.

Palabras clave: fundación sucesiva, promotores, otorgantes, obligaciones, responsabilidad.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación de excelencia del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, «Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial: diagnóstico y propuestas de solución» (Ref. DER2017— 85652-P), cuyos investigadores principales son los profs. drs. Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ.

LIABILITY OF DEVELOPERS AND GRANTORS IN THE SUCCESSIVE FOUNDATION OF JOINT STOCK COMPANIES²

MANUEL PINO ABAD

Senior lecturer at the University of Córdoba

ABSTRACT

The foundation, both simultaneous and successive, of the SA is shown as a legal business —legally regulated and aimed at guaranteeing the effective and regular constitution of a subject with its own legal personality—, in which interests of very varied nature converge. That, in this foundational phase, they are in a situation of special risk since they only appear as mere expectations of legal positions not yet fully consolidated and whose content may be affected by the founding activity of other people. Therefore, it is not surprising that, in the face of this situation, our legislator reacts and, on the one hand, imposes on the people it considers guarantors of the correctness and regularity of the founding of the SA (founders, promoters and grantors), a series of legally established obligations that these people must comply with in a timely manner and, on the other hand, establish a rigid liability system for these people that acts as a sanctioning mechanism for the mistakes that may be committed in the foundational process, as well as as a preventive mechanism that prevents such breaches from occurring. Precisely, the purpose of this work focuses, fundamentally, on the characterization and regime of legal issues raised by the breach of the obligations legally required to promoters and grantors in the successive founding of corporations. Methodological purpose that has required a detailed analysis of arts. 51 to 55 of the TRLSC trying not only to bring order to the numerous and sometimes discordant doctrinal voices that have been pronounced on the pre-registration activity of corporations, but also to introduce and indoctrinate the reader in such a complex matter.

Keywords: successive foundation, promoters, grantors, obligations, responsibility.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.—III. INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN.—IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. 1. Introducción: caracterización jurídica de la responsabilidad de los promotores. 2. Supuestos de responsabilidad. 2.1. Realidad y exactitud de las listas de suscripción que han de presentar a la Junta constituyente. 2.2. Desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y adecuada inversión de los mismos. 2.3. Veracidad de las declaraciones contenidas en el programa de fundación y en el folleto informativo. 2.4. Realidad y efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias. 3. Acción de responsabilidad.—V. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES POR LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS FRENTE A TERCEROS. 1. Introducción. 2. Responsabilidad de los promotores por las obligaciones asumidas frente a terceros. 3. Asunción de responsabilidad por la sociedad inscrita. 4. Inexigibilidad de responsabili-

² This paper is part of the research project for excellence of the Ministry of Economy, Industry and Competitiveness «Challenges in commercial regulation of contracting and business competition; diagnosis and proposed solutions» (Ref. DER2017- 85652-P), with Professors Drs. Luis María MIRANDA SERRANO and Javier PAGADOR LÓPEZ as the main researchers.

dad a los suscriptores.—VI. RESPONSABILIDAD DE LOS OTORGANTES DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. 1. Presupuesto objetivo de la responsabilidad de los otorgantes. 2. Características de la responsabilidad de los otorgantes. 3. Contenido de la responsabilidad de los otorgantes.—VII. LA NO INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL REGISTRO MERCANTIL. 1. Supuesto de hecho de la norma. 1.1. La conducta omisiva. 1.2. El cómputo del plazo. 1.3. Publicidad registral. 2. Consecuencias jurídicas de la omisión. 2.1. Consecuencias sobre el contrato de sociedad. 2.2. Consecuencias sobre las aportaciones sociales. 2.2.1. La facultad de exigir la restitución de las aportaciones sociales. 2.2.2. La cuantía de la restitución.

I. INTRODUCCIÓN

La fundación, tanto simultánea como sucesiva, de la SA se muestra como un negocio jurídico —legalmente reglado y dirigido a garantizar la efectiva y regular constitución de un sujeto con personalidad jurídica propia— en el que confluyen intereses de muy variada naturaleza que, en esta fase fundacional, se encuentran en una situación de especial riesgo por cuanto que sólo aparecen como meras expectativas de posiciones jurídicas aún no consolidadas plenamente y cuyo contenido puede verse afectado por la actividad fundadora de otras personas.

Es por ello que no resulte extraño que, ante esta situación, nuestro legislador reaccione y, de una parte, imponga a las personas que considera garantes de la corrección y regularidad de la fundación de la SA (fundadores, promotores y otorgantes) una serie de obligaciones preestablecidas legalmente que estas personas deben cumplir en tiempo y forma y que, de otro lado, establezca, al mismo tiempo, un rígido sistema de responsabilidad de estas personas que actúe tanto como un mecanismo sancionador por las incorrecciones que se puedan cometer en el proceso fundacional, a la vez que como un mecanismo preventivo que evite que dichos incumplimientos se lleguen a producir.

En consecuencia, no podemos sino afirmar que el régimen de responsabilidad de los fundadores, promotores y otorgantes que nuestro legislador ha previsto en el TRLSC deriva de la necesidad de asegurar la correcta culminación, en tiempo y forma, del procedimiento fundacional de la SA a través del correcto cumplimiento de los requisitos de forma y publicidad registral a los que la TRLSC (*ex* arts. 20 y 33) condiciona la obtención por parte de la SA de *su personalidad jurídica*.

II. OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN

En el procedimiento de fundación sucesiva, la escritura pública de constitución de la SA deberá otorgarse en el mes siguiente a la celebración de la Junta constituyente por la persona o personas designadas por ésta, pues, a tenor de lo dispuesto en el art. 47,1 TRLSC, dicha designación constituye uno de los asuntos sobre los que necesariamente la Junta constituyente habrá de deliberar y, en consecuencia, conformar el orden del día de dicha Junta.

Ante la imposibilidad de que en este procedimiento fundacional concurren al acto de otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, tal y como sucede en el procedimiento de fundación simultánea, todos los socios fundadores suscriptores de las acciones, se prevé un procedimiento en el que los otorgantes de la escritura actuarán como mandatarios de los socios suscriptores de las acciones. Los otorgantes serán, por tanto, meros nuncios o portadores de la voluntad de los suscriptores materializada en los acuerdos adoptados por la Junta constituyente y acreditada mediante los documentos presentados ante el notario que, en su caso, permitirán integrar la declaración de aquéllos. Es por ello que, al ser simples mandatarios, el TRLSC no prescribe que deba concurrir en dichos otorgantes la condición de suscriptor ni de promotor aunque, como es lógico, nada impide que éstos también puedan ser designados por la Junta constituyente como otorgantes de la escritura de constitución.

Según lo anterior, parece que en la fundación sucesiva, pese a que el art. 51,1 TRLSC se refiera literalmente a la *escritura pública de constitución de la sociedad*, el hecho de que en el otorgamiento de la misma no participen todas las partes del negocio constitutivo (esto es, los suscriptores de las acciones), sino unos otorgantes que no tienen siquiera que ser parte en dicho negocio y que actúan como simples mandatarios de la Junta constituyente que los ha nombrado, determina que no pueda ser considerada a la citada escritura como el acto constitutivo de la sociedad anónima, sino que éste debe considerarse anterior al otorgamiento de dicha escritura ante el notario y hacerse coincidir con el mismo momento en el que los diferentes suscriptores de las acciones firman el correspondiente boletín de suscripción. Así pues, el acto constitutivo de la sociedad no se celebra ante el notario, sino que es anterior al otorgamiento de la escritura pública, ya que el negocio constitutivo ya celebrado se manifiesta ante el notario y éste da fe de dichas manifestaciones con sujeción, tal y como ordena el art. 51, a los acuerdos adoptados por la Junta y a los demás documentos justificativos.

De una interpretación conjunta de lo dispuesto en los arts. 47,1, 51,1 y 55 del TRLSC resulta que el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la SA deberá producirse dentro del plazo máximo de siete meses y quince días siguientes al depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil. Sin embargo, el otorgamiento de la escritura fuera de dicho plazo no conllevará la nulidad de la misma, sino que, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 TRLSC, tan sólo generará la responsabilidad solidaria de sus otorgantes por los daños y perjuicios que el citado retraso causara.

El art. 51 TRLSC comentado no nos proporciona el contenido concreto de la escritura pública de constitución de la sociedad anónima por el procedimiento de fundación sucesiva, sino que, por el contrario, se limita a establecer cuál ha de ser el criterio rector que habrá de observarse al objeto de su redacción y otorgamiento notarial. Así, establece este precepto que el otorgamiento de la escritura habrá de realizarse, en primer lugar, con sujeción a los acuerdos adoptados en la Junta constituyente y recogidos formalmente en el acta de ésta que servirá de base para que su secretario, con el visto bueno de su presidente, expida la certificación correspondiente que, de conformidad con el art. 130 RRM, habrá de integrar el *contenido específico de la escritura de fundación sucesiva*; y, en segundo lugar, con sujeción a los demás documentos justificativos respecto a los que el legislador, dada la inconcreción legal en este asunto, deja a discreción del fedatario público su especificación. No obstante, es posible considerar incluidos dentro la categoría de documentos justificativos todos aquellos documentos referidos a las sucesivas etapas por las que transcurra el procedimiento de fundación sucesiva hasta llegar a la comparecencia ante el notario otorgante de la escritura pública de constitución de la sociedad anónima. Así, no cabe duda que deben considerarse, a los efectos aquí analizados, como documentos justificativos el programa de fundación (art. 42 TRLSC), el folleto informativo (art. 42 TRLSC), los certificados de depósito en la CNMV y el RM del programa de fundación y del folleto informativo (art. 43 TRLSC), los boletines de suscripción (art. 46 TRLSC), el informe técnico sobre la valoración de las aportaciones no dinerarias, acreditaciones de la titularidad de tales aportaciones no dinerarias y la lista definitiva de suscriptores que los promotores deberán formalizar ante notario en el plazo de un mes desde la finalización del plazo de suscripción (art. 44,2 TRLSC).

No obstante, a pesar de la falta de concreción legal ya destacada, es posible afirmar que la escritura de constitución de la sociedad anónima constituida por el procedimiento de fundación sucesiva habrá de ajustarse al contenido común de las escrituras de constitución de las sociedades anónimas previsto en el art. 22 TRLSC, si bien con las especialidades que es posible inferir del tenor literal del art. 130 RRM. Así, bajo el epígrafe de *contenido específico de la escritura de fundación sucesiva*, el citado art. 130 RRM dispone que en la fundación sucesiva el resultado de la suscripción pública se hará constar en la escritura de constitución por manifestación y bajo la responsabilidad de los comparecientes, a la que se incorporará la certificación del que hubiere actuado como secretario en la asamblea constituyente, con el visto bueno del presidente, y en la que se hará constar la identidad de cada uno de los socios y el número y numeración de las acciones que se les atribuyan, así como la cuantía de su desembolso y las aportaciones dinerarias o no dinerarias efectuadas. De esta forma, la mención referente a la voluntad de constituir una sociedad de capital (art. 22,1,b TRLSC) es sustituida por la constancia en la escritura del resultado de la suscripción pública y la mención sobre las aportaciones que cada socio realice o se haya obligado a realizar, y la numeración de las acciones atribuidas a cambio (art. 22,1,c TRLSC) constará en la certificación del acta de la Junta constituyente, expedida por el secretario de la misma y con el visto bueno del presidente, que se adjuntará a la escritura pública de constitución de la sociedad.

III. INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN

El procedimiento fundacional culmina con la inscripción de la escritura pública de constitución de la sociedad, previamente otorgada por las personas a tal fin designadas por la Junta constituyente, en el Registro Mercantil. A tal fin, el párrafo segundo del comentado art. 51 TRLSC confiere al otorgante u otorgantes de la escritura pública de constitución las facultades necesarias para hacer la presentación de la escritura, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad y en el de Bienes Muebles y para solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos respectivos. Se trata de facultades concedidas a los otorgantes que, en realidad, deben ser consideradas como auténticas obligaciones de estos mandatarios, cuya misión no se va a limitar tan sólo al otorgamiento de la escritura de constitución sino, también, a realizar todos los trámites necesarios para completar el procedimiento de fundación sucesiva. Por esta razón, la enumeración de las facultades conferidas a los otorgantes debe considerarse como meramente enunciativa o ejemplificativa, pudiendo y, por ser más precisos, debiendo, los otorgantes, en caso necesario, interponer el correspondiente recurso contra la calificación negativa del registrador o proceder a subsanar los defectos apreciados por éste.

Por otro lado, y a fin de facilitarles a los otorgantes el ejercicio de las facultades-obligaciones que la Ley les encomienda, debemos estimar, según se infiere del art. 45 TRLSC³, que éstos podrán disponer de las aportaciones realizadas por los suscriptores de las acciones o, al menos, ser provisionados por la Junta constituyente con los fondos necesarios para ello. No es posible pensar de otro modo, puesto que, a pesar de que el citado art. 45 decreta la indisponibilidad de las aportaciones hasta la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, sin embargo, el mismo precepto exceptúa de esta regla general las disposiciones necesarias a fin de sufragar los gastos de notaría, de registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción.

Dado que, de conformidad con el art. 86 RRM, no podrá practicarse asiento alguno, a excepción del de presentación, si no se ha justificado previamente que ha sido solicitada o practicada la liquidación de los tributos correspondientes al acto o contrato que se pretenda inscribir, deviene esencial, a los efectos de practicar la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, que los otorgantes cumplan con su obligación legal de practicar la liquidación y el pago de los impuestos y gastos respectivos tal y como impone el art. 51,2 TRLSC.

Una vez otorgada, la escritura pública de constitución de la sociedad deberá ser presentada para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su otorgamiento⁴.

³ Dispone el art. 45 TRLSC que «Las aportaciones serán indisponibles hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil, salvo para los gastos de notaría, de registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción».

⁴ Así se infiere del tenor literal del art. 51.3 TRLSC, según el cual «La escritura será, en todo

Por tanto, la presentación deberá hacerse en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad que no tiene porqué coincidir con aquel otro en el que se depositó inicialmente la documentación de la fundación sucesiva, puesto que, aunque cabe la posibilidad de que ambos registros coincidan, también es posible que la Junta constituyente decidiera finalmente cambiar el domicilio social inicialmente previsto (art. 49,3 TRLSC⁵), de modo que no coincida el Registro Mercantil en el que se depositaron el programa de fundación y el folleto informativo de la emisión de acciones (art. 129,1 RRM) y el Registro Mercantil en el que se presente la escritura de constitución que habrá de ser el correspondiente al domicilio social definitivamente elegido por la Junta constituyente, cuyo registrador no estará vinculado por la calificación realizada por el registrador del domicilio anteriormente previsto sobre la documentación de la fundación sucesiva y con antelación a la suscripción de las acciones.

Debe advertirse que, al tratarse de la primera inscripción de la sociedad anónima en el Registro Mercantil, será aplicable lo dispuesto por el art. 114,1 RRM⁶, si bien, con la particularidad de que, al haberse constituido la sociedad anónima por el procedimiento de fundación sucesiva en vez de por el procedimiento de fundación simultánea, la mención relativa a la identidad de los socios fundadores es sustituida por la relativa a la identidad de los promotores y de las personas que otorguen la escritura fundacional, debiendo consignarse los datos requeridos por el art. 38 RRM⁷.

caso, presentada para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad dentro de los dos meses siguientes a su otorgamiento».

⁵ Modificación que cabe admitir a tenor de lo dispuesto por el art. 49,3 TRLSC, según el que será posible modificar el contenido del programa de fundación siempre que se acepte con el voto unánime de todos los suscriptores concurrentes.

⁶ Según dispone el art. 114,1 RRM: «En la inscripción primera de las sociedades anónimas deberán constar necesariamente las circunstancias siguientes: 1.ª La identidad del socio o socios fundadores. En el primer caso, en el acta de inscripción se hará una referencia expresa al carácter unipersonal de la sociedad. En caso de fundación sucesiva sólo se hará constar la identidad de los promotores y de las personas que otorguen la escritura fundacional. 2.ª La aportación de cada socio, en los términos previstos en los artículos 132 y siguientes, así como las acciones, debidamente identificadas, adjudicadas en pago. 3.ª La cuantía total, al menos aproximada, de los gastos de constitución. 4.ª Los estatutos de la sociedad. 5.ª La identidad de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación de la sociedad. 6.ª La identidad de los auditores de cuentas, en su caso».

⁷ Según dispone el art. 38 RRM, 1: «Cuando haya de hacerse constar en la inscripción la identidad de una persona física se consignarán los siguientes datos: 1.º El nombre y apellidos. 2.º El estado civil. 3.º La mayoría de edad. Tratándose de menores de edad, se indicará su fecha de nacimiento y, en su caso, la condición de emancipado. 4.º La nacionalidad, cuando se trate de extranjeros. 5.º El domicilio, expresando la calle y número o el lugar de situación, la localidad y el municipio. Si estuviese fuera de poblado bastará con indicar el término municipal y el nombre del lugar o cualquier otro dato de localización. 6.º Documento nacional de identidad. Tratándose de extranjeros, se expresará el número de identificación de extranjeros, el de su pasaporte, el de su tarjeta de residencia o de cualquier otro documento legal de identificación, con declaración de estar vigentes. Igualmente se consignará el número de identificación fiscal, cuando se trate de personas que dispongan del mismo con arreglo a la normativa tributaria. 2. Tratándose de personas jurídicas se indicará: 1.º La razón social o denominación. 2.º Los datos de identificación registral. 3.º La nacionalidad, si fuesen extranjeras. 4.º El domicilio, en los términos expresados en el número 5.º

Como sucede respecto a cualquier sociedad anónima, el principal efecto de la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil será la adquisición por parte de la sociedad de la personalidad jurídica correspondiente al tipo social de anónima elegido (art. 33 TRLSC). La constitución de la sociedad anónima se configura legalmente como iter o proceso complejo que sólo culmina con la inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil. El proceso fundacional de la sociedad anónima está integrado por una serie de actos de naturaleza privada y pública imprescindibles para la constitución de este tipo social, hasta el punto que, sin el otorgamiento en escritura pública del negocio fundacional y sin la inscripción de ésta en el Registro Mercantil, la sociedad anónima, en cuanto tal sujeto jurídico autónomo, es decir, dotada de su propia personalidad jurídica, no existe.

Finalmente, la mención que el art. 51,2 TRLSC hace de los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles obliga a considerar que el legislador amplía el ámbito competencial de los otorgantes de la escritura pública de constitución confiriendo a los mismos la facultad-obligación de poder inscribir a nombre de la sociedad, ya inscrita en el Registro Mercantil, los bienes objeto de inscripción que hayan sido aportados a la sociedad por los suscriptores de las acciones, lo cual, pese a no afectar a la constitución de la sociedad anónima, sí que afecta a la publicidad registral de los derechos reales adquiridos por la sociedad sobre dichos bienes.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES

1. Introducción: Caracterización jurídica de la responsabilidad de los promotores

La fundación de la SA, ya sea por el procedimiento más simple de fundación simultánea, ya por el proceso más complejo de fundación sucesiva, se muestra, en todo caso, como un negocio jurídico legalmente reglado y dirigido a asegurar la creación regular y efectiva de un sujeto con personalidad jurídica. Por esta razón, la legislación exige tanto a fundadores como a promotores el cumplimiento exacto y riguroso de un conjunto de requisitos al objeto de garantizar no sólo que la persona jurídica SA nace sin vicios o defectos jurídicos, sino, también, a fin de proteger los intereses de terceros que pueden verse afectados por la actividad fundadora de los fundadores o promotores.

No cabe duda alguna de que durante el proceso fundacional de toda SA podremos encontrar un conjunto de intereses pertenecientes a la propia sociedad en proceso de fundación, a los socios y a terceros, que son en estos momentos especialmente vulnerables en la medida en que aparecen como simples expectativas de posiciones jurídicas aún no consolidadas plenamente y cuyo contenido puede

del apartado anterior: 5.º El número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria».

verse perjudicado por actividad fundadora de los fundadores o promotores de la SA en proceso de fundación. Es precisamente esta circunstancia la que ha hecho reaccionar al legislador, de un lado, imponiendo, a fundadores y promotores, una serie de obligaciones que deben cumplir durante el proceso fundacional de la SA y, de otro, garantizando dicho cumplimiento con el establecimiento de un rígido sistema de responsabilidad de esas personas. De este modo, este sistema de responsabilidad actúa como mecanismo de sanción por las incorrecciones surgidas en el proceso, pero, a la vez, cumple una función preventiva aportando seguridad a los fundadores o promotores que conocen las obligaciones que deben cumplir correctamente a fin de evitar la responsabilidad legalmente prevista para el supuesto de incumplimiento de las mismas⁸.

Así pues, la específica posición de los promotores en cuanto garantes *ex lege* de la corrección y legalidad del procedimiento de fundación sucesiva de la SA determina que la actividad fundacional desarrollada por ellos sea una actividad legalmente reglada en cuanto a las obligaciones que deben cumplir en cada fase del procedimiento fundacional sucesivo, a la vez que hace necesaria una más estricta especificación de los supuestos de responsabilidad y de los mecanismos para su exigencia, por cuanto que, en la fundación sucesiva, el capital social está abierto a terceros inversores suscriptores de acciones que pueden verse afectados por la actividad fundacional de los promotores. La fundación sucesiva se desarrolla de cara al público, al que los promotores solicitan su colaboración económica en la fundación de la futura sociedad mediante la suscripción de acciones y esta colaboración económica debe estar basada en una información completa, clara y veraz proporcionada por los promotores. De ahí que resulte lógico y normal que la Ley tutele los intereses de los terceros inversores regulando con rigor todas las etapas de la fundación sucesiva y exija a los promotores un comportamiento eficaz, serio y correcto al objeto de impedir que esos intereses legalmente tutelados resulten defraudados.

El art. 54 TRLSC, ahora comentado, completa el sistema de responsabilidad de los promotores iniciado en el artículo precedente. De este modo, si el art. 53 TRLSC regula la actividad externa de los promotores con la finalidad de constituir la sociedad anónima, el art. 54 TRLSC se refiere a la responsabilidad en la que pueden incurrir los promotores por el incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas en la función interna o de gestión que tienen atribuida por la Ley.

Respecto a esta responsabilidad de los promotores a la que se refiere el art. 54 TRLSC se puede concluir que se trata de una responsabilidad *ex lege* derivada directamente de la Ley y nacida del incumplimiento por parte de los promotores de las obligaciones enumeradas y asumidas *ope legis* por ellos. Se trata, pues, de una responsabilidad objetiva⁹, esto es, exigible a los promotores al margen de que

⁸ *Vid.*, en este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas del proceso fundacional», en *La Fundación*, Madrid, 1991, pág. 416.

⁹ *Vid.*, en este sentido, QUIJANO, GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», ob. cit., págs. 421-422.

éstos hayan actuado o no de forma culposa o negligente¹⁰ por cuanto que no se aprecia en la Ley indicio alguno que nos permita inferir la necesidad de actuación culposa o negligente de los promotores a fin de poder exigirles la responsabilidad correspondiente. Por el contrario, más bien parece que los supuestos desencadenantes de la responsabilidad revisten en su redacción un grado de automaticidad tal que permite la atribución directa de responsabilidad, ante el incumplimiento de sus obligaciones tasadas legalmente, a quienes considera garantes de todo el procedimiento de fundación sucesiva. Así pues, se produce una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de los promotores, de modo que los perjudicados, como consecuencia del incumplimiento por parte de los promotores de sus obligaciones legales, tendrán que probar el daño, el incumplimiento de una de esas obligaciones legalmente tasadas y el nexo causal entre ambos elementos, pero no la actuación culposa o negligente de los promotores. Ahora bien, sí cabrá la posibilidad que los promotores se exoneren de responsabilidad probando la concurrencia de alguna circunstancia exoneratoria, como la fuerza mayor o el caso fortuito, que haga que el incumplimiento de sus obligaciones legales no les resulte imputable.

Tal y como cabe inferir de la propia literalidad del art. 54 TRLSC, de concurrir varios promotores su responsabilidad será solidaria en beneficio de los legitimados activamente para exigirla, quienes podrán libremente y a su elección ejercer la correspondiente acción de responsabilidad frente a todos, varios o alguno de los promotores, pudiendo reclamar, en cualquier caso, la totalidad de la deuda. No obstante, el promotor que pague tendrá derecho a reclamar a los demás codeudores la parte de indemnización que a cada uno le corresponda. Se plantea entonces si tal repetición debe efectuarse por cuotas iguales, o bien en proporción a la parte de capital social aportado por cada promotor responsable. Aunque se trata de una cuestión sobre la que no existe consenso doctrinal me inclino por la solución propuesta por QUIJANO GONZÁLEZ¹¹ y considerar que el promotor que, finalmente, indemnice al perjudicado puede reclamar a los demás codeudores la indemnización satisfecha por cabezas, es decir, por cuotas iguales, ya que no se responde como socio, sino en cuanto promotor por haber incumplido una obligación legalmente impuesta y asumida por todos los promotores con independencia de la parte de capital social suscrita, en su caso, por cada uno de ellos¹². Sí cabría

¹⁰ Por el contrario, para algunos autores se trata de una responsabilidad contractual (*ex art. 1101 C.C.*) o extracontractual (*ex art. 1902 C.C.*), pero, en cualquier caso, será una responsabilidad culposa que conlleva que los promotores no habrán de responder en caso de fuerza mayor ni de caso fortuito y que los reclamantes deberán de probar el daño sufrido y, por supuesto, el nexo causal con las conductas previstas en el art. 54 TRLSC (en este sentido, *vid.* PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33 de la LSA», en *Comentarios a la LSA*, Coord. ARROYO, I/EMBID, J. M., vol. I, Tecnos, Madrid, 2001, pág. 139 y TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», en *Comentarios a la LSA*, Dir. SÁNCHEZ CALERO, I., *Disposiciones generales, Fundación de la sociedad y Aportaciones*. Coord. por SÁNCHEZ CALERO, VELASCO SAN PEDRO, FERNÁNDEZ RUIZ, SÁNCHEZ MIQUEL, MARTÍN REYES. EDER-SA, Madrid, 1997, págs. 722-723).

¹¹ *Vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, pág. 419.

¹² Por el contrario, otro sector de nuestra doctrina entiende que, una vez satisfecha la deuda, la relación de los deudores solidarios entre sí es mancomunada y el promotor no culpable podrá hacer valer sus circunstancias frente a la reclamación de pago hecha por el promotor que hubiese

admitir cierta diversidad cuantitativa en el reparto interno de la indemnización —nunca en el plano externo frente a los perjudicados—, si se probase una mayor participación de alguno o algunos de los promotores en el perjuicio ocasionado si, por ejemplo, asumieron personalmente algún encargo o delegación especial en la fundación, como pudiera ser la verificación de la realidad de las aportaciones no dinerarias, comprobar la realidad y exactitud de la listas de suscripción, etc.

Por lo demás, se trata de una responsabilidad civil de naturaleza indemnizatoria, sin perjuicio de que los supuestos que la provoquen resulten constitutivos de un ilícito penal si concurren los requisitos propios del tipo como la falsedad documental, estafa, apropiación indebida, etc. La calificación como responsabilidad civil implica que su exigibilidad está condicionada a la producción de daños o perjuicios a los sujetos legalmente legitimados para ejercer la correspondiente acción de responsabilidad (sociedad y terceros). En consecuencia, no basta con que concorra uno de los supuestos de hecho tasados legalmente y causantes de la responsabilidad de los promotores, sino que, además, resulta preciso, para que esta responsabilidad resulte exigible, que de los mismos se derive causalmente un perjuicio patrimonial probado por los sujetos perjudicados.

Finalmente, consideramos que la ratificación por la Junta constituyente de la gestión realizada por los promotores (*ex art. 47,1,a* TRLSC) no parece que tenga efectos exoneratorios de la responsabilidad de éstos¹³. De un lado, porque, aplicando el criterio de la analogía, ésta es la solución legal que se sigue cuando se aborda la incidencia de los acuerdos de un órgano social sobre la responsabilidad de otro (*ex art. 236,2* TRLSC) y, de otro lado, porque con la celebración de la Junta constituyente no finaliza el proceso fundacional por cuanto que, precisamente, los gastos vinculados a los desembolsos iniciales *ex art. 45* TRLSC (escritura pública, inscripción y fiscales) se contraen con posterioridad a la celebración de la Junta constituyente, de modo que esa circunstancia elimina la posibilidad de que se vean afectados por el acuerdo aprobatorio de las gestiones realizadas por los promotores.

satisfecho la deuda (*ex art. 1145 C.C.*) (*Vid.* PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 140; SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53 y ss. del TRLSC», en AAVV. *Comentario a la LSC*, Coord. ROJO, A./BELTRÁN, E., Civitas, 2011, pág. 524; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, pág. 421).

¹³ En este sentido, *vid.* SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, pág. 524; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, págs. 442-443. Por el contrario, PEINADO GRACIA considera que la ratificación por la Junta Constituyente de las gestiones realizadas por los promotores exonera a éstos de responder frente a la propia sociedad, pues la ratificación de la gestión de los promotores supone declarar que las gestiones de éstos han sido de buena fe y provecho de la sociedad y, por tanto, cabe pensar renunciando al ejercicio de acción alguna de responsabilidad (*Vid.* PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 140).

2. Supuestos de responsabilidad

El art. 54 TRLSC hace responder a los promotores, frente a la sociedad y frente a terceros, del incumplimiento de una serie de obligaciones legalmente tasadas que se deben desarrollar en diferentes etapas del procedimiento fundacional y que les lleva, en su caso, a asumir la consiguiente responsabilidad por el incumplimiento de aquéllas.

Tales supuestos de responsabilidad son:

2.1. *Realidad y exactitud de las listas de suscripción que han de presentar a la Junta constituyente*

Una vez finalizado el plazo de suscripción pública de las acciones, el TRLSC impone a los promotores el deber de formalizar la lista definitiva de suscriptores. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44,2 del TRLSC, los promotores, en el plazo de un mes contado desde el día en que finalizó el de suscripción, formalizarán ante notario la lista definitiva de suscriptores, mencionando expresamente el número de acciones que a cada uno corresponda, su clase y serie, de existir varias, y su valor nominal, así como la entidad o entidades de crédito donde figuren depositados a nombre de la sociedad el total de los desembolsos recibidos de los suscriptores, debiendo, a tal efecto, entregar al fedatario autorizante los justificantes de dichos extremos. La función de esta lista de suscriptores es trascendental en el seno del procedimiento de fundación sucesiva, puesto que determina el sustrato accionarial de la futura sociedad anónima, esto es, quiénes y en qué cantidad se han comprometido a integrar el capital social; por esta razón, todo parece indicar que será esta lista la que sirva para la convocatoria de la Junta constituyente (*ex art. 47,1 TRLSC*) y la que, en consecuencia, sirva de base para elaborar la lista de asistentes a la misma (*ex art. 48,3 TRLSC*). Quizás esta sea la razón que justifica que el art. 54 TRLSC, ahora comentado, se refiera en plural a «listas» de suscripción, según ha querido entender cierto sector de nuestra doctrina¹⁴, para el que la responsabilidad de los promotores se extiende tanto a la lista de suscriptores como a la lista de los presentes en la Junta constituyente, por cuanto que el empleo del citado plural sólo encuentra justificación si se desea poner a cargo de los promotores la responsabilidad de ambas listas. No obstante, no podemos compartir la anterior interpretación, puesto que a los promotores en su conjunto sólo corresponde el deber de elaborar la lista definitiva de suscriptores (*ex art. 44,2 TRLSC*) con la que culmina el proceso de apelación pública y del que se colige la responsabilidad solidaria y legalmente tasada prevista por el art. 54 TRLSC. Sin embargo, tal asociación no es posible respecto de la elaboración de la lista de asistentes, pues no hay un deber legal de elaborar esta lista que afecte a los promotores en su conjunto y que, en consecuencia, justifique una responsabilidad solidaria de todos ellos.

¹⁴ Vid. TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», ob. cit., pág. 724; SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», ob. cit., pág. 525.

Aunque es cierto que sobre esta cuestión nada dice la ley, la doctrina no parece ver inconveniente alguno en aceptar que la elaboración de la lista de suscriptores es una tarea que recae sobre el suscriptor elegido como secretario de la asamblea¹⁵, de donde se sigue que el nombramiento del secretario ha de ser el primer acuerdo adoptado por la Junta constituyente. Ahora bien, para que el nombramiento del secretario sea válido es necesario acreditar previamente el cumplimiento del quórum de constitución de la asamblea constituyente que, como sabemos, requiere la presencia en la Junta de, al menos, la mitad del capital suscrito (*ex art. 48,2 TRLSC*). Y no parece difícil concluir que ha de ser el presidente de la Junta (esto es, el promotor que aparezca como primer firmante del programa de fundación o el que elijan los restantes promotores (*ex art. 48,1 TRLSC*) quien realice esta labor previa, mediante la elaboración de una lista de suscriptores presentes de carácter provisional, anterior a la adopción del acuerdo de nombramiento del secretario. Naturalmente, dicha lista provisional tendrá que ser ratificada por el secretario de la Junta una vez que haya sido nombrado y con anterioridad a entrar en la deliberación de los asuntos integrantes del orden del día de la sesión. En definitiva, de todo lo dicho es posible concluir que, en su caso, será el promotor elegido para presidir la Junta constituyente el que deberá responder, como tal presidente y no como promotor, de la realidad y exactitud de la lista provisional de suscriptores presentes en la misma¹⁶.

Así pues, como correlato al deber de formalizar la lista definitiva de suscriptores, los promotores responderán de la realidad y exactitud de la misma. Esto implica, en primer lugar, que los promotores deben garantizar —respondiendo en caso contrario— que las suscripciones consignadas en la lista son verdaderas y eficaces, es decir, que las personas que aparecen en la misma son realmente suscriptores y, además, lo son de manera efectiva de las acciones que tienen asignadas. De otra manera, ante suscripciones ficticias, simuladas o inexistentes, bien porque hayan sido realizadas por personas imaginarias o incapaces, bien porque se hayan efectuado sin intención real de obligarse o careciendo de algún requisito que las haga jurídicamente ineficaces, los promotores responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros.

Por otro lado, en segundo lugar, la exactitud de la lista definitiva de suscriptores viene referida a la veracidad de las menciones que debe contener la misma de conformidad con lo previsto en el art. 44,2 TRLSC, lo que supone que las menciones de la lista estén completas y, por tanto, consignados todos los datos exigidos legalmente y, además, que su contenido sea exacto y coincidente con la realidad en todos sus extremos. En consecuencia, la responsabilidad de los promotores surgirá, igualmente, tanto en caso de omisión como en caso de falsedad,

¹⁵ *Vid.*, entre otros, PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, págs. 110 y 142; PEÑAS MOYANO, B.: «Comentario de los arts. 47 y ss. del TRLSC», en AAVV. *Comentario a la LSC*. Coord. ROJO, A./BELTRÁN, E., Civitas, 2011, págs. 498-499.

¹⁶ En este sentido, *vid.* PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 142.

inexactitud, etc., de alguna de las menciones, de la lista de suscriptores, exigidas legalmente.

2.2. *Desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y adecuada inversión de los mismos*

También responderán los promotores de los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y de la adecuada inversión de los mismos. Se trata, por tanto, de dos supuestos diferentes de responsabilidad que vienen referidos a las aportaciones dinerarias comprometidas por los suscriptores, tal y como cabe inferir del propio tenor literal del art. 54 TRLSC, que dedica su último inciso a responsabilizar, igualmente, a los promotores por la realidad y efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias.

Así pues, en primer lugar, el art. 54 hace responsables a los promotores tanto de la efectiva realización de los desembolsos iniciales exigidos como de la correcta elección del depositario, lo cual supone, de un lado, que los desembolsos exigidos en el programa de fundación sean reales y efectivos y no ficticios ni simulados a fin de garantizar que la futura sociedad anónima, cuya Junta constituyente aún no se ha celebrado, disponga, una vez constituida, de las aportaciones dinerarias inicialmente exigidas y a fin de proteger la efectividad patrimonial de la misma, así como los intereses de los suscriptores y futuros socios de la sociedad anónima a que las cantidades inicialmente desembolsadas por ellos integren efectivamente el patrimonio de la futura sociedad anónima. En consecuencia, los promotores vendrían obligados a cubrir solidariamente el defecto patrimonial derivado de la inexistencia de los desembolsos inicialmente exigidos, así como de los desembolsos ficticios o simulados, puesto que, tal y como dispone el precepto comentado, son responsables del efectivo desembolso de las cantidades exigidas en el programa de fundación que, como mínimo, habrán de ascender al 25% del valor nominal de cada una de las acciones suscritas (ex art. 44,1 TRLSC).

También responderán los promotores de la correcta elección de la entidad depositaria de los desembolsos y del control sobre la forma en la que los depósitos se realizan, de modo que, una vez constituida la sociedad anónima, estén a su disposición en la entidad depositaria. Así pues, los promotores serán responsables de los problemas de disponibilidad que ocasionen las condiciones impuestas por los suscriptores a la disponibilidad por la futura sociedad anónima de los fondos depositados en su nombre y que luego sean alegadas ante ésta por la entidad depositaria, ya que los promotores deben rechazar dichas condiciones, pues la suscripción de las acciones debe ser un acto incondicional y vinculado a lo dispuesto en el programa de fundación tal y como dispone el art. 44,1 TRLSC¹⁷. Sin embargo, no consideramos que la responsabilidad de los promotores deba alcanzar a las dificultades de disponibilidad que puedan suscitarse en la relación contractual

¹⁷ En tal sentido, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, págs. 441-442; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 144.

entre la entidad depositaria y la sociedad por otros motivos ajenos a la actividad gestora de los promotores en el proceso de fundación sucesiva.

En segundo lugar, el art. 54 hace responsables a los promotores de la adecuada inversión de los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación. Esta adecuada inversión de los desembolsos debemos entenderla referida a los gastos de notaría, registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción de la futura sociedad anónima en el Registro Mercantil, ya que son estos gastos para los que, de conformidad con el art. 45 TRLSC, son disponibles las aportaciones realizadas por los suscriptores de las acciones. En el supuesto de realizarse otros gastos diferentes entraría en juego el régimen de responsabilidad por las obligaciones anteriores a la inscripción previsto en el art. 53 TRLSC y al que nos referiremos más adelante¹⁸.

2.3. *Veracidad de las declaraciones contenidas en el programa de fundación y en el folleto informativo*

La responsabilidad atribuida a los administradores *ex art. 54 TRLSC* alcanza a la veracidad de las declaraciones contenidas tanto en el programa de fundación como en el folleto informativo. Según cabe inferir de los arts. 42 y 43 TRLSC, constituye una obligación primordial de los promotores la redacción del programa fundacional y del folleto informativo. Por esta razón, dada la importancia de ambos documentos en el procedimiento de fundación sucesiva y que su redacción se atribuye con carácter exclusivo a los promotores, no resulta extraño que la Ley exija rigurosamente a estos últimos una total y absoluta veracidad en las declaraciones contenidas en los citados documentos.

La veracidad por la que responden los promotores alcanza la exactitud material de todas las declaraciones, contenidas tanto en el programa de fundación como en el folleto informativo, así como su completa correspondencia con la realidad¹⁹. De este modo, la responsabilidad por la veracidad abarca no sólo la no inclusión de menciones o la inclusión de menciones falsas o inexactas, sino también las declaraciones que induzcan a error, o la ocultación de informaciones relevantes que impidan a los suscriptores de las acciones una adecuada evaluación de su inversión. Así pues, los promotores estarán obligados a difundir cualquier información relevante de la que dispongan para hacer un juicio fundado de inversión y responderán por haber silenciado datos relevantes aunque no fuesen de obligada inclusión, pues el art. 42 TRLSC configura el contenido del programa de fundación de una forma relativamente abierta, recogiendo unas menciones necesarias y permitiendo a los promotores incluir las que juzguen oportunas, de modo que la

¹⁸ *Infra* «V. Responsabilidad de los promotores por las obligaciones asumidas frente a terceros».

¹⁹ Así lo entiende mayoritariamente nuestra mejor doctrina, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, pág. 443; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 726; SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, pág. 526.

veracidad, por la que responden los promotores en el presente supuesto, deberá alcanzar tanto a las menciones obligatorias como a las voluntarias.

Finalmente, interesa destacar que el art. 49,3 TRLSC prevé la posibilidad de que la Junta constituyente modifique el contenido del programa de fundación con el voto unánime de todos los suscriptores presentes en la citada Junta. Sin embargo, pese a dicha posibilidad, la responsabilidad de los promotores, en este caso, actúa con independencia de que la Junta constituyente modifique o no alguno de los extremos contenidos en el programa, porque las declaraciones serán veraces o no con independencia de su posterior modificación. El hecho de que la Junta modifique una declaración no supone que haya dejado de ser veraz en los términos en que se prestó inicialmente y, a la inversa, si la declaración era inicialmente falsa, la modificación de la misma por parte de la Junta para corregirla y concordarla con la realidad no elimina la responsabilidad de los promotores por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la falsedad inicial de tal declaración²⁰.

2.4. Realidad y efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias

En cuarto y último lugar, el art. 54 TRLSC hace responsables a los promotores de la realidad y efectiva entrega a la sociedad de las aportaciones no dinerarias. Se trata, por tanto, de un supuesto de responsabilidad específicamente referido a las aportaciones no dinerarias, puesto que las dinerarias ya se encuentran afectadas por el supuesto de responsabilidad, ya analizado, relativo a los desembolsos iniciales exigidos en el programa de fundación y a su adecuada inversión.

En consecuencia, la Ley prevé dos supuestos de responsabilidad respecto de las aportaciones no dinerarias: su realidad y efectiva incorporación al patrimonio social. El primero de estos supuestos de responsabilidad, esto es, la realidad de las aportaciones no dinerarias debe entenderse referido a la existencia efectiva de las mismas, de ahí que los promotores deban impedir o remediar los casos de aportaciones ficticias o simuladas por carecer de valor económico o de utilidad para la sociedad o simplemente por no existir la intención real de aportarse efectivamente.

Por su parte, con el supuesto de responsabilidad relativo a la efectiva entrega de las aportaciones no dinerarias, se trata de asegurar la real y efectiva incorporación de las mismas al patrimonio de la sociedad. Por ello, la responsabilidad de los promotores no alcanza la entrega en sí de las aportaciones, pues ésta es una obligación que incumbe a los aportantes, sino a la diligencia para hacer efectiva la entrega. Así, los promotores responderán por una actividad o inactividad que impida o dificulte la efectiva entrega de las aportaciones no dinerarias al patrimonio social, debiendo procurar que el bien o el derecho aportado se encuentre libre

²⁰ Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», ob. cit., pág. 444.

de cargas o gravámenes y que su entrega se produzca de conformidad con las previsiones del propio programa de fundación en relación con las aportaciones no dinerarias (*ex art. 42,1,d* TRLSC) y, en su caso, ejercer las acciones correspondientes para la entrega, saneamiento y responsabilidad de los aportantes en función de la naturaleza y título de la aportación²¹ (*ex arts. 64, 65 y 66* TRLSC²²). Con todo, la exigencia de responsabilidad a los promotores como garantía de la efectiva entrega de las aportaciones no dinerarias a la sociedad sólo será posible si el programa fundacional prevé la entrega de dichas aportaciones con anterioridad a la celebración de la Junta constituyente pues, en caso contrario, la citada responsabilidad recaerá no en los promotores, sino en las personas encargadas de la administración de la sociedad cuyo nombramiento se habrá efectuado por la citada Junta de conformidad a lo previsto en el art. 47,1,e) TRLSC.

Por último, tampoco responderán los promotores de la valoración de las aportaciones no dinerarias, puesto que la aprobación de la valoración que se haya dado a estas aportaciones por parte de los expertos independientes (*ex art. 67* TRLSC²³) no es una competencia de los promotores sino de la Junta constituyente²⁴, a tenor de lo dispuesto en el art. 47,1,c) TRLSC²⁵. Los promotores, tan sólo deben responder de la inclusión en el programa de fundación del valor de esas aportaciones

²¹ En este sentido, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, págs. 444-445; SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, pág. 528; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 146.

²² Artículo 64 TRLSC: «Aportación de bienes muebles o inmuebles.

Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos».

Artículo 65 TRLSC: «Aportación de derecho de crédito.

Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor».

Artículo 66 TRLSC: «Aportación de empresa.

1. Si se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación.

2. También procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial».

²³ Artículo 67,1 TRLSC: «En la constitución o en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine».

²⁴ Igual interpretación hacen, entre otros, *vid.* QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, pág. 445; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, págs. 146-147; ARANA GONDRA, F. J.: «Sociedades anónimas», Madrid-Barcelona, Index, 1982, pág. 139. No obstante, TAPIA HERMIDA sí considera que los promotores responden también de la valoración inicial de las aportaciones no dinerarias, *vid.* TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 727.

²⁵ Dispone el art. 47.1.c) TRLSC que «los promotores convocarán... a la Junta Constituyente, que deliberará en especial sobre los siguientes extremos: ... c) Aprobación del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias, si las hubiere».

que resulte del informe técnico (*ex art. 42,1,d TRLSC*²⁶) elaborado por el experto independiente nombrado por el registrador mercantil (*ex art. 67 TRLSC*).

3. Acción de responsabilidad

Cuando el art. 54 TRLSC afirma que «*los promotores responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros...*» nos proporciona la fórmula que permitirá identificar a los sujetos legitimados activamente para exigir responsabilidad a los promotores. Se reconoce así que hay distintos sujetos interesados en exigir la reparación del daño patrimonial derivado de la actividad de los promotores y se concluye atribuyéndoles legitimación para ejercer las acciones correspondientes.

Sin embargo, el precepto comentado no alude a los suscriptores como sujetos legitimados activamente para ejercer la acción de responsabilidad, lo cual no deja de ser extraño teniendo en cuenta que, no cabe duda, de que los suscriptores también son sujetos susceptibles de sufrir un daño derivado de la actuación de los promotores. Tal ausencia de legitimación de los suscriptores se ha intentado corregir y justificar, en primer lugar, considerando que éstos disponen ya de otras normas protectoras, como la indisponibilidad de las aportaciones (*ex art. 45 TRLSC*²⁷), el derecho a la restitución de las aportaciones realizadas junto con los frutos que hubieran producido (*ex art. 55 TRLSC*²⁸), o el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado a los titulares de los valores como consecuencia de informaciones falsas u omisiones de datos relevantes del folleto informativo, que se recoge en el marco del Derecho del mercado de valores (*ex art. 38,3 TRLMV*²⁹). Pero, en segundo lugar, también se ha justificado tal ausencia, al considerar a los suscriptores como terceros, ajenos a la sociedad y a los promotores y, por ello, legitimados, en cuanto tales terceros, para ejercer la acción de responsabilidad ahora analizada contra los promotores³⁰.

²⁶ Así se infiere del tenor literal del art. 42,1,d) TRLSC, según el cual «*en el caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, en una o en varias veces, el programa hará mención suficiente de su naturaleza y valor...*»

²⁷ Dispone el art. 45 TRLSC que «*Las aportaciones serán indisponibles hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil, salvo para los gastos de notaría, de registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción*».

²⁸ Dispone el art. 55 TRLSC que «*en todo caso, transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido*».

²⁹ Así cabe inferir del tenor literal del art. 38,3 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), según el cual los promotores «*serán responsables de todos los daños y perjuicios que hubiesen ocasionado a los titulares de los valores adquiridos como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes del folleto...*». De tal modo, que «*la acción para exigir la responsabilidad prescribirá a los tres años desde que el reclamante hubiera podido tener conocimiento de la falsedad o de las omisiones en relación al contenido del folleto*».

³⁰ Así lo entienden, igualmente, QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», ob. cit., pág. 446; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», ob. cit., pág. 141.

El objeto de la acción de responsabilidad regulada en el art. 54 TRLSC es la reparación del daño o perjuicio patrimonial derivado del supuesto de incumplimiento de los promotores que genera la obligación de indemnizar a los damnificados por dicho incumplimiento. Si el daño afecta al patrimonio social como consecuencia de los supuestos que el art. 54 menciona, la acción (social) de responsabilidad busca la reintegración del patrimonio social y, obtenida ésta, el interés de la sociedad titular de ese patrimonio, de los socios y de los terceros acreedores sociales queda satisfecho. En este caso, la sociedad, como legitimada preferente y titular del patrimonio directamente perjudicado, es la llamada a ejercer la acción de responsabilidad a través de sus administradores nombrados en la Junta constituyente y, si lo hace, no tiene sentido que también lo hagan los suscriptores o los terceros, pues para ellos se trata de un daño indirecto a través del patrimonio social, ya que están interesados en que el patrimonio social se reintegre, pero no son titulares de éste. De este modo, en este caso, la legitimación de los suscriptores y de los terceros sólo se hace eficaz y necesaria cuando el patrimonio social resulte perjudicado por el incumplimiento de los promotores y la sociedad no tome la iniciativa y ejerza contra ellos la correspondiente acción (social) de responsabilidad, si así fuera, por aplicación analógica de lo dispuesto para la acción social de responsabilidad (*ex arts. 238-241 TRLSC*) los suscriptores podrían plantear, en la correspondiente Junta constituyente, el ejercicio de la acción (social) de responsabilidad propia de la sociedad, o incluso entablarla ellos mismos cuando la sociedad decidiera no ejercerla, al igual que los terceros acreedores de la sociedad siempre que el patrimonio social no fuese suficiente para satisfacer sus créditos.

Por otro lado, si el daño indemnizable afectara al patrimonio personal de los suscriptores o de los terceros, los perjudicados por la actuación de los promotores podrían ejercer las acciones individuales ordinarias por los daños que directamente les hubiesen causado los promotores en su propio patrimonio personal, bien sobre la base de la relación contractual de suscripción documentada a través del boletín de suscripción (*ex art. 46 TRLSC*), bien sobre la base de daños extracontractuales (*ex art. 1902 CC*).

La legitimación pasiva corresponde a los promotores de forma solidaria tal y como ya se ha indicado anteriormente. No obstante, tal y como también se ha referido más arriba, sí cabrá la posibilidad de que los promotores se exoneren de responsabilidad probando la concurrencia de alguna circunstancia exoneratoria, como la fuerza mayor o el caso fortuito, que haga que el incumplimiento de sus obligaciones legales no les resulte imputable³¹.

Por último, por lo que se refiere a la prescripción de la acción de responsabilidad frente a los promotores, hay que confirmar la ausencia de una regulación legal específica que establezca un plazo determinado. Ante esta laguna legal y a

³¹ *Vid. supra* «Responsabilidad de los promotores. 1.— Introducción: Caracterización jurídica de la responsabilidad de los promotores».

falta de una prescripción específica, consideramos que parece pertinente aplicar por analogía el plazo de prescripción de la acción contra los administradores de compañías y sociedades previsto en el art. 949 Cco y, de este modo, entender que la acción de responsabilidad contra los promotores, por el incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas *ex art. 54*, prescribe a los cuatro años, a contar desde que aquéllos cesaren en la realización de su actividad como tales³².

V. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES POR LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS FRENTE A TERCEROS

1. Introducción

Aunque el TRLSC parece partir de la idea de que la sociedad que se está fundando en forma sucesiva no va a realizar ninguna actividad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, tampoco ignora que los promotores de aquélla deban asumir obligaciones y realizar gastos necesarios a fin de lograr la constitución legal de la sociedad mediante su inscripción en el Registro Mercantil. Por esta razón, el art. 53 TRLSC³³ consagra, de una parte, la responsabilidad solidaria de los promotores por las obligaciones asumidas frente a terceros, con anterioridad a la inscripción de la sociedad, y con la finalidad o propósito de constituir legalmente la sociedad y, de otra, exime, tras la inscripción, a aquéllos de dicha responsabilidad cuando su gestión haya sido aprobada por la Junta constituyente o bien cuando se traten de actos necesarios para la constitución de la sociedad.

2. Responsabilidad de los promotores por las obligaciones asumidas frente a terceros

El régimen de responsabilidad previsto en el art. 53 TRLSC se refiere a los gastos y obligaciones asumidas por los promotores con la finalidad de constituir la sociedad, esto es, en el ejercicio de la actividad que le encomienda la propia

³² En este sentido, *vid.* TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 727; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Responsabilidades derivadas...», *ob. cit.*, pág. 434; SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, pág. 529. Por el contrario, PEINADO GRACIA considera que no es admisible la aplicación analógica de una norma procesal cuando el propio sistema tiene previstas normas de cierre que establecen plazos generales en ausencia de prescripciones específicas y, por ello, considera que el art. 943 Cco permite remitirnos, tanto al art. 1968 CC cuando se trate de responsabilidad extracontractual y entender que la acción de responsabilidad prescribirá al año, como al art. 1964 CC, cuando se trate de responsabilidad contractual, y considerar que la acción prescribirá a los quince años (*Vid.* PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 141).

³³ Dispone el art. 53 TRLSC que «1. Los promotores responderán solidariamente de las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad. 2. Una vez inscrita, la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará de los gastos realizados, siempre que su gestión haya sido aprobada por la Junta constituyente o que los gastos hayan sido necesarios. 3. Los promotores no podrán exigir estas responsabilidades de los simples suscriptores, a menos que éstos hayan incurrido en dolo o culpa».

Ley³⁴. De este modo se introduce un elemento teleológico que permite delimitar el ámbito objetivo de aplicación del presente precepto, lo que nos lleva, igualmente, a concluir que toda actuación de los promotores sin esa finalidad de conseguir la culminación del proceso fundacional con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil resultaría excluida de la órbita de aplicación de este precepto, aunque no por ello quedaría libre de la correspondiente responsabilidad, puesto que si, tras la inscripción de la sociedad, dicha actuación fuese ratificada por su Junta general podría ser asumida por la propia sociedad ya inscrita.

No obstante, el problema reside en concretar con mayor precisión la extensión de las actuaciones realizadas por los promotores que deben considerarse comprendidas dentro del ámbito objetivo de aplicación del art. 53 TRLSC. A este respecto, no consideramos que nos pueda servir de referencia las previsiones del art. 45 TRLSC y, de este modo, afirmar que sólo se pueden considerar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 53 los gastos de notaría, registro y fiscales imprescindibles para la inscripción de la sociedad. Consideramos que nuestro legislador ha optado por un ámbito de aplicación del art. 53 mucho mayor al descrito por el citado art. 45, tal y como cabe inferir del tenor literal del propio art. 53 cuando en su párrafo segundo exonera de responsabilidad, tras la inscripción, a los promotores no sólo por los gastos necesarios —identificables con los imprescindibles *ex* art. 45—, sino también por las obligaciones contraídas legítimamente y aprobadas por la Junta constituyente.

Así pues, aunque, como sucede de ordinario cuando ni la interpretación literal ni la sistemática permiten acotar con exactitud y certeza el alcance de un determinado precepto, debamos admitir que sea posible la coexistencia tanto de una interpretación estricta como de una interpretación más amplia del ámbito objetivo de aplicación del art. 53 TRLSC, creemos que en el presente caso el legislador ha optado por la interpretación más amplia al considerar comprendidos dentro del citado precepto no sólo los gastos rigurosamente necesarios para la constitución jurídica de la sociedad, esto es, los gastos de escritura pública de constitución de la sociedad, el importe del impuesto de transmisiones patrimoniales y los gastos de inscripción en el Registro Mercantil, sino, también, los gastos que se consideraran precisos para situar a la sociedad en condiciones jurídicas y económicas satisfactorias de iniciar su actividad. De esta forma, el concepto de obligaciones asumidas con la finalidad de constituir la sociedad se amplía a todos aquellos actos que puedan ser incluidos dentro del concepto jurídico de necesidad (v. gr.: minuta derivada de la redacción de los estatutos sociales, dictámenes, estudios y proyectos de carácter técnico, gastos derivados de consultas a organismos oficiales a fin de obtener beneficios fiscales, autorizaciones necesarias para iniciar el desarrollo del objeto social, certificación negativa de la denominación social, convocatoria

³⁴ Así lo entiende igualmente un importante sector de nuestra doctrina. En este sentido, *vid.* ARANA GONDRA, F. J.: «Sociedades anónimas», Madrid-Barcelona, Index, 1982, pág. 135; SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, pág. 518; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, págs. 133-134; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 719.

de la Junta constituyente, etc.), pero sin llegar a invadir el criterio económico de conveniencia para el posterior proyecto societario, así como para el desarrollo y tráfico mercantil de la sociedad (estudios técnicos, trabajos de investigación, obtención de patentes, adquisición de terrenos, edificios, maquinaria o utillaje, estudios de mercados, contratos con proveedores, gastos publicitarios, etc.). En definitiva, se propicia, de esta forma que, en última instancia, sean los Tribunales de justicia los que tengan que decidir si un determinado acto debe o no ser considerado como necesario para la constitución de la sociedad *ex art. 53 TRLSC*.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del art. 53,1 TRLSC cabe afirmar que el régimen de responsabilidad previsto en el mismo alcanza a los promotores hayan participado o no en el contrato con tercero, de forma que hasta la inscripción de la sociedad y, en su caso, posterior asunción por ésta de la responsabilidad asumida por los promotores, se excluye la responsabilidad de la propia sociedad y la de los suscriptores que no hayan sido parte en el contrato con tercero ni hayan incurrido en dolo o culpa *ex art. 53,3 TRLSC*³⁵. Se trata, por tanto, de una responsabilidad colectiva y solidaria de todos los promotores que responderán personalmente frente a los terceros con los que hubiesen contratado en nombre de la sociedad en proceso de fundación, lo que excluye, igualmente, del ámbito de aplicación del art. 53, tanto las obligaciones que los promotores hubiesen asumido frente a la propia sociedad, frente a los suscriptores y frente a los demás promotores, como la responsabilidad en la que puedan incurrir los administradores sociales que hubiesen sido nombrados por la Junta constituyente *ex art. 47,1 e) TRLSC*.

La responsabilidad que el art. 53,1 TRLSC atribuye a los promotores se caracteriza por su naturaleza temporal, puesto que se extiende desde que el promotor la asume frente al tercero con el que contrate hasta que, finalmente, la sociedad se inscriba en el Registro Mercantil³⁶. Por tanto, se trata de una responsabilidad provisional, si bien, según cabe inferir de una interpretación *a sensu contrario* del art. 53,2, devendrá definitiva en el supuesto de que las obligaciones hayan sido asumidas por los promotores ilegítimamente, la gestión de éstos no sea aprobada por la Junta constituyente o, finalmente, se frustre definitivamente la inscripción de la sociedad *ex art. 55 TRLSC*.

Por último, si tal y como afirma la propia Exposición de Motivos de nuestro Cco, uno de los principios en los que se ha inspirado el legislador a la hora de *ordenar todo lo relativo a las diversas maneras y formas de constituirse las sociedades mercantiles* ha sido *el de la garantía a favor de tercero*, no parece lógico que la ausencia de alguno de los requisitos de forma legalmente exigidos para la

³⁵ En el mismo sentido, *vid.* SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, págs. 517-518; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 134; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 720.

³⁶ Así lo entienden, igualmente, *vid.* SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, pág. 517; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 134; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 719.

regular constitución de las sociedades mercantiles pueda perjudicar los intereses de los sujetos a los que, precisamente, se pretende proteger con su imposición. Por esta razón, creemos que el vigente art. 53 TRLSC no pone en cuestión la validez de los actos y contratos celebrados por los promotores en nombre de la sociedad en constitución, sino que parte de la validez de estos actos y contratos a los que reconoce eficacia inmediata sin necesidad de esperar a que se complete el proceso fundacional sucesivo con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y ésta los acepte. De esta forma, al considerarse válidos y eficaces los actos y contratos, la responsabilidad, que con respecto a los mismos impone el art. 53 TRLSC a los promotores, ha de ser una responsabilidad de naturaleza contractual que éstos asumen no por ser considerados como parte contratante, pues actúan en nombre de la sociedad en constitución, sino por el hecho de convertirse *ope legis* en responsables, frente a los terceros con los que contraten, del cumplimiento de los contratos celebrados hasta el momento en el que la sociedad los asuma tras su inscripción.

Así pues, al considerar que la responsabilidad asumida por los promotores *ex* art. 53 TRLSC tiene naturaleza contractual³⁷, se otorga una mayor protección a los terceros contratantes que hayan sido privados de la publicidad registral exigida a todas las sociedades mercantiles y, de forma especial, a las sociedades de capital. Esta solución legal permitirá que la protección de las partes no haya de buscarse en complejas y no siempre satisfactorias reclamaciones de base extracontractual, sino en el ejercicio de los derechos dimanantes a su favor de las operaciones celebradas. De este modo, esta solución legal permitirá a los terceros contratantes que hubiesen cumplido su obligación contractual exigir a los promotores tanto el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dichos contratos como la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos (*ex* art. 1124 CC); y, además, se pondrá fin al problema de la responsabilidad de los promotores en los casos en los que la ejecución del contrato deba producirse con anterioridad a la inscripción de la sociedad, pues al considerar que la responsabilidad asumida por aquéllos es de naturaleza contractual, los terceros no han de esperar a la inscripción y posterior ratificación de los contratos por parte de la sociedad ya inscrita para poder ver cumplidas sus legítimas expectativas en el cumplimiento de dichos contratos, pudiendo dirigirse contra los promotores desde el mismo momento en el que el contrato o el acto celebrado sea exigible y solicitar de aquéllos el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo.

En consecuencia, la naturaleza contractual de la responsabilidad asumida por los promotores *ex* art. 53,1 TRLSC excluye la posibilidad de que el tercero con el

³⁷ Así lo entiende un amplio sector de nuestra doctrina, *vid.*, entre otros, SELVA SÁNCHEZ, L. M.: «Reflexiones en torno a la sociedad en formación y a la sociedad irregular», conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado, 1991, pág. 404; LOJENDIO OSBORNE, I.: «Clases de fundación», en Derecho Mercantil, I, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: Ariel Derecho, Barcelona, 1995, págs. 210-212; ALONSO UREBA, A.: «La sociedad en formación», en Derecho de sociedades anónimas, I: La Fundación, Civitas, Madrid, 1991, pág. 586; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: «La sociedad anónima en formación y la sociedad irregular (Derecho mercantil de la CEE)», en Estudios en homenaje a José Girón Tena, Civitas, Madrid, 1991, pág. 675.

que contraten pueda accionar contra los suscriptores o contra la propia sociedad en proceso de constitución, sino, tan sólo, contra cualquiera de los promotores o contra todos ellos simultáneamente con independencia de su participación en las negociaciones con ese tercero, dado el carácter solidario de su responsabilidad. A su vez, tal y como más adelante analizaremos³⁸, tampoco podrán los promotores exigir esta responsabilidad de los simples suscriptores salvo que éstos hayan incurrido en dolo o culpa.

3. Asunción de responsabilidad por la sociedad inscrita

Tal y como ya hemos afirmado anteriormente, la responsabilidad de los promotores por las obligaciones asumidas frente a terceros con la finalidad de constituir la sociedad tiene carácter provisional hasta tanto la sociedad, ya inscrita y dotada de personalidad jurídica de tipo capitalista, asuma dichas obligaciones y proceda al reembolso de los gastos necesarios realizados por los promotores con la finalidad de constituir la sociedad.

Según se infiere del segundo de los párrafos del art. 53 TRLSC, la asunción por parte de la sociedad ya inscrita de las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y el reembolso de los gastos realizados se condiciona a la concurrencia de dos circunstancias no cumulativas: que la gestión de los promotores hubiera sido aprobada por la Junta constituyente (asunción voluntaria) o que los gastos fueran necesarios (asunción forzosa).

Así pues, la necesidad será el criterio que determine la exigencia o no de la aprobación por parte de la Junta constituyente al objeto de que los actos celebrados por los promotores sean asumidos por la sociedad tras su inscripción y que los gastos les sean reembolsados por ésta. En tal caso, tras su inscripción, la sociedad asumirá forzosamente *ope legis*, sin necesidad de ratificación alguna, las obligaciones contraídas por los promotores con la finalidad de constituir la sociedad anónima y les reembolsará los gastos necesarios que hubiesen realizado con tal finalidad. Esta asunción obligacional automática *ope legis* encuentra su explicación lógica en la propia caracterización dogmática de la sociedad en vías de fundación sucesiva. En efecto, el necesario espacio de tiempo que media entre la celebración del negocio constitutivo —coincidente con la cumplimentación del boletín de suscripción— y la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil obliga a considerar a la sociedad en constitución sucesiva como una sociedad puramente *instrumental* llamada a no permanecer como tal en el tiempo, sino a vivir una situación transitoria que inexorablemente tiene marcado un término: su inscripción en el Registro Mercantil³⁹. Cabe, de aquí, concluir que existe una cier-

³⁸ Vid. *Infra* «4.— Inexigibilidad de responsabilidad a los suscriptores».

³⁹ En este sentido, vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «La sociedad de capital en formación», Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 115; ALONSO LEDESMA, C.: «Sociedad anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción», en *Derecho de Sociedades Anónimas, II, Capital y acciones*, vol. 2.º, AAVV, Civitas, Madrid, 1994, pág. 994.

ta identidad entre la sociedad en constitución y la sociedad ya inscrita⁴⁰, sin perjuicio de situar ambas figuras en distintas fases del proceso fundacional, lo que, a su vez, explica el diferente tratamiento jurídico que reciben y la imposibilidad de oponer frente a los terceros las características propias del tipo social capitalista hasta su inscripción en el Registro Mercantil. Se entiende así la existencia de una continuidad en lo organizativo y en lo patrimonial entre la sociedad en constitución y la sociedad ya inscrita, que permite explicar la asunción automática *ope legis* de ésta respecto de aquellos actos y contratos que, bajo el amparo del art. 53 TRLSC, fueron contraídos por los promotores en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil.

Sin embargo, las obligaciones contraídas por los promotores, así como los gastos efectuados por éstos, sin la finalidad de constituir la sociedad anónima, sino con la de facilitar su vida y desarrollo posterior, tales como la compra de terrenos, edificios, maquinaria, etc., así como la realización de estudios técnicos, trabajos de investigación, obtención de patentes, estudios de mercados, contratos con proveedores, gastos publicitarios, etc., sólo serán asumidas por la sociedad anónima inscrita en caso de que exista la previa y voluntaria aprobación de las mismas por parte de la Junta constituyente, ratificando la gestión de los promotores en la que se encontrasen incluidas estas obligaciones y gastos no necesarios para la constitución de la sociedad anónima⁴¹. Se contemplan, en este caso, los supuestos en los que los promotores, a pesar de actuar de forma representativa en nombre de la sociedad, se exceden en el uso del poder concedido y hace precisa la posterior aceptación de su actuación por parte de la sociedad representada a través de su Junta constituyente, como condición legal para que la sociedad ya inscrita quede vinculada por los actos y contratos celebrados en su nombre por los promotores y les reembolse los gastos realizados.

Por lo que se refiere al régimen de la forma de ratificación, admite la doctrina⁴², que la ratificación deberá entenderse sometida a los mismos requisitos formales que legalmente sean necesarios para el negocio objeto de aceptación, de modo que si el negocio objeto de ratificación ha de tener constancia registral, su ratificación deberá constar en documento público y proceder a su inscripción en el registro correspondiente. Además, por tratarse de un negocio jurídico unilateral y recepticio, la ratificación habrá de ser notificada al tercero contratante y a los

⁴⁰ Así lo entiende igualmente un amplio sector de nuestra doctrina. Así, *vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «La sociedad anónima irregular», en *Derecho de Sociedades Anónimas: La Fundación*, I, Civitas, Madrid, 1991, pág. 631; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «La sociedad de capital...», *ob. cit.*, págs. 112-120; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: «La sociedad anónima en formación...», *ob. cit.*, pág. 678; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, págs. 444-445.

⁴¹ En parecidos términos, *vid.* ARANA GONDRA, F. J.: «Sociedades anónimas», Madrid-Barcelona, Index, 1982, págs. 135, 140-144; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 732; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, págs. 135-136.

⁴² *Vid.* LUCAS FERNÁNDEZ, F.: «Temas sobre sociedades anónimas: escritura de constitución y ampliación de capital», Edersa, Madrid, 1991, pág. 38; MARTÍNEZ CORTÉS, J.: «La constitución de la sociedad anónima», en *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, Trivium, Madrid, 1989, pág. 68; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: «La sociedad anónima en formación...», *ob. cit.*, pág. 678.

promotores a fin de que alcance sus plenos efectos jurídicos, resultando la sociedad ya inscrita vinculada con el tercero y, a su vez, liberados los promotores. Por último, en lo que concierne a los requisitos formales de la ratificación, coincide la doctrina en afirmar que, en todo caso, habrá de ser específica, esto es, concretada al negocio jurídico que se ratifica, por cuanto que, como afirma la STS de 14 de junio de 1974 (R.2637), la seguridad del tráfico jurídico *impide incluir dentro de su concepto las aprobaciones o ratificaciones de carácter genérico de la gestión llevada a cabo por representantes, gestores o promotores... que podrán tener una repercusión interna entre gestor y la sociedad, pero que nada tienen que ver con la relación externa respecto del tercer contratante ajeno por propia naturaleza a aquellas interioridades*. En este sentido, resultan prohibidas e ineficaces frente a terceros las ratificaciones por mor de las que la sociedad manifieste su voluntad aprobatoria de una forma genérica referida a todo lo actuado anteriormente y no de un modo específico concretado al acto o contrato a que se refiera.

Interesa, igualmente, destacar el conflicto de intereses que puede producirse cuando los administradores sociales nombrados por la Junta constituyente *ex art. 47 TRLSC* y encargados de la gestión social y de valorar la *necesidad* de los gastos realizados y de su pago, hayan sido también promotores. En este supuesto, tal y como mantiene mayoritariamente nuestra doctrina⁴³, si la gestión de los promotores no ha sido previamente aprobada por la Junta constituyente, parece correcto que, al objeto de evitar el riesgo de maniobras fraudulentas del patrimonio social, no sean los administradores sociales los que, por haber sido promotores con anterioridad a la inscripción de la sociedad, decidan sobre el reembolso de los considerados gastos necesarios para la constitución de la sociedad, sino que tal competencia recaiga, en este supuesto concreto, en la Junta general de socios o bien en los administradores que no llegaran a ostentar el cargo de promotor⁴⁴.

Por último, los efectos que se derivarán de la asunción, por parte de la sociedad ya inscrita, de las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores *ex art. 53 TRLSC*, se han de concretar en la imputación de la responsabilidad resultante de dichas obligaciones a la sociedad inscrita y, por ende, en el cese de las obligaciones que los promotores contrajeron en nombre de la sociedad frente a los terceros contratantes, siempre, claro está, que dichas obligaciones estén aún pendientes de ejecución⁴⁵. En tal supuesto, la asunción por parte de la sociedad inscrita de las obligaciones contraídas por los promotores supone una novación

⁴³ *Vid.* MONREY UMBERT, J.: «La gestión de negocios de la sociedad anónima en proyecto y en constitución», *RCDI*, núm.545, 1981, pág. 878; ALONSO GARCÍA, R.: «La sociedad anónima no inscrita», Civitas, Madrid, 1986, págs. 95-96; ALONSO UREBA, A.: «La sociedad en formación», *ob. cit.*, pág. 60; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «Sociedad anónima e inscripción en el Registro Mercantil», *AAMN*, vol. XXX-I, 1991, pág. 39; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: «La fundación de la sociedad anónima», McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 302.

⁴⁴ Así lo entiende igualmente MONREY UMBERT, J.: «La gestión de negocios de la sociedad anónima...», *ob. cit.*, pág. 887.

⁴⁵ *Vid.*, en este mismo sentido, MONREY UMBERT, J.: «La gestión de negocios de la sociedad anónima...», *ob. cit.*, pág. 867; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «La sociedad de capital...», *ob. cit.*, págs. 188-189; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «Sociedad anónima e inscripción...», *ob. cit.*, pág. 40.

subjetiva automática *ex lege* de la posición inicialmente asumida por el promotor en nombre de la sociedad frente al tercero contratante. Por el contrario, si las obligaciones legítimamente contraídas por los promotores en nombre de la sociedad ya hubiesen sido satisfechas por éstos con anterioridad a su asunción por parte de la sociedad inscrita, procederá, tal y como prevé el propio art. 53,2 TRLSC, el reembolso de dichos *gastos necesarios*.

Por su parte, los términos imperativos utilizados por el art. 53,2 TRLSC parece excluir cualquier posibilidad de que, una vez asumidas por la sociedad inscrita, fuese posible admitir una responsabilidad conjunta y solidaria de la sociedad y de los promotores respecto a las obligaciones contraídas legítimamente por éstos, en cuya virtud se permitiera al tercero contratante satisfacer sus créditos tanto con cargo al patrimonio social como con cargo al patrimonio personal de los promotores⁴⁶.

4. Inexigibilidad de responsabilidad a los suscriptores

Finaliza el art. 53 TRLSC consagrando, en su tercer párrafo, la irresponsabilidad de los simples suscriptores por las obligaciones legítimamente asumidas —*ex art. 53,1 y 2*— por los promotores con anterioridad a la culminación del procedimiento de fundación sucesiva de la sociedad con la inscripción de ésta en el Registro Mercantil. En efecto, de un lado, tal y como vimos⁴⁷, el ámbito subjetivo de aplicación del art. 53 resulta limitado a los promotores y, por tanto, queda excluida la posibilidad de que los terceros contratantes puedan accionar contra los simples suscriptores de las acciones al objeto de exigirles la responsabilidad asumida por los promotores *ex art. 53*; pero, además, prohíbe a los propios promotores que puedan exigir a los suscriptores dicha responsabilidad a menos que éstos hubiesen incurrido en dolo o culpa.

Considera la doctrina⁴⁸ que la justificación de esta inexigibilidad se encuentra en el deseo del legislador de evitar cualquier tentación que pudieran tener los promotores de repercutir sobre los simples suscriptores, aislada o conjuntamente considerados, el cumplimiento de las obligaciones contraídas o bien el reembolso de los gastos efectuados en nombre de la sociedad en constitución en aquellos supuestos en los que, no resultando asumidas por la sociedad anónima una vez inscrita tales obligaciones o dichos gastos, no resultasen liberados de los mismos. En definitiva, podemos afirmar que nuestro legislador no ha considerado que la condición de simple suscriptor de acciones de una sociedad anónima aún no inscrita y en proceso de fundación sucesiva constituya —a diferencia de lo que acontece con los socios de la sociedad en formación o irregular *ex arts. 37,2*

⁴⁶ En este sentido, *vid.* STS de 6 de julio de 1977, R.3262.

⁴⁷ *Vid. supra* «2.— Responsabilidad de los promotores por las obligaciones asumidas frente a terceros».

⁴⁸ *Vid.* TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, pág. 721; SÁNCHEZ PACHÓN, L.: «Comentario de los arts. 53...», *ob. cit.*, págs. 521-522.

y 39,1 TRLSC—, título jurídico suficiente para hacerle responsable del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los promotores *ex art. 53 TRLSC*, salvo que dichos suscriptores actúen dolosa o culposamente y, de esta forma, legitimen a los promotores para exigirles esas responsabilidades.

Por último, dado que el TRLSC no establece el plazo dentro del cual los promotores podrían, en su caso, exigir responsabilidad a los suscriptores que hubiesen incurrido en dolo o culpa, debemos considerar que, tratándose de una responsabilidad civil por obligaciones derivadas de culpa o negligencia de los suscriptores frente a los promotores, el plazo de prescripción será de un año a contar desde que los promotores conocieron el daño culposa o dolosamente causado por los suscriptores, tal y como es posible inferir de la literalidad de los arts. 1968,2 Cc y 943 Cco.

VI. RESPONSABILIDAD DE LOS OTORGANTES DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Presupuesto objetivo de la responsabilidad de los otorgantes

La fundación, tanto simultánea como sucesiva, de la SA se muestra como un negocio jurídico —legalmente reglado y dirigido a garantizar la efectiva y regular constitución de un sujeto con personalidad jurídica propia— en el que confluyen intereses de muy variada naturaleza que, en esta fase fundacional, se encuentran en una situación de especial riesgo por cuanto que sólo aparecen como meras expectativas de posiciones jurídicas aún no consolidadas plenamente y cuyo contenido puede verse afectado por la actividad fundadora de otras personas.

Es por ello que no resulte extraño que, ante esta situación, nuestro legislador reaccione y, de una parte, imponga, a las personas que considera garantes de la corrección y regularidad de la fundación de la SA (fundadores, promotores y otorgantes) una serie de obligaciones preestablecidas legalmente que estas personas deben cumplir en tiempo y forma y que, de otro lado, establezca, al mismo tiempo, un rígido sistema de responsabilidad de estas personas que actúe tanto como un mecanismo sancionador por las incorrecciones que se puedan cometer en el proceso fundacional, a la vez que como un mecanismo preventivo que evite que dichos incumplimientos se lleguen a producir.

En consecuencia, no podemos sino afirmar que el régimen de responsabilidad de los fundadores, promotores y otorgantes que nuestro legislador ha previsto en el TRLSC deriva de la necesidad de asegurar la correcta culminación, en tiempo y forma, del procedimiento fundacional de la SA a través del correcto cumplimiento de los requisitos de forma y publicidad registral a los que la TRLSC (*ex arts. 20 y 33*) condiciona la obtención por parte de la SA de *su personalidad jurídica*.

Atendiendo al tenor literal del art. 52 TRLSC⁴⁹, son dos los supuestos en los que los otorgantes incurrirán en responsabilidad, dado que ésta sobreviene tanto en el supuesto de que se produzca un retraso en el otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad como en el supuesto de que dicho retraso acontezca en relación a la presentación de la escritura para su inscripción en el Registro Mercantil. Así pues, los otorgantes incurrirán en responsabilidad cuando no otorguen la escritura pública de constitución de la sociedad dentro del mes siguiente a la celebración de la Junta constituyente, o bien no presenten la misma a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los dos meses siguientes a su otorgamiento.

La responsabilidad sobreviene por el retraso tanto en otorgar como en presentar la escritura pública de constitución de la sociedad y se materializa en la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados que se complementa, en su caso, con la exigencia de restitución de las aportaciones realizadas por los suscriptores en el supuesto de que transcurra más de un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución (*ex art. 55 TRLSC*).

Esta responsabilidad no recae sobre los promotores, sino sobre las personas a tal fin designadas por la Junta constituyente para que otorguen y presenten en el Registro la escritura de constitución de la sociedad. Por supuesto que, tal y como ya hemos señalado, nada impide que la designación recaiga en alguno o algunos de los promotores o de los administradores que la Junta constituyente nombre, pero la responsabilidad que se deriva del supuesto de hecho contemplado por el art. 52 TRLSC deriva del encargo y no de la posición jurídica que ostente el designado por la Junta.

El retraso que resulta necesario para que surja la responsabilidad prevista *ex art. 52 TRLSC* no parece que deba ser necesariamente culpable, sino que más bien entendemos que, tal y como se configura legalmente esta responsabilidad, existe una evidente tendencia hacia la objetivación de la misma. A este respecto resulta significativo que del vigente texto legal haya desaparecido cualquier vestigio que permita invocar la culpa que, por el contrario, sí aparecía en el derogado art. 27 de la LSA de 1951⁵⁰, el cual limitaba la responsabilidad de los otorgantes a los supuestos en los que hubiese una actuación culpable de los mismos por haber incurrido en mora en las gestiones necesarias para la inscripción de la escritura social que les fuese imputable. Sin embargo, en la actualidad, es posible inferir del tenor literal del art. 52 TRLSC que el legislador ha querido conectar objetivamente la responsabilidad de los otorgantes al incumplimiento de las obligaciones de otorgamiento y de presentación de la escritura de constitución de la sociedad

⁴⁹ Dispone el art. 52 TRLSC que «*si hubiese retraso en el otorgamiento de la escritura de constitución o en su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, las personas a que se refiere el artículo anterior responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados*».

⁵⁰ Afirmaba el art. 27 LSA de 1951 que «*si hubiere retraso en el otorgamiento o en la presentación o morosidad en las gestiones necesarias para inscribir la escritura social que fuesen imputables a los otorgantes, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados*».

que la Ley les impone. De ahí que, producido el retraso, surja la responsabilidad sin necesidad de probar culpa alguna, puesto que ésta se presume, de modo que recae sobre los obligados la carga de probar que dicho retraso no les resulta imputable por deberse a fuerza mayor o a imposibilidad física o jurídica insalvable sobrevenida. Se establece, de esta forma una responsabilidad cercana a la objetiva, con incidencia en la carga de la prueba por cuanto que los damnificados (sociedad, suscriptores o terceros) tendrán que probar el daño sufrido y la concurrencia del retraso desencadenante de la responsabilidad, así como el nexo causal entre ambos elementos, pero no tendrán que probar la culpa de los otorgantes, puesto que ésta se presume y sólo podrá ser desvirtuada si los otorgantes demuestran que el retraso no les resulta imputable.

2. Características de la responsabilidad de los otorgantes

Dispone expresamente el art. 52 TRLSC que la responsabilidad que del mismo se deriva para los otorgantes es una responsabilidad solidaria vinculada al supuesto fáctico de la concurrencia de una pluralidad de personas responsables que hubiesen sido designadas por la Junta constituyente para otorgar y presentar en el Registro Mercantil la escritura de constitución de la SA. Esto significa, por tanto, que si la Junta constituyente hubiese designado a una sola persona para realizar las tareas formales de culminación del procedimiento de fundación sucesiva, obviamente, este supuesto no se daría.

La responsabilidad solidaria prevista en este precepto aparece como garantía y, en consecuencia, beneficia a las personas que hubiesen resultado dañadas por el retraso en el otorgamiento o presentación de la escritura de constitución, es decir, se establece a favor de los legitimados activamente para exigirla, pudiendo, por tanto, reclamar íntegramente la indemnización del perjuicio sufrido a todos, a varios o a alguno de los obligados y evitar, de este modo, las consecuencias de la eventual insolvencia de alguno de los codeudores.

Naturalmente, el obligado que hubiese satisfecho la indemnización correspondiente tendrá derecho de repetición o de regreso contra el resto de los coobligados que deberán abonar la cuota que les corresponda. Estimamos que en este supuesto lo más razonable es considerar que la repetición deba efectuarse por cuotas idénticas entre todos los coobligados, distribuyendo la indemnización por cabezas y no en proporción a la parte de capital suscrito por cada uno de los otorgantes, en primer lugar porque se responde en cuanto otorgante designado por la Junta constituyente y no en cuanto socio; en segundo lugar porque el otorgante designado por la Junta no tiene por qué ser socio; y, en tercer lugar, porque la responsabilidad deriva del incumplimiento de obligaciones legales que todos asumen conjuntamente y en igual grado, con independencia del capital social que en su caso hubiesen suscrito.

Por otro lado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de los requisitos de forma y publicidad registral exigidos legalmente en el procedimiento de fundación sucesiva es una responsabilidad civil, cuya exigibilidad a los otorgantes queda supeditada a la concurrencia de daños y perjuicios causados en el patrimonio de las personas legitimadas legalmente (sociedad, socios y terceros), quienes tendrán que probar el daño ocasionado y el nexo causal entre éste y el retraso desencadenante de la responsabilidad, aunque no la culpa de los responsables del retraso. No basta, por tanto, con que concurra el supuesto de hecho previsto *ex art. 52 TRLSC*, esto es, el retraso en el otorgamiento o presentación de la escritura de constitución, sino que, además, hace falta que de ese retraso se derive causalmente un perjuicio patrimonial probado que determine la indemnización exigible. Ahora bien, concurriendo tales circunstancias, resulta exigible la responsabilidad *ex art. 52* sin que el cumplimiento tardío de las obligaciones legalmente impuestas a los otorgantes enerve la responsabilidad derivada de los daños y perjuicios ya producidos por el retraso.

3. Contenido de la responsabilidad de los otorgantes

El retraso en el otorgamiento o en la presentación de la escritura de constitución social en el Registro Mercantil supondrá que los otorgantes deban responder de los daños y perjuicios que provoque el incumplimiento o cumplimiento tardío de las formalidades legalmente exigidas para la regular culminación del procedimiento de fundación sucesiva de la SA.

A pesar de que el art. 52 no hace referencia alguna a los sujetos que se deben considerar legitimados activamente para exigir la correspondiente responsabilidad a los otorgantes, estimamos que, si ha sido la Junta constituyente la que los ha nombrado, debemos considerar a la sociedad legitimada activamente, al igual que a los socios, pues los otorgantes, como ya señalamos anteriormente, no actúan sino como mandatarios del conjunto socios-suscriptores que los nombran en Junta constituyente. Finalmente, también los terceros deben considerarse legitimados para exigir a los otorgantes la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la negligente conducta de éstos, puesto que el precepto aquí comentado no distingue entre unos u otros legitimados activamente, sino que obliga a los otorgantes a indemnizar, en general, los daños y perjuicios que su negligente conducta hubiese ocasionado.

Sin duda, un concepto que integrará los daños que el retraso provocado por los otorgantes ocasionará vendrá representado por el lucro cesante que generará en los aportantes el citado retraso. En efecto, si tenemos en cuenta que el art. 45 TRLSC decreta la indisponibilidad de las aportaciones sociales hasta que la sociedad quede inscrita en el Registro Mercantil, con la sola excepción de lo necesario para sufragar los gastos de notaría, de registro y fiscales que sean imprescindibles para la inscripción, uno de los perjuicios más evidentes e inmediatos que pueden derivarse del retraso al que se refiere el art. 52 TRLSC es el de prolongar la im-

productividad de la inversión realizada por los suscriptores de las acciones y que podría haber comenzado a generar beneficios mucho antes de haberse producido el otorgamiento y la presentación de la escritura de constitución de la sociedad dentro de los plazos legalmente previstos.

Por último, de entre los terceros que pueden resultar directamente damnificados por el retraso ocasionado por la conducta negligente de los otorgantes cabe destacar a los promotores, quienes pueden ver peligrar los reembolsos que el TRLSC les reconoce. Concretamente, el párrafo segundo del art. 53 TRLSC establece que, una vez inscrita, la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará de los gastos realizados, siempre que su gestión haya sido aprobada por la Junta constituyente o que los gastos hayan sido necesarios. En consecuencia, si como resultado de la conducta negligente de los otorgantes no culminase el proceso fundacional con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, los promotores no serían reintegrados de los gastos legítimamente realizados con la finalidad de constituir la sociedad y, por tanto, estarían legitimados para exigir a los otorgantes el daño y perjuicio que el incumplimiento de éstos les hubiesen ocasionado.

VII. LA NO INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL REGISTRO MERCANTIL

1. Supuesto de hecho

1.1. La conducta omisiva

Dispone el art. 55 TRLSC que *«en todo caso, transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido»*.

Este precepto cumple, respecto a la denominada fundación sucesiva, una función paralela a la que desempeñan los arts. 39 y 40 TRLSC respecto a la sociedad devenida irregular en el sistema de fundación simultánea, esto es, especificar las consecuencias jurídicas derivadas de la frustración definitiva de la regular constitución de la sociedad anónima proyectada con la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil.

Sin embargo, a diferencia de lo que acontece con relación a la fundación simultánea, el vigente TRLSC no contempla la posibilidad de que una sociedad en proceso de fundación sucesiva devenga en sociedad en formación o en estado de irregularidad, pues no se prevé en la Ley la posibilidad de que la supuesta sociedad en formación actúe en el tráfico antes de su inscripción en el Registro Mercantil. Esta es la razón por la que se ordena la indisponibilidad de las aportaciones

hasta que la sociedad se inscriba en el Registro Mercantil (*ex art. 45 TRLSC*) y que tan sólo se prevea la responsabilidad de los promotores (*ex arts. 53 y 54 TRLSC*), pero no la responsabilidad de la sociedad en formación o de la sociedad devenida irregular ni tampoco de sus socios por la actuación de ésta en el tráfico. E, igualmente, es la razón por la que tampoco se contempla, para el sistema de fundación sucesiva, un régimen de disolución y liquidación para aquellos supuestos en los que no se culmine la regular constitución de la sociedad anónima con su inscripción en el Registro Mercantil y que, en consonancia con ello, se permita a los suscriptores exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubiesen producido (*ex art. 55 TRLSC*).

No obstante, lo anteriormente afirmado no impide que no pueda darse el supuesto de que los administradores nombrados en la Junta constituyente (*ex art. 47 TRLSC*) desarrollen el objeto social y celebren negocios con terceros incluso cuando ya hubiese transcurrido más de un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil. A esta situación, que ciertamente se asemeja bastante al supuesto de irregularidad previsto en los arts. 39 y 40 TRLSC, consideramos que analógicamente debería aplicarse el régimen de la sociedad irregular previsto en los citados preceptos⁵¹, a pesar de que tal planteamiento choca frontalmente con la facultad que el art. 55 TRLSC confiere a los suscriptores en el procedimiento de fundación sucesiva de exigir la restitución de sus aportaciones, así como los frutos que hubieran producido y no, tal y como hace el art. 40 TRLSC en el procedimiento de fundación simultánea, la facultad de exigir la disolución y, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente del mismo. En suma, no parece que la devolución de las aportaciones (y no la mera cuota resultante tras la liquidación social) a los suscriptores que así lo soliciten pueda compatibilizarse bien con la responsabilidad del patrimonio social por las deudas contraídas en nombre de la sociedad no inscrita por parte de los administradores sociales y, en consecuencia, con la aplicación del régimen jurídico de la sociedad colectiva previsto para la sociedad irregular. No obstante, si pese a lo dicho aconteciera el supuesto de hecho planteado y los administradores nombrados por los suscriptores constituidos en Junta constituyente celebraran con terceros negocios jurídicos en desarrollo del objeto social, entendemos que a los mismos deberíamos aplicar el régimen de responsabilidad por deudas sociales previsto para la sociedad colectiva en cuanto sociedad general del tráfico mercantil.

⁵¹ En el mismo sentido, *vid.* PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 154. Sin embargo, para TAPIA HERMIDA, la propia existencia del art. 55 TRLSC (aunque él se refiera a su homónimo art. 33 LSA) «impide hablar; en la fundación sucesiva, de sociedad en formación y de sociedad irregular porque se parte de que no hay actuación en el tráfico de una supuesta sociedad en formación antes de la inscripción y esta es la razón por la que ni se prevé una eventual responsabilidad de la sociedad en formación o de los socios, ni tampoco se contempla un régimen de disolución de dicha supuesta sociedad para el caso de que no se culmine el proceso fundacional con la inscripción» (*Vid.* TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, págs. 741-742).

1.2. El cómputo del plazo

De conformidad con lo dispuesto en el art. 55 TRLSC, la escritura de constitución de la sociedad deberá inscribirse en el Registro Mercantil dentro del plazo de un año, a contar desde la fecha en la que los promotores hubiesen efectuado el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil (*ex art. 43 TRLSC*).

Dentro del citado plazo de un año, que se computará de fecha a fecha sin excluir los días inhábiles (*ex art. 5 C.C.*⁵²), se consideran subsumidos todos los demás plazos parciales previstos para la realización de los distintos actos de trámite que el TRLSC prevé dentro del complejo proceso de fundación sucesiva de las sociedades anónimas: quince días siguientes a la fecha del asiento de presentación para la calificación por el Registrador mercantil del programa de fundación y del folleto informativo (*ex art. 129,2 RRM*); un mes siguiente al día de finalización del plazo de suscripción para la formalización notarial de la lista de suscriptores por parte de los promotores (*ex art. 44,2 TRLSC*); seis meses siguientes al depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil para que los promotores convoquen la Junta constituyente y quince días, como mínimo, desde la convocatoria para su celebración (*ex art. 47,1 TRLSC*); un mes, siguiente a la celebración de la Junta, para el otorgamiento de la escritura pública de constitución (*art. 51,1 TRLSC*); y, finalmente, dos meses, desde el otorgamiento de la escritura de constitución, para la presentación de ésta en el Registro Mercantil para su inscripción (*ex art. 51,3 TRLSC*).

En el transcurso de ese plazo de un año el proceso fundacional de la sociedad anónima debe haber concluido con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Pese a ello, parte de nuestra doctrina⁵³ considera que quizás hubiese sido preferible que el plazo de un año concluyese con la presentación de la solicitud de inscripción de la escritura de constitución en el Registro Mercantil, pues de otra forma se hace depender esta particular irregularidad de la sociedad en fundación sucesiva de actos ajenos a la voluntad de los otorgantes de la escritura (tales como demoras del Registrador mercantil, apreciación de defectos subsanables, denegaciones de inscripción no firmes, etc.), que impiden la inscripción definitiva de la sociedad. Por tanto, debería bastar que los otorgantes soliciten la inscripción de la escritura de constitución en el plazo del citado año, para evitar las consecuencias jurídicas que el precepto ahora comentado prevé para la no inscripción de la sociedad.

⁵² Dispone el art. 5 del C.C. que «*siempre que no se establezca otra cosa..., si los plazos estuviesen fijados por meses o por años se computarán de fecha a fecha*».

⁵³ *Vid.* en este sentido, ESTEBAN RAMOS, L. M.^a: Comentario de los arts. 41 y ss. del TRLSC», en AAVV. «Comentario a la LSC». Coord. ROJO, A./BELTRÁN, E., Civitas, 2011, págs. 532-533; PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, págs. 149-150; TAPIA HERMIDA, A. J.: «La fundación sucesiva», *ob. cit.*, págs. 740-741.

No obstante, consideramos que, como hemos afirmado anteriormente, en el transcurso de ese plazo de un año el proceso fundacional de la sociedad anónima debe haber concluido con la inscripción definitiva de la misma en el Registro Mercantil, puesto que tal y como cabe inferir del tenor literal y de la propia finalidad del art. 55 TRLSC, que no es otra que la de poner término al proceso de fundación sucesiva, no se requiere que se trate de un retraso culpable imputable a los otorgantes de la escritura de constitución, pues en nuestra opinión lo que el legislador ha pretendido es instaurar un sistema garantista de los inversores poniendo fin al proceso de fundación sucesiva de la sociedad, de modo que será el hecho objetivo de la ausencia de inscripción de la escritura de constitución de la sociedad, transcurrido un año desde que se produjo el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil, lo que genere en los suscriptores la facultad de solicitar la devolución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido.

Por tanto, a tenor de la finalidad del precepto comentado de impedir la prolongación indefinida del proceso fundacional y, de este modo, proteger los intereses de los suscriptores, debemos concluir que evidenciada, aún con anterioridad al transcurso de un año desde que se llevara a cabo el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil, la imposibilidad de la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil, los suscriptores podrán ejercer su derecho a la restitución de sus aportaciones con los frutos que hubieran producido.

1.3. *Publicidad registral*

Para que los suscriptores puedan ejercer su derecho y solicitar la restitución de las aportaciones debe acontecer como presupuesto previo que conozcan que se ha cumplido la condición resolutoria a la que quedó sometida la suscripción de sus acciones, esto es, el transcurso de un año desde que se produjo el depósito del programa de fundación y del folleto informativo sin que se haya procedido a la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad (*ex art. 51,3 TRLSC*).

A tal fin, para que los suscriptores puedan conocer el transcurso del citado año, el art. 131 RRM dispone que transcurrido un año desde el depósito del programa de fundación en el Registro Mercantil del domicilio social previsto (art. 129,1 RRM) sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, el registrador remitirá al Registrador Mercantil Central, para su inmediata publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», un anuncio de que los suscriptores pueden exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido, extendiendo, al margen del asiento de presentación del programa, nota expresiva de la remisión del anuncio. En ese anuncio se expresará la fecha desde la que se puede exigir la citada restitución (*ex art. 392,1 RRM*⁵⁴).

⁵⁴ Dispone el art. 392,1 RRM que «los datos relativos a circunstancias no inscritas que se

Finalmente, puede suceder que el Registro Mercantil en el que se practicó el depósito del programa de fundación y del folleto informativo no coincida con el que se presentó para su inscripción la escritura de constitución de la sociedad al haber alterado la Junta Constituyente el domicilio social inicialmente previsto en el programa de fundación. En tal caso, se plantea el problema de determinar cuál de los dos registradores se debe considerar obligado a enviar al Registro Mercantil Central el anuncio ahora referido.

En nuestra opinión, tal y como señala PEINADO GRACIA⁵⁵, debe considerarse obligado a la remisión del anuncio el titular del Registro Mercantil en el que se practicó el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en atención a diversas razones: en primer lugar, porque sólo el registrador que practicó el asiento puede cumplir con lo ordenado por el art. 131 RRM y proceder a practicar nota expresiva de la remisión del anuncio al margen del asiento de presentación del programa; en segundo lugar, porque es precisamente ese registrador el que, con menor dificultad, podrá detectar el transcurso del plazo de un año; y, en tercer lugar, porque, teniendo presente que la publicación del anuncio en el BORME debe ser satisfecida por los interesados y a tal fin debió hacerse la correspondiente provisión de fondos por parte de los promotores, dicha provisión se debió realizar al registrador que practicó el asiento de presentación del programa de fundación que será, por tanto, el que cuente con los fondos destinados a la correspondiente publicación del anuncio en el BORME.

2. Consecuencias jurídicas de la omisión

2.1. Consecuencias sobre el contrato de sociedad

Según cabe inferir claramente del tenor literal del art. 56,1 TRLSC, el legislador ha querido distinguir entre las situaciones de sociedad en formación e irregular o la de frustración del procedimiento de fundación sucesiva por falta de inscripción, de las circunstancias que legalmente conllevan la nulidad de la sociedad de capital ya inscrita. En nuestro Ordenamiento jurídico la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad se concibe como presupuesto jurídico *sine qua non* para la aplicación del régimen legalmente previsto de la nulidad⁵⁶ y, en consecuencia, la falta de inscripción de la escritura de constitución de la sociedad en el Registro Mercantil no puede considerarse como causa de nulidad ni de anulabilidad de la sociedad al no tratarse de un vicio del contrato de sociedad. Más bien, lo que sucede es que el contrato de sociedad, perfeccionado con las suscripción de las acciones, se encuentra sometido a la condición resolutoria de

comunicarán al Registrador Mercantil Central por los Registros Mercantiles al objeto de que gestione su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» serán los siguientes: 2.º— Si se produjese la falta de inscripción prevista en el artículo 131 de este Reglamento, la fecha a partir de la cual los suscriptores pueden exigir la restitución de sus aportaciones con sus frutos».

⁵⁵ Vid. PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», ob. cit., págs. 151-152.

⁵⁶ Así se colige del tenor literal del art. 56,1 TRLSC cuando afirma que «una vez inscrita la sociedad, la acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por las siguientes causas...».

que la escritura de constitución de la sociedad no sea inscrita en el Registro Mercantil antes de que transcurra un año desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil. De esta forma, cumplida la condición resolutoria por el transcurso del plazo legalmente previsto sin haber alcanzado la sociedad su personalidad jurídica capitalista con la inscripción⁵⁷, los socios son atribuidos con la facultad de solicitar la resolución del contrato de sociedad y con la de pedir la devolución de sus aportaciones (en principio, sin merma), con los frutos que hubieran producido, lo cual no creemos incompatible con la resolución del contrato, pues el mismo art. 1114 CC prevé que las condiciones puedan tener efectos tanto *ex nunc* como *ex tunc*.

Ahora bien, como afirma PEINADO GRACIA⁵⁸, considerar resuelto el contrato de sociedad y solicitar la devolución de las aportaciones no es un deber de los socios, sino una facultad que la Ley les confiere cuando concorra la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil dentro del plazo legalmente previsto y se concrete la condición resolutoria del contrato social que permite considerar frustrado el procedimiento de fundación sucesiva. Por esta razón, es posible que todos los socios soliciten la devolución de sus aportaciones, pero tampoco es descartable que tan sólo lo hagan alguno o algunos de los socios o que, incluso, ninguno decida ejercer su derecho.

En nuestra opinión, si ningún socio solicitara la devolución de sus aportaciones y la sociedad continuara actuando en el tráfico como si ya estuviese inscrita en el Registro Mercantil, debería considerarse frente a terceros como una sociedad irregular y, en consecuencia, sometida al régimen jurídico legalmente previsto para dichas sociedades *ex art. 39 TRLSC*, esto es, el de la sociedad colectiva o el de la sociedad civil dependiendo, respectivamente, de que su objeto fuese de naturaleza mercantil o civil.

Por su parte, si no todos los socios solicitaran la devolución de sus aportaciones sino que existieran algunos que desearan continuar en sociedad, consideramos que procedería la resolución parcial del contrato de sociedad, respecto de aquellos socios que soliciten la resolución del contrato y la devolución de sus aportaciones, y no la resolución total del contrato social, salvo que las aportaciones de los socios disidentes fuesen esenciales para el desarrollo del objeto social. El principio de pervivencia de los contratos y la naturaleza plurilateral y organizativa del contrato societario permiten mantener el vínculo societario con el resto de los socios que deseen permanecer en sociedad siempre que concurren los requisitos legalmente exigidos para ello, pudiéndose reactivar el procedimiento constitutivo mediante la convocatoria de una nueva Junta constituyente y la actualización de la lista de suscriptores.

⁵⁷ Así se desprende del tenor literal del art. 33 TRLSC al afirmar que «con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido».

⁵⁸ Vid. PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», *ob. cit.*, pág. 153.

2.2. Consecuencias sobre las aportaciones sociales

2.2.1. LA FACULTAD DE EXIGIR LA RESTITUCIÓN DE LAS APORTACIONES SOCIALES

Como ya hemos señalado, la resolución del contrato de sociedad por la no inscripción temporánea de la escritura de constitución social no es un deber, sino una facultad de los socios suscriptores que les permite solicitar la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido. Se trata de una consecuencia de resultado independiente de la eventual culpabilidad o responsabilidad de los promotores o de los otorgantes de la escritura pública en relación con la ausencia de inscripción de ésta en el Registro Mercantil.

El procedimiento de restitución de las aportaciones se deberá llevar a cabo por los administradores nombrados en la Junta constituyente (*ex art. 47,1, e) TRLSC*), o bien por los propios promotores cuando ni tan siquiera se hubiese llegado a celebrar la citada Junta.

Se deben considerar titulares de este derecho a la restitución de sus aportaciones todos aquellos suscriptores incluidos en la lista definitiva formalizada notarialmente por los promotores (*ex art. 44,2 TRLSC*), quienes podrán acreditar su legitimación con la copia firmada del boletín de suscripción (*ex art. 46,2 TRLSC*⁵⁹) o por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. Pero, también debemos considerar legitimados a todas aquellas personas que demuestren, por cualquier otro medio de prueba, que realizaron su aportación para la constitución de la sociedad anónima, aunque, pese a todo, no aparezcan en la lista definitiva de suscriptores elaborada por los promotores, dado que no se les puede hacer responsables de las eventuales irregularidades o errores formales en la elaboración de la lista o en la remisión del boletín de suscripción, privándoles, por esta causa, de su derecho a la restitución de sus aportaciones, consagrado en el art. 55 TRLSC. En definitiva, estas personas tendrían que afrontar un problema procesal de prueba de su aportación y, en consecuencia, de su legitimación activa para reclamar la restitución que les corresponda, pero no se les podría condenar a soportar la privación de sus derechos restitutorios *ex art. 55* siempre que lograsen acreditar su efectiva aportación social por cualquier medio de prueba.

Por supuesto que todo lo dicho hasta ahora se entiende sin perjuicio de las acciones penales que, en su caso, pudieran corresponder contra los promotores por cuanto, es posible, que las aportaciones realizadas por algunos socios no hubiesen recalcado finalmente en el patrimonio social, sino en el privado de los promotores, en cuyo caso los suscriptores afectados deberían acudir a la vía penal por la supuesta comisión de un delito de apropiación indebida y reclamar la correspondiente responsabilidad civil que de tales hechos pudiera derivarse.

⁵⁹ Así se desprende de lo dispuesto en este precepto al afirmar que «*un ejemplar del boletín de suscripción quedará en poder de los promotores, entregándose un duplicado al suscriptor con la firma de uno de los promotores, al menos, o la de la entidad de crédito autorizada por éstos para admitir las suscripciones*».

2.2.2. LA CUANTÍA DE LA RESTITUCIÓN

Del tenor literal del precepto comentado no parece que la restitución a la que tienen derecho los suscriptores se concrete en la entrega a los mismos de las cuotas ideales resultantes tras la liquidación del patrimonio social, sino en la entrega de sus mismas aportaciones más los frutos que hubieran producido.

Así pues, los suscriptores que, ante la frustración del proceso constitutivo de la sociedad anónima, decidan ejercer su facultad restitutoria tendrán derecho a que se les devuelvan las aportaciones que hubiesen realizado incrementadas en sus frutos. Dentro de dichos frutos habrá que entender incluidos los posibles beneficios derivados de la actuación de los promotores o de los administradores sociales, si bien no parece que, según la letra del art. 55 TRLSC, debamos deducir las posibles pérdidas sufridas, de las que deberán responder los promotores o administradores o, en su caso, ser soportadas por los suscriptores que se mantengan en sociedad⁶⁰.

*(Trabajo recibido el 03/07/2019
y aceptado para su publicación el 30/07/2019)*

⁶⁰ En contra se muestra PEINADO GRACIA, quien considera que «no parece razonable afirmar que deberían ser los administradores los que soporten estos resultados cuando sean negativos» (Vid. PEINADO GRACIA, J. I.: «Comentario de los arts. 19 a 33...», ob. cit., págs. 156-157).

PERSPECTIVAS SOBRE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL MEDIANTE LAS DESCARGAS ILEGALES¹

JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Miguel Hernández*

RESUMEN

La vulneración de los derechos de autor en el ámbito del ciberespacio es una cuestión de extraordinario interés que viene suscitando inquietudes notables. Realmente el ciberespacio, por los perfiles singulares que presenta, es un espacio de oportunidad propicio para la infracción de las normas sobre derechos de autor. Así sucede, por ejemplo, con las prácticas consistentes en compartir archivos de forma ilegal por internet. Nuestro marco normativo, con el objetivo último de su erradicación, debería ser eficaz en la prevención, persecución y reproche de estos comportamientos. Pero la experiencia en España, hasta ahora, ha evidenciado la dificultad de disminuir este tipo de comportamientos. Y es precisamente aquí donde se enmarcan nuestras reflexiones: porque, a nuestro juicio, las reclamaciones directas a los usuarios que descargan de forma ilegal obras protegidas anticipan un panorama más alentador para los titulares de los derechos de propiedad intelectual en nuestro país.

Palabras clave: derechos de autor, ciberespacio, internet, descargas ilegales, reclamaciones directas, diligencias preliminares.

¹ Este trabajo se ha realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación con título «¿Quién copia, quién descarga y por qué? Prevalencia y diferencias de género en las intuiciones de justicia y el cumplimiento de la propiedad intelectual», cuyo IP es José Carlos ESPIGARES HUETE y financiado por la Generalitat Valenciana en virtud de la RESOLUCIÓN de 16 de septiembre de 2019, de la directora general de Ciencia e Investigación, por la que se conceden subvenciones para grupos de investigación consolidables (referencia AICO/2019/309)».

COPYRIGHT INFRINGEMENT BY MEANS OF SHARING FILES ILLEGALLY

JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE

Senior Lecturer in Commercial Law

Universidad Miguel Hernández

ABSTRACT

Copyright infringement in cyberspace is an issue of extraordinary interest that has aroused serious concerns. In fact, because of the unusual profiles that cyberspace presents, it provides a window of opportunity that is conducive to infringing copyrights. The digitization of a wide range of works, their communication, and the structure of the network has a decisive influence on the exercise of these rights. This is what happens, for example, with practices that involve illegally sharing files over the internet. Our regulatory framework, whose ultimate goal is to eradicate these behaviours, must be effective in their prevention, pursuit and punishment. But to date, the experience in Spain has brought to light the difficulty in reducing these types of behaviours, which is precisely the point that we would like to reflect on. Since, in our opinion, the owners of intellectual property rights can expect a more reassuring panorama in Spain in relation to direct claims against users who illegally download protected works.

Keywords: Copyright infringement, cyberspace, internet, illegally sharing files, direct claims, digital copyright protection.

SUMARIO: I. MEDIDAS LEGISLATIVAS ESPECÍFICAS Y PERSPECTIVAS: LA RECLAMACIÓN DIRECTA A LOS USUARIOS QUE DESCARGAN DE FORMA ILEGAL OBRAS PROTEGIDAS.— II. UNA APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL. 1. ÁMBITO CIVIL DE PROTECCIÓN. 2. Ámbito de la protección penal. 3. La Comisión de la Propiedad Intelectual.—III. LA PRÁCTICA JUDICIAL RECIENTE SOBRE LA MATERIA: UNA MAYOR SENSIBILIDAD.—IV. LAS SENTENCIAS DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 7 DE VITORIA DE 10 DE MAYO DE 2018 Y DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE BILBAO DE 5 DE ENERO DE 2018: UNA TENDENCIA FAVORABLE A LOS TITULARES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

I. MEDIDAS LEGISLATIVAS ESPECÍFICAS Y PERSPECTIVAS: LA RECLAMACIÓN DIRECTA A LOS USUARIOS QUE DESCARGAN DE FORMA ILEGAL OBRAS PROTEGIDAS

La vulneración de los derechos de autor en el ámbito del ciberespacio es una cuestión de extraordinario interés que viene suscitando inquietudes notables. La prevalencia de los comportamientos ilícitos relacionados con las normas de protección de la propiedad intelectual y los derechos de autor requiere un estudio preciso desde distintos parámetros. Es el caso principal, por ejemplo, de las variables que definen los factores de riesgo de este tipo de conductas ilegales: circunstancias que, todo parece indicar, convierten al ciberespacio en un lugar más propicio para la transgresión de la norma². No podemos olvidar tampoco que la *Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual* (IIPA, por sus siglas en inglés) ha venido recomendando mantener a nuestro país en observación para comprobar su grado de respeto de los derechos de autor. Incluso, por cierto, se incluyó entre los países que menos velan por estos derechos.

Realmente el ciberespacio, por los perfiles singulares que presenta, es un espacio de oportunidad propicio para la infracción de las normas sobre derechos de autor³. La digitalización de un amplio abanico de obras, su comunicación y la estructura de la red, influye decisivamente en el ejercicio de estos derechos. Y es una realidad, ya fuera de toda duda, que muchas personas realizan cotidianamente conductas vulneradoras de tales derechos. Así sucede, por ejemplo, con las prácticas consistentes en compartir archivos de forma ilegal por internet⁴.

² Muy interesantes reflexiones en MIRÓ LLINARES: *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003.

³ El anonimato o la transnacionalidad, así como otras características, han sido expuestas claramente por MIRÓ LLINARES (2012).

⁴ Hay estudios científicos concluyentes en este sentido. GOODENOUGH Y DECKER refieren que un segmento importante de personas no se involucrarían en actividades criminales en el espacio físico, aunque aceptan cotidianamente realizar prácticas como compartir archivos de forma ilegal

Nuestro marco normativo, con el objetivo último de su erradicación, debería ser eficaz en la prevención, persecución y reproche de estos comportamientos. Pero la experiencia en España, hasta ahora, ha evidenciado la dificultad de disminuir este tipo de comportamientos⁵. Y es precisamente aquí donde se enmarcan nuestras reflexiones: porque, a nuestro juicio, las reclamaciones directas a los usuarios que descargan de forma ilegal obras protegidas anticipan un panorama más alentador para los titulares de los derechos de propiedad intelectual en nuestro país. Este nuevo escenario ha sido propiciado por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La modificación del régimen de las diligencias preliminares, con la reforma del art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 21/2014, ha permitido solicitar específicamente la identificación de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información a los prestadores de los mismos por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual que pretendan ejercitar acciones de infracción de sus derechos. Recuérdese que anteriormente esta posibilidad, por la interpretación restrictiva que los tribunales realizaban —en concordancia con la normativa de protección de datos de carácter personal—, estaba únicamente reservada a los supuestos en que se sospechara que se estaba cometiendo un delito grave.

La reforma, en consecuencia, ha sentado las bases para un cambio de estrategia de los titulares de derechos de propiedad intelectual en España: la reclamación extrajudicial y judicial directa a los usuarios que descargan de forma ilegal obras protegidas, solicitando la declaración de infracción y la condena a compen-

vía Internet. *Vid.* GOODENOUGH, Oliver R. and DECKER, Gregory J.D.: «Why do good people steal intellectual property?», *The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics, and Evolutionary Biology*: Vol. 4, Article 3, 2007, available at: <http://services.bepress.com/giwp/vol4/iss1/art3>. Se preguntan, muy expresivamente: «Why do good people steal intellectual property? You know who we mean. The person (perhaps even yourself) who feels deep remorse if she mistakenly walks off with your pencil, who takes a wallet she found on the street, full of money but with no identification, to the police, and who without a qualm or any thought of payment, downloads copyrighted music off the internet or from a friend to put onto her iPod. What is going on here? Some suggest ignorance of the law, but that is generally not the case. She knows about copyright. Some suggest a lack of enforcement, but that doesn't stop her from turning in the wallet. No, something else is going on — some failure of a normally law-abiding, "good" person to feel any compulsion to obey this set of laws. The emerging discipline of cognitive science can help us understand this challenge to our intellectual property system. This paper will pursue this line of inquiry, both for its own sake, and as an example of how we can look into the brain for answers to some of the law's persistent conundrums. In the process, it will provide an introduction to an approach we might call Cognitive Jurisprudence, exploring its potential and its methodology. In this context, the role of emotion in our thought and action will be of particular importance. The paper will conclude with a return to our problem of intellectual property, offering a hypothesis that gives us answers to our core question and sketching possible paths toward both concrete research and law reform».

⁵ Se ha subrayado por la doctrina científica lo que la evidencia empírica sugiere: que es difícil reducir este tipo de comportamientos en el ciberespacio utilizando la amenaza del castigo (SCHULTZ, 2006); y, también, que existen factores de distinta naturaleza (por ejemplo, las normas sociales o el propio sistema de valores del individuo) que parecen presentar sólidos efectos preventivos (BAUTISTA, 2012; MIRÓ Y BAUTISTA, 2013; PATERNOSTER, 2010; SVENSSON Y LARSSON, 2012).

sar los daños y perjuicios ocasionados. Es lo que ha sucedido en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018 y del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017. Bien es cierto que con resultados dispares. En los dos primeros casos se ha condenado a los titulares de las IP desde las que se descargaron de forma ilícita una obra cinematográfica al abono de 150 euros más los intereses legales. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017, en cambio, había absuelto al titular de la IP por entender que no quedaba acreditada la infracción por parte del titular de la IP. Analizaremos después los términos exactos en los que se producen los distintos litigios y las cuestiones más controvertidas.

Pero puede considerarse razonable pensar, sea como fuere, que esta nueva estrategia combativa de los titulares de derechos de propiedad intelectual permitirá rebajar sensiblemente los niveles de infracción: tendrá, siendo así, una incidencia directa en los altos índices de descargas ilegales. Las experiencias de países como Alemania o Finlandia han generado la expectativa y la confianza necesaria de los titulares de estos derechos. En Alemania, transcurridos ya años desde que se generalizasen este tipo de reclamaciones, las descargas ilegales son prácticamente inexistentes; y en Finlandia, por su parte, las descargas ilegales se han reducido significativamente en los últimos años⁶.

II. UNA APROXIMACIÓN AL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ENTORNO DIGITAL

Vamos a referirnos, antes de analizar pormenorizadamente las sentencias indicadas, al **marco normativo español** en esta materia.

Téngase en cuenta, en este sentido, que la actual regulación española de la propiedad intelectual está constituida por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se regularizaron, aclararon y armonizaron las disposiciones legales vigentes sobre la materia, incorporando las disposiciones por entonces vigentes en el ámbito comunitario europeo. Esta Ley ha sufrido importantes modificaciones en virtud de sucesivas reformas, condicionadas por la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información⁷. Así, por ejemplo, la Ley 23/2006, de 7 de julio; la reforma de la Ley 2/2011, de 4 de marzo; y, con

⁶ Deben consultarse los estudios relevantes del *Observatorio Europeo de las vulneraciones de los derechos de Propiedad Intelectual*. Particular interés adquiere el más reciente sobre *Medidas legislativas relacionadas con las vulneraciones de los DPI en línea*, 2018. Vid. <https://euiipo.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/observatory-publications>.

⁷ En el ámbito internacional supracomunitario existen también diversos Convenios, tendentes a

carácter fundamental, Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Esta reforma ha pretendido ser un avance en materia de protección de los derechos de autor en el entorno digital. Se pretendía fortalecer, de este modo, «los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos» en este entorno. Esta reforma, además, es sólo un anticipo de la reforma integral de la propiedad intelectual que se pretende en España. La Disposición Final Cuarta, bajo la rúbrica *«Reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual»*, precisa que: *«El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley realizará los trabajos preliminares necesarios, en colaboración con todos los sectores y agentes interesados, para preparar una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual ajustada plenamente a las necesidades y oportunidades de la sociedad del conocimiento (...)»*.

Mientras tanto también se procedió, en un ámbito estrictamente administrativo de protección, a la revisión del procedimiento de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información. Se fortaleció así la posición de la Comisión de Propiedad Intelectual en la persecución de grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual.

El propio legislador parte de que *«(...) El desarrollo de las nuevas tecnologías digitales de la información y de las redes informáticas descentralizadas han tenido un impacto extraordinario sobre los derechos de propiedad intelectual, que ha requerido un esfuerzo equivalente de la comunidad internacional y de la Unión Europea para proporcionar instrumentos eficaces que permitan la mejor protección de estos derechos legítimos, sin menoscabar el desarrollo de Internet, basado en gran parte en la libertad de los usuarios para aportar contenidos»*. En este sentido se consideró prioritario, dada la cuestionable capacidad de nuestra legislación sobre propiedad intelectual *«(...) para adaptarse satisfactoriamente a los cambios sociales, económicos y tecnológicos que se han venido produciendo en los últimos años»*, adoptar medidas legales previas a la aprobación de una nueva Ley integral de la Propiedad Intelectual. La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, procuró el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital. Y en esta transitoriedad todavía nos encontramos.

No olvidemos tampoco que este ímpetu de reforma ha alcanzado, de un modo igualmente principal, al ámbito de la protección penal de los derechos de propiedad intelectual. Es sabido que podrán instruirse causas criminales por infracciones penales de los derechos de autor.

dispensar una protección uniforme (Berna, Ginebra, Roma, Bruselas, Tratados de la OMPI, acuerdo ADPIC de Marrakech, etc.).

En el marco normativo vigente, en consecuencia, la defensa procesal de los derechos de propiedad intelectual se produce en un doble ámbito (civil y penal) y de un modo similar a lo que sucede con la propiedad industrial (tanto signos distintivos como invenciones técnicas). También, para algún caso particular, en el ámbito estrictamente administrativo: vinculado a la protección de la propiedad intelectual en Internet y a las competencias atribuidas a la denominada Comisión de propiedad intelectual. Debe distinguirse claramente, de este modo, la incidencia de los distintos ámbitos de reproche en la transgresión de normas de protección de la propiedad intelectual y derechos de autor. Pero no se olvidará, como sugiere nuestro legislador, que «(...) *la Ley de Propiedad Intelectual (LPI para nosotros, en adelante) es el instrumento de protección natural en esta materia y que es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*».

1. Ámbito civil de protección

La LPI actual, a la espera de una reforma integral, fortalece los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de estos derechos en el entorno digital. Y el objetivo declarado por el legislador es que «esto repercuta en la mejora de la visibilidad de contenidos en internet y suponga el impulso de los nuevos modelos de negocio en internet». La **vía jurisdiccional civil** se mantiene hoy como cauce ordinario para la solución de conflictos, pero se han ido incorporando algunas mejoras en la redacción de determinadas **medidas de información previas** necesarias para la protección de los derechos en el entorno digital en línea.

La protección civil está regulada en los arts. 138 a 143 de la LPI. Esta protección se extiende a cualquier vulneración de los derechos de propiedad intelectual imaginable. Pero particular mención se realiza a la protección frente a los actos de elusión, o preparatorios de éstos, de cualquier medida tecnológica eficaz destinada a la protección de tales derechos (arts. 196 y 197) y los actos que suprimen o alteran la información vinculada a la protección y gestión de esos derechos (art. 198). Estos preceptos forman parte del Título VI del Libro tercero, redactado por el número nueve del artículo único del RD.-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el RD. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 («B. O. E.» 14 abril).

Se establecen también **criterios legales para enjuiciar la ilicitud de las conductas de terceros** que posibilitan la infracción de los derechos de propiedad intelectual en este entorno (art. 138). Se prevé así que será también responsable como infractor quien induzca a sabiendas (esto es, dolosamente) la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o

contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor (con las salvedades de las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los artículos 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

El titular de los derechos de propiedad intelectual podrá ejercitar **dos tipos de acciones principales** frente al infractor: las **acciones de cese** de la actividad ilícita —que podrán comprender múltiples situaciones— (art. 139) y las **acciones indemnizatorias** (art. 140 LPI). También podrá instar a costa del infractor la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral favorable en medios de comunicación (art. 138 LPI). Y dispone igualmente de **medidas cautelares** de extraordinaria importancia (art. 141 LPI), en la medida en que pueden representar una protección urgente y necesaria para el titular del derecho: porque exista ya infracción o un temor racional y fundado de que ésta va a producirse de un modo inminente. Repárese igualmente, lo que puede resultar de gran interés, en que el titular de los derechos de propiedad intelectual podrá dirigirse contra el **intermediario del que se valgan terceros para infringir** derechos de propiedad intelectual. Podrá solicitar la suspensión de los servicios prestados por este intermediario tanto por la vía del ejercicio de acciones de cese (art. 139.1.h LPI) como por la vía de las medidas cautelares (arts. 138 y 141.6 LPI). Esto aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción y sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información.

Las **acciones indemnizatorias**, que prescribirán a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla, pueden consistir en la reparación del daño emergente y el lucro cesante. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá, de este modo, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido (daño sufrido: material y moral), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso —acaso especialmente apropiado para los supuestos de vulneración en línea— los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial (art. 140.1 LPI). El legislador aligera después la determinación del importe de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el titular de los derechos. Se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: bien las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita; o bien la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Es importante destacar que **la eventualidad de una indemnización por daño moral no queda excluida por el hecho de no haber existido perjuicio económico**. Y para la valoración de su concurrencia se atenderá a las circunstancias de la

infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra (art. 140.2 LPI). Recuérdese, por lo demás, que la sentencia TJUE (Sala Quinta) de 17 marzo 2016, Rec. C-99/2015, sostiene que: «El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que permite al perjudicado por la violación de su derecho de propiedad intelectual que reclama una indemnización del daño patrimonial calculada, con arreglo al párrafo segundo, letra b), del apartado 1 de este artículo, sobre la base del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor le hubiese solicitado autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate, reclamar además la indemnización del daño moral tal como está prevista en el apartado 1, párrafo segundo, letra a), de dicho artículo».

Serán los **Juzgados de lo Mercantil** (art. 86.ter 2.a LOPJ) quienes conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a propiedad intelectual (del mismo modo que, entre otras, de las demandas sobre competencia desleal, propiedad industrial y publicidad). Y la LEC concreta los medios de tutela de la propiedad intelectual e industrial. Lo hace con referencia a las diligencias preliminares previas al juicio y medidas de aseguramiento de la prueba. La mejora del **régimen de las diligencias preliminares** se ha concretado en distintos aspectos vinculados, en mayor o menor grado, con la infracción de un derecho de propiedad intelectual en línea.

Todo juicio, de acuerdo con el art. 256.1 LEC, podrá prepararse mediante la solicitud de diligencias preliminares. Esta solicitud deberá presentarse ante el juez de primera instancia o de lo mercantil, cuando proceda, del domicilio de la persona que en su caso hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio. Esto salvo las diligencias preliminares previstas en los números 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del art. 256.1. LEC. En estos supuestos será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Pero si, como prevé el art. 257.1 LEC, *«se solicitasen nuevas diligencias a raíz del resultado de las hasta entonces practicadas podrán instarse del mismo tribunal o bien del que, a raíz de los hechos averiguados en la anterior diligencia, resultaría competente para conocer de la misma pretensión o de nuevas pretensiones que pudieran eventualmente acumularse»*.

Independientemente de la previsión del número 9, relativa a las diligencias y averiguaciones que para la protección de determinados derechos prevean las correspondientes leyes especiales, se precisan los términos de una eventual solicitud relacionada con los derechos de propiedad intelectual. Ha de destacarse que la información obtenida mediante las diligencias que vamos a referir tiene un carácter reservado. Puede causar cierta sorpresa. Pero se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual que se pretende. Se prohíbe, por lo tanto, su divulgación o comunicación a terceros. Y el Tribunal, a instancia de cualquier interesado, puede

atribuir carácter reservado a las actuaciones. Refiere, expresamente, que «(...) para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial» (art. 259.4 LEC).

El legislador distingue distintos ámbitos de vulneración de estos derechos, comenzando por aquellos que no se realizan a escala comercial: «**7.º Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes: (...) a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías; b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieran distribuido las mercancías o servicios; c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías**».

Otro escenario, diferente del citado, es el de actos de vulneración desarrollados a otra escala. La vulneración de los derechos de propiedad intelectual puede cometerse mediante actos desarrollados a **escala comercial**: es decir, aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos (art. 256.8.º LEC). Se dispone, en este caso, que la solicitud de diligencias puede producirse: «**8.º Por petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable. La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante podrá pedir que el secretario extienda testimonio de los documentos exhibidos si el requerido no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada. Igual solicitud podrá formular en relación con lo establecido en el último párrafo del número anterior**».

Otras dos previsiones inciden directamente sobre los *prestadores de servicios de la sociedad de la información*. El legislador valora si el propio prestador del servicio es el infractor: porque podrán solicitarse diligencias: «**10.º Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual, para que se identifique al**

prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o de propiedad intelectual, considerando la existencia de un nivel apreciable de audiencia en España de dicho prestador o un volumen, asimismo apreciable, de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas». En estos casos se delimita el contenido de la solicitud en un doble sentido. La solicitud, en primer lugar, se limitará a los *datos necesarios* para llevar a cabo la identificación; y podrá dirigirse, en segundo lugar, «(...) a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de pagos electrónicos y de publicidad que **mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses** relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar». Estos prestadores de servicios proporcionarán la información solicitada, siempre que ésta pueda extraerse de los datos de que dispongan o conserven como resultado de la relación de servicio que mantengan o hayan mantenido con el prestador de servicios objeto de identificación. Aunque se excepcionan los datos que exclusivamente estuvieran siendo objeto de tratamiento por un proveedor de servicios de Internet en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

La intervención del prestador de servicios de la sociedad de la información se solicita en otros casos para que se identifique al usuario de sus servicios que infringe estos derechos⁸: «11.º *Mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un **usuario de sus servicios**, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas*»⁹.

⁸ Apartado 11.º del número 1 del artículo 256 introducido por el número Uno del artículo segundo de la Ley 21/2014, 4 noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por RD Leg. 1/1996, 12 abril, y la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil («B. O. E.» 5 noviembre).

⁹ Los recientes Autos del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 16 de enero y 21 de febrero de 2019, así como el del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao (Vizcaya) de 5 de febrero de 2019 son un buen ejemplo de esta mejora. En estos casos se desestima la oposición a las diligencias preliminares solicitadas, debiendo proceder la operadora requerida a proporcionar a la solicitante los datos (nombre, dirección, teléfono y correo electrónico) de sus abonados titulares de las líneas IP utilizadas, al parecer, para la descarga ilegal de la película cuyos derechos le pertene-

2. Ámbito de la protección penal

Decíamos anteriormente que el ímpetu de reforma ha alcanzado igualmente al ámbito de la protección penal de los derechos de propiedad intelectual. En el capítulo XI del Título XIII Código Penal se regulan, dentro de los «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», los «Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores». Hay que valorar necesariamente, en consecuencia, las aportaciones que supuso en este ámbito la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El legislador, con esta reforma, continuó con un régimen escalonado de responsabilidad penal en función de la gravedad de la conducta (que se traslada a los delitos contra la propiedad industrial) y se mejora técnicamente la tipificación de las conductas existentes (ajustando en algún tipo la terminología empleada a la más amplia reflejada en la Directiva 2001/29/CE). El juez tiene un margen adecuado para ajustar la pena a la gravedad de la conducta, pero se aumentan por lo general las penas que se pueden imponer.

Se tipifican, en particular, las siguientes conductas (arts. 270, 271 y 272 CP):

— **Quien**, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, **reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente** o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios (pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: art. 270.1 CP).

Se prevé igualmente la imposición de una penalidad menor en los supuestos de **distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional** (pena de prisión de seis meses a dos años). Y la valoración de las características del culpable, así como la entidad del beneficio económico, permite en su caso reducir sensiblemente esta pena: «No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias agravantes del artículo 271, el juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días» (art. 270.4 CP).

— Otra conducta tipificada está llamada a tener un protagonismo interesante en el estado actual de la vulneración en línea de los derechos de propiedad inte-

cen. La última de las resoluciones citadas, en particular, fundamenta la desestimación a la oposición en la doctrina sentada en resoluciones anteriores ya dictadas. Es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 24 de mayo de 2016 y de las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil núm. 1 de 14 de marzo de 2017 (DP 890/16) y núm. 2 de Bilbao (Vizcaya) de 8 de enero de 2019 (DP 653/18 y 654/18).

lectual. Esta conducta entronca directamente con la prestación de servicios de la sociedad de la información. Nos referimos a «(...) **quien en la prestación de servicios de la sociedad de la información**, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios» (art. 270.2 CP) (pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses).

El legislador procura proteger directamente los derechos vulnerados: porque, ante cualquiera de las conductas tipificadas descritas, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Y, en el caso de los portales de acceso a internet o servicios de la sociedad de la información en los que se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual, se ordenará la interrupción de la prestación. El juez podrá también acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual. Incluso se contempla ordenar el bloqueo del acceso correspondiente: aunque limitada esta posibilidad, claramente excepcional, a la reiteración de las conductas perseguidas y a que resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz (art. 270.3 CP).

Se tipifican expresamente, por lo demás, otras conductas por medio de las cuales se llevan a cabo infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los que pueden derivar significativos perjuicios. Serán castigados con las penas previstas anteriormente para cada caso quienes:

— Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren las conductas principales antes descritas, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente (art. 270.5.a) CP).

— Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia (art. 270.5.b) CP).

En este caso se establece obviamente una salvedad: porque la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento.

— Favorezcan o faciliten la realización de las conductas principales descritas (art. 270.1 y 2 CP) **eliminando o modificando**, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, **las medidas tecnológicas eficaces** incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización [art. 270.5.c).CP].

— Quienes con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, **eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces** dispuestas para evitarlo [art. 270.5.d) CP].

Finalmente, y con una pena diferente, se tipifica otra conducta (pena de prisión de seis meses a tres años):

— La conducta de **quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio** principalmente concebido, producido, adaptado o realizado **para facilitar** la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo (art. 270.6 CP).

El cuadro referenciado no sería completo si no se indica que se reconocen circunstancias agravantes para cualquiera de los tipos del art. 270 CP: beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, de especial trascendencia económica; valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados; utilización de menores de 18 años para la comisión de los delitos; y, finalmente, la pertenencia del culpable a una organización o asociación infractora, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual. En estos casos, y si concurriera alguna de las circunstancias mencionadas, se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido por un período de dos a cinco años (art. 271 CP).

En estas causas pueden adoptarse idénticas medidas cautelares que en los procedimientos civiles, sin que se impida la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal (art. 142 LPI). La propia legislación penal, además, remite en cuanto a la extensión de la responsabilidad civil derivada de estos delitos a la Ley de Propiedad Intelectual: es decir, a las previsiones sobre el cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicios. No olvi-

demos tampoco que, en el supuesto de sentencia condenatoria penal, el juez o tribunal podrá decretar su publicación a costa del infractor en un periódico oficial. (art. 272.1 y 2 CP).

3. La Comisión de la Propiedad Intelectual

Otra mención especial merece la **Comisión de la Propiedad Intelectual**. Está regulada en el Título V del Libro tercero (redactado por el número ocho del artículo único del RD.-ley 2/2018, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el RD. Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017). Es importante traerla a colación en la medida en que tiene atribuida una función específica de salvaguarda de los derechos en el entorno digital.

El art. 193 la define como órgano colegiado de ámbito nacional, dependiente del Ministerio de Cultura, para el ejercicio de las funciones de mediación y arbitraje, y de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual que le atribuye la Ley. Ejercerá igualmente funciones de asesoramiento sobre cuantos asuntos de su competencia le sean consultados por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

La Comisión actuará por medio de dos Secciones. La *Sección Primera* ejercerá las funciones de mediación y arbitraje, así como de determinación de tarifas y control en los términos previstos en la Ley:

Mediación: Esta función se desarrollará respecto a las materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión, por falta de acuerdo entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable. Siempre previo sometimiento voluntario, por lo tanto, colaborará en las negociaciones y presentará eventuales propuestas a las partes [art. 194.1.a) y b) LPI].

Arbitraje: Dando solución, previo sometimiento voluntario de las partes, a los conflictos sobre materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. También fijando, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario afectado especialmente significativo, a juicio de la Comisión, y previa aceptación de la otra parte, cantidades sustitutorias de las tarifas generales [art. 194.2.a) y b) LPI]. Porque téngase en cuenta que las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales, simples y claras que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio (art. 164.1

LPI). La comisión, en estos casos, deberá tener en cuenta al menos los criterios mínimos de determinación de las tarifas previstos en el artículo 164.3 LPI.

Las funciones de determinación de tarifas y control se desarrollarán de acuerdo con lo previsto en el art. 194. 3, 4 y 5 LPI. Se establece que la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual *«ejercerá su función de determinación de las tarifas para la explotación de los derechos de gestión colectiva obligatoria, y para los derechos de gestión colectiva voluntaria que, respecto de la misma categoría de titulares, concurren con un derecho de remuneración sobre la misma obra o prestación»*. La función de control le permitirá velar *«(...) por que las tarifas generales establecidas por las entidades de gestión en cumplimiento de sus obligaciones, sean equitativas y no discriminatorias, para lo que deberá valorar, entre otros aspectos, la aplicación de los criterios mínimos previstos en el artículo 164.3 en su determinación»*. Se contempla asimismo la comunicación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ante un incumplimiento de estas obligaciones (art. 194.4 LPI).

El régimen previsto en el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, debe completarse con el Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. Este último Real Decreto distingue claramente, por lo que se refiere a la Sección Primera de la Comisión, entre: el procedimiento de mediación, el procedimiento de arbitraje general, el procedimiento de arbitraje de sustitución de tarifas, el procedimiento de determinación de tarifas y el procedimiento de control de tarifas.

Pero de mayor trascendencia, en relación a nuestro propósito, resulta la Sección Segunda de la Comisión. Esta Sección tiene asignada la función de velar por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información en los términos previstos en los artículos 8 y concordantes de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. La función específica de salvaguarda de los derechos en el entorno digital está llamada a desempeñar un papel de primer orden en este ámbito de protección. La Comisión, en el procedimiento de restablecimiento de la legalidad correspondiente, podrá adoptar medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que los vulnere: aunque siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Las medidas, con el objeto de asegurar el cese de la vulneración y evitar la reanudación de la misma, podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor (art. 195.4 LPI).

Se encuentran **legitimados para instar el inicio del procedimiento** los titulares de los derechos de propiedad intelectual que se consideren vulnerados o las personas que tuvieran encomendado el ejercicio de aquellos derechos o la representación de tales titulares. Es el caso, desde luego, de las entidades de gestión. La denuncia debe acompañarse de una prueba razonable del previo intento de requerimiento de retirada infructuoso al servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor. Este requerimiento, en el que se debe haber solicitado la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización, es suficiente que se dirija a la dirección electrónica que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo. Y si el prestador de servicios no facilita una dirección electrónica válida no será exigible el intento de requerimiento previsto (art. 195.3 LPI).

El procedimiento se inicia frente al responsable del servicio de la sociedad de la información en el que concurren ciertas características. Se fortalece así la posición de la Comisión de Propiedad Intelectual en la persecución de grandes infractores que causan daños significativos, cuantitativa o cualitativamente, a los derechos de propiedad intelectual. Incluye expresamente en su ámbito de aplicación, además, a los prestadores de servicios que vulneren derechos de propiedad intelectual de forma significativa, facilitando la descripción o localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica (no afectando, por tanto, a los prestadores que desarrollen actividades de mera intermediación técnica; así, por ejemplo, una actividad neutral de motor de búsqueda de contenidos). Dispone la Ley que, *«(...) en particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio»* [art. 195.2.b) LPI]. Para entender que un prestador de servicios vulnera estos derechos de forma significativa se atenderá, entre otros criterios, al nivel de audiencia en España, al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio [art. 195.2.a) LPI].

La suspensión que se acuerde, sea como fuere, podrá dirigirse a los servicios de intermediación de la sociedad de la información. Queremos decir que el legislador prevé, ante la falta de retirada voluntaria por el infractor, que la Comisión pueda requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad. Se les requerirá, por tanto, para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor. Adviértase, en todo caso, que la ejecución de esta medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 195. 5 LPI).

La probable entidad de las medidas de colaboración parece justificar la autorización judicial. El legislador obliga a que la Sección Segunda de la Comisión valore la posible efectividad de medidas de colaboración dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. Y el bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance. Es claramente una opción legal por la aplicación del bloqueo técnico cuando resulte proporcionado y necesario para alcanzar el fin de restablecimiento de la legalidad perseguido. También se refiere que en el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio, que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses (art. 195.5 LPI).

El procedimiento administrativo descrito puede suponer que estos prestadores de servicios sean **sancionados administrativamente** en el caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada efectuados por la Comisión. Se prevé expresamente que el incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, que resulten de resoluciones finales adoptadas conforme a lo previsto, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información, constituirá desde la segunda vez que dicho incumplimiento tenga lugar, inclusive, una infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros. Especial énfasis se pone igualmente en la reanudación de actividades ilícitas con posterioridad: es decir, *«(...) el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos»*. Y se refuerza el sistema doblemente: porque igual trato tendrán *«(...) los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora»*; y porque *«La reanudación por dos o más veces de actividades ilícitas por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información también se considerará incumplimiento reiterado a los efectos de este apartado»* (art. 195.6 LPI).

Otros efectos pueden derivarse del propio procedimiento administrativo como consecuencia de la comisión de infracción. Estarán supeditados a su debida justificación de acuerdo con la gravedad y repercusión social de la conducta infractora. Es el caso de la publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado, en el «Boletín Oficial del Estado», en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador durante un periodo de un año desde la notificación de la sanción, una vez que aquella tenga carácter firme, atendiendo a la repercusión social de la infracción cometida y la gravedad del ilícito. Y, finalmente, el cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año (otra vez contemplando

la eventualidad de requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad: ordenándoles que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor) (art. 195.6 LPI).

Una última consideración resulta de interés respecto al procedimiento administrativo que comentamos: las resoluciones dictadas por la Sección Segunda ponen fin a la vía administrativa; y, obviamente, el procedimiento se desarrollará sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que puedan ser procedentes (art. 195.3 y 7 LPI).

III. LA PRÁCTICA JUDICIAL RECIENTE SOBRE LA MATERIA: UNA MAYOR SENSIBILIDAD

Vamos a dar cuenta ahora de lo sucedido en las recientes sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018 y del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017. También de algunas otras sentencias que le preceden. Son supuestos vinculados a descargas ilegales mediante programas de intercambio de archivos, pero cada uno con su propia singularidad.

Cualquier análisis que se pretenda, a nuestro juicio, deberá partir de la concreción del funcionamiento de tales programas de intercambio de archivos. Debemos señalar, en este sentido, que son muy variadas las **prácticas que pueden realizarse en internet** y que potencialmente tienen una incidencia significativa en los derechos de propiedad intelectual. Son recurrentes las siguientes, pero siempre a riesgo de quedar obsoleta cualquier enumeración que se pretenda. Es el caso del *browsing* o navegación, el *caching*, los enlaces o vínculos y, precisamente, el *Peer to Peer* (P2P)¹⁰.

El *browsing* se identifica con la navegación por la red. Estos desplazamientos por la web tienen el propósito de buscar y consultar información. Parece razonable pensar que la simple consulta o lectura no atentaría contra los derechos de propiedad intelectual, aunque ciertamente en nuestro ordenador tendría lugar una reproducción. Pero esta reproducción debe considerarse provisional a los efectos de la exención prevista en el art. 31.1 LPI: es decir, que «*No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18, que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar*

¹⁰ Vid. ESCRIBANO TORTAJADA: «La responsabilidad civil por infracción de los derechos de autor en Internet: estado de la cuestión» en *La propiedad intelectual en la era digital*, Madrid, 2016.

bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiendo por tal la autorizada por el autor o por la ley».

El *Caching* consiste en almacenar las páginas webs que visitamos, existiendo en nuestro ordenador una memoria donde se almacenan las páginas web que ha visitado el usuario. Igualmente podría considerarse un acto de reproducción provisional en el sentido de la excepción prevista en el art. 31.1 LPI.

El *enlace o vínculo* introducido en una página web en internet es altamente controvertido. Habrá que diferenciar, como mínimo, las situaciones en las que se remite al usuario a un sitio web de internet en el que se encuentra alojada una obra que ha sido colgada por el propio titular: porque podría entenderse una aceptación implícita de los eventuales enlaces que pudieran producirse. Es muy discutible, en cualquier caso, si la incorporación de un enlace debe considerarse un acto de reproducción y/o de comunicación pública.

El *Peer to Peer (P2P)* es un sistema de intercambio de archivos entre usuarios de la red a través de programas específicos que lo permiten. La propia estructura del sistema comporta la reproducción y comunicación pública de obras que pueden estar protegidas. Y no puede sostenerse, a nuestro juicio, que la descarga del archivo digital de que se trate pueda considerarse una copia privada. Eso sería desconocer que el sistema, por su propia naturaleza, supone la puesta de la obra copiada a disposición de los demás participantes del sistema. El archivo, que queda en nuestro disco duro, podrá ser copiado por otros usuarios sin contar con la autorización del titular de la obra. Todo parece indicar, en consecuencia, que nos situamos en el terreno de la reproducción y comunicación pública¹¹.

Sobre este sistema de intercambio, que es claramente un cauce idóneo y recurrente para las descargas ilegales, se han pronunciado ya algunas sentencias muy relevantes¹². Lo han hecho incluso a propósito una pretendida responsabilidad intelectual indirecta de los titulares de páginas webs que permiten enlaces a tales programas o en relación a quienes proporcionan el software necesario. La **sentencia de la AP Madrid de 31 de marzo de 2014** destaca que «(...) los protocolos “Peer to Peer” (o P2P) permiten la conexión entre ordenadores y con ello el que diversos sujetos puedan compartir contenidos. La evolución de dichos protocolos ha sido, a medida que el avance tecnológico lo ha permitido, hacia la descentralización, de modo que ya no precisan de un servidor central que actúe

¹¹ Vid. SÁNCHEZ ARISTI: *El intercambio de obras protegidas a través de plataformas peer-to-peer*; Madrid, 2007. Particularmente interesante PEQUERA POCH: «Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio web elrincondejesus)», *La Ley* 4339/2010. Otro tanto sucede con XALABARDER PLANTADA: «La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, 2006, 2.

¹² Es muy provechosa la lectura de ROBLES LATORRE: «La regulación legal de intercambio de ficheros en las legislaciones comunitaria, europea y española», *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, O’Callaghan (Coord.), Madrid, p. 196 y ss.

de interconexión, sino que la tecnología permite que a través de un programa informático los ordenadores de los usuarios se conecten directamente entre sí, a modo de una red, y puedan acceder a los contenidos que los demás conectados al sistema tienen almacenados para derivarlos hacia el disco duro del propio ordenador; cada usuario puede funcionar así como cliente y como servidor a un tiempo».

No se prejuzga, desde luego, la ilegalidad del uso que pueda darse a este sistema, porque *«la realización de dichos intercambios de archivos entre particulares constituye una actividad perfectamente lícita en la medida en que los que sean objeto de transferencia no estén sujetos a derechos exclusivos de tercero o se cuente con la autorización de éste»*. Aunque, sigue señalando la sentencia de la AP Madrid de 31 de marzo de 2014, *«(...) el intercambio entre usuarios de Internet de archivos que estén amparados por derechos de propiedad intelectual, si no se cuenta con la autorización del titular de los mismos, entraña una infracción de aquéllos»*.

Repárese, no obstante, en que la Audiencia desestima la demanda porque los demandados no son usuarios que actúen de la forma descrita, sino que *«(...) se trata de los creadores y distribuidores del software de intercambio de archivos y (...) lo que ellos lanzan al mercado son programas informáticos que permiten poner en marcha protocolos “Peer to Peer” de tipo descentralizado, de modo que no tienen intervención alguna en el intercambio de archivos que pueden realizarse directamente entre los usuarios de dichas herramientas tecnológicas»*. Pero tratándose de un usuario, lo que no es el caso litigioso, la infracción se cometería *«(...) por inmiscuirse en la órbita de los derechos exclusivos de explotación que incumben al titular de los mismos (art. 17 LPI), en concreto, el de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición del público de forma interactiva de las obras (art. 20 LPI, párrafo 2, apartado i) y art. 116 del mismo cuerpo legal en lo que respecta a los productores de fonogramas), de modo que se confiere la posibilidad de acceder a ellas vía Internet a voluntad del que esté interesado, y el de reproducción (art. 18 LPI, con carácter general, y art. 115 en lo que atañe a los productores de fonogramas), por la realización no consentida de copias digitales de las obras protegidas, sin que ello lo ampare el límite de copia privada (art. 31.2 LPI), pues su vocación es la de la utilización colectiva de esas copias, que además, en muchos casos, se realizan precisamente a partir de un ejemplar ilegítimo»*.

En el mismo sentido, aunque ahora sobre la infracción por un usuario, se había ya pronunciado la **sentencia de la AP Barcelona de 18 de diciembre de 2013**. La sentencia, de hecho, declaraba que un usuario de un programa de intercambio de archivos entre particulares (P2P) ponía a disposición de otros usuarios miles de archivos sonoros que contenían grabaciones musicales. Declaró la sentencia, por esta razón, que se infringían los derechos de propiedad intelectual que correspondían a las compañías discográficas demandantes. Lo singular de este litigio es que el titular de los derechos de propiedad intelectual, al desconocer la per-

sona que se encontraba detrás de un nombre de usuario, ejerció una acción de cese de actividad ilícita contra el intermediario del que se valía este tercero para infringir derechos de propiedad intelectual. La dirección IP permitía conocer la compañía que prestaba el servicio de acceso a internet y que resultó demandada. Los arts. 138 y 139.1.h) LPI reconocen legitimación pasiva a los intermediarios o prestadores de servicios a terceros siempre que la actividad realizada por el usuario sea infractora y aunque el intermediario esté exento de responsabilidad: *«El cese de la actividad ilícita puede comprender: (...) la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico»* (art. 139.1.h) LPI)¹³.

La **sentencia de la AP Barcelona 7 de julio de 2011** también se pronuncia sobre la ilicitud del uso de los programas de intercambio (P2P) para efectuar descargas ilegales por un usuario. Pero lo hace, precisamente, para distinguirlo del supuesto en examen. El caso enjuiciado es el de un titular de una página web que permite el enlace a tales programas. Y no condena al demandado en el caso particular por ser un supuesto diferente al de la descarga directa: *«(...) el sitio web índice-web.com ofrece exclusivamente enlaces para descargas en redes P2P —u otros sitios web—, sin almacenar ningún tipo de contenidos audiovisuales y sin intervenir en las transmisiones realizadas en las redes P2P, y de que, teniendo en cuenta el concepto legal de reproducción (...) y de comunicación pública, puede decirse que la labor de enlazar sin intervenir en la descarga no entra dentro del núcleo de lo que constituye reproducción (del artículo 18 LPI, «se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o de parte de ella»)* ni comunicación pública, esta última en la modalidad concreta denunciada en la demanda, del artículo 20.2.i) LPI, según el cual son actos de comunicación pública *«la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija»*. El sitio web del demandado facilita u orienta a los usuarios de internet la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P, pero en nuestro derecho ese favorecimiento no constituye ni reproducción ni puesta a disposición de la obra». En definitiva, el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la «puesta a disposición» como acto de comunicación pública.

¹³ La Directiva 2001/29, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, dispone en su art. 8.3 que *«Los Estados miembros velarán por que los titulares de los derechos estén en condiciones de solicitar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor»*.

Otro supuesto extraordinariamente relevante, y que precede al anterior, es el planteado en la **sentencia de la AP de Barcelona de 24 de febrero de 2011**. Las incertidumbres son notables, porque realmente existen al menos tres tipos de enlaces en internet que permitirían realizar descargas por los usuarios. Estas descargas, como indica la Audiencia, pueden ser o no directas. Habría que distinguir, por tanto, los enlaces que dirigen a archivos P2P; los que dirigen a archivos en *streaming*; y, finalmente, los que suponen una descarga directa, a través de los propios servidores del demandado o de servicios de almacenamiento *online*.

La sentencia, en clara anticipación de la doctrina citada, estima que la facilitación a través de una página web de **enlaces a una red P2P** no supone la existencia de actos de reproducción o comunicación de obras protegidas. Sostiene, por lo tanto, que *«(...) el titular de una página web que facilita el enlace para la descarga no autorizada de contenido protegido en una red P2P, aunque contribuye indirectamente a la infracción de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos, no puede afirmarse que los lleve a cabo directamente. De esta forma, el titular de la web de enlaces no lleva a cabo una reproducción no autorizada, pues se limita a suministrar el enlace, y a la vez, tampoco ofrecer el enlace supone un acto de puesta a disposición del archivo, de manera que no cabe apreciar un acto de comunicación pública en el sentido del art. 20.2 i) TRLPI»*.

La sentencia, no obstante, sí declara la ilicitud de la conducta del demandado, consistente en realizar actos de comunicación pública de obras musicales incluidas en el repertorio de la actora al permitir su **descarga directa** a través de la página web de la que es titular. Y se condena al demandado, en consecuencia, al pago de una indemnización, en concepto de canon digital por comunicación pública de obras protegidas y por gastos generados por la investigación. Respecto al *streaming*, que permite la reproducción del contenido de un archivo sin descargarlo en el disco duro, la Audiencia considera que estos actos suponen una comunicación pública de acuerdo con el artículo 20.2 i) LPI, sin que importe el lugar de almacenamiento de la obra. Pero no condena al demandado porque los hechos no habían sido expuestos en la demanda.

Realmente, a nuestro juicio, en cualquiera de estas hipótesis (en abstracto: páginas web con enlaces que dirigen a archivos P2P; que dirigen a archivos en *streaming*; así como la inclusión de enlaces a servidores de descarga directa —propios del demandado o externos a servicios de almacenamiento *online*—) **habría razones más que suficientes para entender que estamos, en su caso, ante una infracción de los derechos de propiedad intelectual por un acto de comunicación pública del administrador de la web**. No debería interpretarse de otro modo el art. 20.2. i) LPI, en tanto que *«especialmente»* será un acto de comunicación pública «la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». Y no pretendemos con esto negar las bondades del uso de tales medios de difusión y comunicación. Pero, desde luego, debe hacerse con otros fines distintos a los de la vulneración

de los derechos de propiedad intelectual de terceros. **Que tales actuaciones no se consideren «puesta a disposición del público» resulta una ficción completamente alejada de la realidad.** No debiese ser necesario insistir en que «*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*» (art. 7.1 Código Civil). Tampoco que «*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*»; y que «*Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*» (art. 7.2 Código Civil). La existencia de un acto de comunicación público, mediante la puesta a disposición del público de obras, no puede negarse en estos casos: porque «*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*» (art. 3.1. Código Civil).

Será difícil, en cualquier caso, que tales conductas de los titulares de estas páginas web queden en el futuro sin reproche cuando pueda acreditarse la vulneración de los derechos de propiedad intelectual por parte de los usuarios finales. La redacción actual del art. 138 LPI, desde la reforma introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, parece facilitarlo ahora considerablemente. Porque, como hemos mencionado anteriormente al describir el régimen jurídico vigente, «*(...) Tendrá también la consideración de responsable de la infracción quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor (...)*». **Es sabido que muchos de los titulares de estas páginas web, que además reciben compensaciones económicas de diversa índole, tienen igualmente un interés manifiesto en la conducta infractora que acaban realizando los usuarios. Su interés económico está muy vinculado a la recurrencia de las visitas de la página que realicen los usuarios, sin que sea posible sostener que desconocen la conducta infractora o que, al menos, no cuentan con indicios razonables para conocerla.** Y esto es precisamente inducir: «mover a alguien a algo», que es la descarga ilegal, o «darle motivo para que lo haga».

Conviene ahora, como dijimos, tener muy en cuenta los términos exactos en los que se producen los distintos litigios y las cuestiones más controvertidas en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018 y del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017.

La sentencia del **Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017** es representativa de una determinada posición sobre la cuestión. Anticipamos ya, en parte por las reflexiones expuestas anteriormente,

que no la compartimos: porque una sentencia de este tenor, ante una realidad de vulneración de sus derechos tan extendida como indudable, dejaría indefensos a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Esta sentencia se plantea **si se puede imputar un acto de comunicación pública al usuario de una red P2P en su modalidad de puesta a disposición**. Se produce en el ámbito de un juicio verbal sobre propiedad intelectual. La actora, titular de los derechos que se dicen vulnerados, considera que el demandado ha incurrido en una infracción de la normativa sobre propiedad intelectual al «poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta» un fichero correspondiente a una película protegida mediante un programa Cliente P2P en una fecha y hora determinados y desde una concreta IP de la que es titular. Solicitaba, por esta razón, que se condenase al demandado a abonar a la actora la suma de 475 euros de principal más los intereses legales de demora que procediesen. La cantidad reclamada se basaba en el art. 140.2b) de la LPI y el art. 13b) de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Ciertamente, como indica la sentencia, el demandante no precisa los preceptos que se consideran infringidos con los hechos relatados en la demanda. Pero el principio *«da mihi factum, dabo tibi ius»*, sin embargo, le permite entender que el fundamento de su petición reside en la infracción del derecho de comunicación pública del art. 20.2 LPI en su modalidad de puesta a disposición. El art. 17 LPI regula, como sabemos, el Derecho exclusivo de explotación y sus distintas modalidades: de tal manera que *«corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley»*. El derecho de comunicación pública se concreta en el art. 20.1 LPI, entendiéndose por comunicación pública *«(...) todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas»*. Y se considera especialmente un acto de comunicación pública *«la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija»* [art. 20.2.i) LPI].

La oposición de la demandada se fundamenta en una doble argumentación. Así, en primer lugar, indica que *«No ha descargado ni ha compartido la obra objeto de este procedimiento ni ninguna otra; el titular de la dirección IP no tiene porqué ser el usuario de la red que realiza una acción a través de internet, sino que simplemente es la persona que contrató la línea por medio de la cual dicho usuario habría explotado el derecho de propiedad intelectual; en segundo lugar, que «La parte actora le demanda no como titular de la línea de internet, sino como autor de la infracción, sin que haya acreditado que sea así»*.

La sentencia, reconociendo las importantes dudas de hecho y de derecho que plantea la cuestión —que determinarán la falta de condena en costas— desestima la demanda presentada: ¿pero cuáles son las razones?

Para el juzgador, en primer lugar, «(...) resulta forzada la calificación de comunicación pública en las redes de intercambio de archivos». Para nosotros, en cambio, lo que resulta forzada es su propia argumentación a la hora de interpretar este asunto. Señala la sentencia, al explicar el funcionamiento de esos sistemas, que: *«La subida de datos a partir de los programas P2P se produce de forma automática por la propia configuración del programa. Si quieres bajar obras, tienes que subirlas. Esto ocurre por defecto sin que se requiera el conocimiento o la voluntad del usuario (...) La actora considera ilegal el uso del programa P2P en que supone poner a disposición o difundir obras protegidas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta puesta a disposición puede producirse sin que exista un comportamiento activo por parte del usuario para que así ocurra, e incluso puede que con su total ignorancia o deseo, es indiferente (...) la misma expresión «puesta a disposición» parece exigir un determinado comportamiento activo volitivo por parte del que «comunica públicamente».* Es difícil entender que existe este comportamiento sin saberlo o sin quererlo. Para que exista esa comunicación deben existir actos positivos que tiendan a ella. El comunicador promueve de forma activa esa difusión». Y por estas razones, a su juicio, *«(...) Para entender un acto como de comunicación pública, del cual la puesta a disposición no es sino una manifestación, lo determinante es la finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público. Si esos elementos subjetivos no son determinantes, es difícil admitir que existía un propósito de difundir la obra y que además hubo una serie de actos positivos que tendían a ello, y es algo que no se puede entender que ocurre de forma generalizada en el mero hecho de instalarte un programa P2P o de descargarte una película que irá a parar a un directorio compartido».*

Otro argumento que esgrime la sentencia para negar que existe un acto de comunicación pública es la ausencia de lucro alguno relevante en quien realizase la conducta infractora: *«(...) en el caso del usuario concreto no hay un componente lucrativo, más allá del ahorro del precio de venta al público de una obra, insignificante desde el punto de vista de la amplitud que exige un acto de comunicación pública».* Y vuelve a negar una comunicación pública, porque *«tampoco hay una comunicación pública en sentido estricto, en el sentido de acceso simultáneo de una pluralidad de personas a la obra, ni hay, per se, una prueba de una conducta deliberada, es decir, de un dolo al menos por conocimiento de que la utilización del programa permite a otros usuarios de número indeterminado acceder a su disco duro y descargarse lo que figura en la carpeta compartida que configura el programa y ello no cabe inferirlo de la simple utilización del programa, sin una individualización del caso concreto, por cuanto es de suponer que hay un gran número de usuarios que conocen estos programas simplemente como de descarga de archivos, obviando que también es de compartimento de los mismos»*¹⁴.

¹⁴ La sentencia invoca expresamente, y de un modo sorprendente —porque debería conducir a un resultado bien distinto— la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia comunitario a propósito del concepto de comunicación al público en el sentido del art. 3, apartado primero, de la Directiva 2001/29. Así la STJUE de 14 de junio de 2017 analiza, en particular, la actividad de los proveedores de acceso a Internet (Ziggo y XS4ALL). Tales proveedores ponen a disposición de sus abonados

No podemos estar de acuerdo. Para nosotros el propósito de difundir la obra es indudable. La finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público es consustancial al siste-

una plataforma de intercambio en línea TPB, un índice o protocolo BitTorrent: en virtud del cual los usuarios, conocidos como «pares» o «peers», pueden intercambiar ficheros libremente. El Tribunal valora si la «comunicación pública» comprende este supuesto: esto es, la puesta a disposición y la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, indexando metadatos relativos a obras protegidas y proporcionando un motor de búsqueda, permite a los usuarios de esa plataforma localizar las obras e intercambiarlas en una red entre pares (peer-to-peer). Se refiere la exigencia de una apreciación individualizada de acuerdo con la *sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15*, EU:C:2017:300: Transcribe literalmente lo siguiente: «24 Del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 resulta que el concepto de “comunicación al público” asocia dos elementos cumulativos: un “acto de comunicación” de una obra y la comunicación de ésta a un “público” (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 29 y jurisprudencia citada).

25 Para apreciar si un usuario realiza un acto de “comunicación al público” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, deben tenerse en cuenta varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Por consiguiente, procede aplicarlos tanto individualmente como en sus interacciones recíprocas, bien entendido que, en las diferentes situaciones concretas, pueden darse con intensidad muy variable (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU: C: 2017:300, apartado 30 y jurisprudencia citada).

26 Entre estos criterios, el Tribunal de Justicia ha subrayado, en primer término, el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención. En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU: C: 2017: 300, apartado 31 y jurisprudencia citada).

27 A continuación ha precisado que el concepto de “público” se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU: C: 2017: 300, apartado 32 y jurisprudencia citada).

28 El Tribunal de Justicia también ha recordado que, según reiterada jurisprudencia, para ser calificada de “comunicación al público”, una obra protegida debe ser comunicada con una técnica específica, diferente de las utilizadas anteriormente, o, en su defecto, ante un “público nuevo”, es decir, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial de su obra al público (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 33 y jurisprudencia citada).

29 Por último, el Tribunal de Justicia ha subrayado en numerosas ocasiones que el carácter lucrativo de una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 no carece de pertinencia (sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU: C: 2017: 300, apartado 34 y jurisprudencia citada).

30 En lo que atañe, en primer lugar, a la cuestión de si la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal constituye un “acto de comunicación” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, procede señalar que, según se desprende del considerando 23 de la Directiva 2001/29, el derecho de autor de la comunicación al público al que se hace referencia en el artículo 3, apartado 1, incluye cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión.

31 Además, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, para que exista un “acto de comunicación” basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que elijan, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, apartado 36 y jurisprudencia citada)».

ma. Todo programa de P2P, por ejemplo, tiene una columna donde indica la velocidad y cantidad de información que estás subiendo/compartiendo a la vez que te lo estás descargando. Y es por ello que muchos usuarios buscan simetría en su conexión a internet; es decir, altas velocidades de descarga y de subida: pues cuanto más compartes más rápido te descargas. Esto puede leerse, además, en múltiples blogs sobre el sistema de P2P accesibles desde cualquier buscador. La propia visualización del programa (y, en su caso, de las páginas desde donde obtienes el archivo con la información de descarga/compartir) hacen poco creíble el desconocimiento del sistema por el usuario medio. Otra cosa bien distinta es que se pueda probar en el caso concreto si el titular de la IP es quien ha sido el usuario que ha realizado la infracción; o que, como sucede en el litigio en examen, que no se invocara expresamente la inducción o la cooperación con la conducta infractora del art. 138.2 LPI (lo que creemos que no debiera ser óbice, en todo caso, para condenarlo: de hecho, el propio demandado afirma que se le demanda como «autor de la infracción» y no pueden desconocerse los términos del art. 138.2 al referirse al inductor o cooperador como «responsable de la infracción»). Pero el sistema es más que idóneo para una comunicación pública reproachable desde el punto de vista de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual de que se trate.

Creemos, a nuestro juicio, que debería haberse condenado al titular de la IP: sobre todo si valoramos la responsabilidad que como titular debiese corresponderle. Es aquí donde la sentencia vuelve a errar. Porque en el centro del debate se situará pronto de manera principal la delimitación del ámbito de responsabilidad del titular de una IP. La sentencia sostiene, no sin faltándole razón en este punto, que: *«(...) debemos de entrar a analizar si basta con la acreditación de que el demandado es titular de la dirección IP para entender acreditado que es usuario infractor y si es necesario una prueba adicional; del mismo modo, debemos de analizar si basta con alegar que no se ha cometido la infracción para romper la presunción establecida por la actora de que el titular de la dirección IP es el infractor»*. Pero la sentencia plantea inmediatamente después un juego de presunciones un tanto particular cuando menos. Se entiende, a su juicio, que la invocación del art. 138.2 LPI *«(...) supondría, (...) aplicado al caso que nos ocupa, una inversión de la carga de la prueba, de modo que, acreditado que una determinada persona es el titular de una dirección IP, dado que podría ser responsable tanto en concepto de autor de la infracción, como de inductor; como de facilitador en sentido amplio (pues así puede entenderse a quien abona el coste de la conexión a internet de la que otro se favorece para cometer materialmente la infracción), le correspondería a él no sólo alegar que no es el infractor; sino aportar un mínimo material probatorio de que tomó las medidas necesarias para que, con la conexión a internet de la que es titular tampoco cometió la infracción un tercero»*. Y se considera que *« (...) dado que lo que la parte demandada alega como motivo de oposición es un hecho negativo, tampoco puede exigírsele más prueba que la de facilitar una duda razonable en orden a la presunción exorbitante que se realiza en la demanda»*.

Es aquí donde la resolución es especialmente sorprendente: porque, para nosotros, que el demandado alegue una serie de circunstancias (la posible utilización por miembros de su familia, por invitados a la casa o una utilización de la conexión wifi por un tercero) no debería llevar a afirmar que *«(...) se debe de asumir que bajo una misma línea y dirección IP puede actuar no sólo el titular sino otras personas y, además, puede ser objeto de utilización no autorizada por un tercero»* y que, en consecuencia, *«Nos podríamos entonces encontrar con una atribución de responsabilidad a un titular de línea por actos de un tercero»*. **Pues precisamente se trata de eso: de atribuirle responsabilidad, en su caso —y como mínimo—, por actos propios y de un tercero. Ese es el sentido, y no otro, del art. 138.2 LPI.** No olvidemos que la wifi ya de por sí tiene una contraseña cifrada desde que se recibe por la distribuidora: y, si bien existen programas para descifrar estas contraseñas por un tercero, también existen programas o software de monitorización que controlan todo el consumo de datos de la red y pueden impedir que un tercero entre la red. **El titular de una IP debe ser el responsable, hasta donde sea razonable, del uso de la misma. La razonabilidad debe medirse con el tiempo social. Así ya está sucediendo en otros países (por ejemplo, EEUU, Alemania y Finlandia). A buen seguro, por tanto, se generalizará en breve el uso de estos programas de monitorización en España: carga que en última instancia recaerá sobre el titular de una IP.**

IV. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.º 7 DE VITORIA DE 10 DE MAYO DE 2018 Y DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE BILBAO DE 5 DE ENERO DE 2018: UNA TENDENCIA FAVORABLE A LOS TITULARES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

En esta tendencia favorable a los titulares de derechos de propiedad intelectual se inscriben las recientes sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018 y del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 5 de enero de 2018.

La sentencia del **Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de 5 de enero de 2018**, se pronuncia ante un supuesto en el que se demanda al titular de una dirección IP porque, según el demandante, se ha utilizado la misma para realizar una *«actuación no autorizada consistente en poner a disposición o difundir de forma directa o indirecta una película protegida mediante un programa cliente P2P vulnerando la LPI»*. Se le reclama también, como consecuencia de la infracción, 475 euros en concepto de daños y perjuicios. Invoca los preceptos de la LPI y el art. 13.b) de la *Directiva 2004/48*, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. El demandado se opuso a la demanda esgrimiendo dos argumentos: primero, que no es autor material de la descarga; y, segundo, que tampoco debe responder por los actos de un tercero de acuerdo con el art. 138 LPI.

Como muy bien indica la sentencia, lo que resulta de la mayor importancia, no ha sido discutido en el procedimiento que la obra cinematográfica fuese descargada utilizando la dirección IP del demandado. Tampoco que dicha descarga, realizada mediante un programa de intercambio de archivos P2P y un software específico, es ilegal por infringir el derecho exclusivo a la explotación de la obra que corresponde al autor (art. 2 LPI); y, más concretamente, por la falta de autorización para su «reproducción» (art. 18 en relación con el 31.2.c) y para su «comunicación pública» (art. 20). Ya hemos expuesto, en este sentido, las dudas que pudiera suscitar esta cuestión.

Para nosotros la sentencia es ejemplar en la defensa debida de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a sus titulares. Y la fundamentación, a nuestro juicio, es impecable en todos sus extremos. No puede ser más directa y mejor pertrechada, destacando tres esferas de reflexión muy a tener en cuenta. Así, en primer lugar, que el demandado *«(...) siendo el titular de la línea IP debe considerarse acreditado que es el autor material de la infracción»*. No es suficiente ya, permítasenos la expresión, negar la mayor. Se aleja en este punto, por tanto, del criterio gris de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 2 de noviembre de 2017. Se proporciona ahora una interpretación razonable de la *facilidad probatoria* en la distribución de la carga de la prueba conforme al art. 217 LEC: es decir, que: *«El demandado niega que haya sido autor de la descarga ilegal. Dice, con razón, que no ha quedado demostrado en el pleito quién fue dicho autor material, y que no es suficiente la titularidad de la conexión a internet para su identificación (...) Pero el hecho de que sea titular de la conexión a internet le traslada a él la carga de alegar y probar quién pudo haberlo hecho (alguien de su entorno, un sabotaje de la línea, por ejemplo). Es el demandado, titular de la línea, quien tiene la facilidad probatoria (art. 217 LEC). Si se obligase al propietario de la obra a probar quién fue el autor material de la descarga se le estaría abocando a soportar los resultados negativos de una prueba diabólica, lo que le dejaría en la gran mayoría de los casos indefenso ante la piratería de su obra (...) Y, en este caso, el titular de la línea no ha alegado ni probado argumento o dato alguno que haga dudar de su autoría. Se ha limitado a afirmar (i) que la carga de la prueba de la autoría material de la descarga corresponde a la propietaria de la película: lo que, como se ha dicho, no puede ser compartido; y (ii) que la red wifi, al ser una red abierta, pudo ser utilizada por cualquiera: pero sin aportar elemento probatorio alguno que demuestre que así ha sido»*.

El segundo ámbito de reflexión es el que tiene que ver con la interpretación concreta que ha de darse al art. 138 LPI en estos supuestos. Declara la sentencia que: *«El art. 138 de la LPI responsabiliza de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, no solo al autor material de la vulneración, sino también “a quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla” (...). En este caso, el abono del coste de la conexión doméstica a internet ya supone una cooperación con el infractor, y es razonable pensar que la descarga ilegal de películas deja indicios razo-*

nables en el ámbito doméstico para que el titular de la línea pueda conocer que a través de ella se están cometiendo conductas infractoras, lo que le hace también responsable». Y realmente, para nosotros, no puede obviarse que el art. 138 LPI amplía el ámbito de responsabilidad ante infracciones de este tipo; o, si se quiere, amplía el ámbito de los responsables de la infracción. Lo que evidentemente podrá determinar una acumulación de responsabilidades muy interesante frente eventuales litigios: el autor material de la infracción y quien de algún modo la induzca, coopere o controle. Todos serán responsables solidarios de la infracción.

Concluye la sentencia, en este particular sobre la delimitación de responsabilidades, que *«(...) acreditada la piratería de la obra cinematográfica a través una conexión a internet, el titular de la línea de internet a través de la cual se han descargado ilegalmente las películas cinematográficas debe responder como autor y como responsable de los daños y perjuicios causados al titular de los derechos, salvo que alegue y pruebe argumentos o datos que pongan en duda su responsabilidad. De otra forma, los derechos de autor siempre se verían vulnerados, al exigir al demandante una prueba diabólica sobre la autoría material de la descarga».*

Y el tercer ámbito de reflexión que encontramos en la sentencia es el relativo a la cuantificación de los daños y perjuicios causados por la descarga ilegal de la película. Ya hemos referido en su momento que el art. 140.2 LPI plantea la elección del perjudicado como elemento determinante en la fijación de los daños y perjuicios, materiales y morales, causados al autor de la obra. Esta elección deberá hacerse conforme a alguno de los criterios que se proponen. La parte demandante reclama la suma de 475 euros invocando la previsión del art. 140.2.b) LPI: es decir, la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Pero lo cierto es que, como indica la sentencia, no aporta dato alguno que apoye su pretensión económica. Otro tanto sucede con la demandada, que sólo niega su responsabilidad y pide la desestimación de la demanda. El juzgado de lo mercantil, en este sentido, resuelve que: *«Teniendo que cuenta que, por una parte, no puede entenderse este procedimiento civil como una respuesta punitiva a la infracción, pero que, por otro lado, tampoco deben favorecerse las conductas infractoras, sancionando con una escasa cuantía el ilícito civil cometido, debe fijarse el importe de la indemnización en la suma de 150 euros, comprensivos de lo que hubiese tenido que pagar el infractor por la descarga lícita de la película y los gastos derivados de la reclamación judicial: informes periciales previos, diligencias preliminares para la obtención de las direcciones IP y reclamaciones extrajudiciales, con exclusión de las costas de este pleito sometidas a un régimen legal específico».* La estimación parcial de la demanda, en este último punto, conlleva que no sean impuestas las costas procesales a ninguna de las partes (art. 394 LEC).

La última de las sentencias sobre la que deseamos llamar la atención es la del **Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Vitoria de 10 de mayo de 2018**. Vuelve a incardinarse en una tendencia muy favorable a la protección en línea de los derechos de propiedad intelectual. El demandante, también en esta ocasión, ejercita una acción de reclamación de cantidad por infracción de sus derechos de propiedad intelectual. Reprocha al demandado la puesta a disposición o difusión, de forma directa o indirecta, de un determinado fichero correspondiente a una película mediante un programa P2P desde la IP de la que es titular. El demandado se opone alegando, básicamente, que la titularidad de la IP no acredita que haya cometido infracción de los derechos de propiedad intelectual. Tampoco que pueda imputársele la responsabilidad del art. 138 LPI, al no invocarse en la demanda de responsabilidad por culpa o que se esté obligado a responder por actos de tercero. El litigio, en consecuencia, se plantea en idénticos términos del que fue objeto en la sentencia anterior del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, de 5 de enero de 2018.

Adviértase que no se discute en el procedimiento lo que ya resultó de las diligencias preliminares practicadas: esto es, que en la dirección IP existe el fichero almacenado mediante un programa P2P, siendo titular de la conexión a internet a la que se asocia la IP el demandado. Las cuestiones estrictamente jurídicas que se plantean, de acuerdo con la sentencia, son las siguientes: si puede considerarse un acto de comunicación pública del art. 20.2.i) LPI el funcionamiento de la herramienta P2P, al compartir el archivo que el usuario descarga y almacena en su ordenador; si, en segundo lugar, se podría imputar la conducta infractora al titular de la IP.

La sentencia, para dar respuesta a tales interrogantes, sitúa en un primer plano la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2017 (TJCE 2017, 96). Esta sentencia, como hemos descrito en otro momento de este trabajo, plantea un supuesto distinto al ahora controvertido. Pero con una identidad suficiente a los efectos que se pretenden. Propugna, de este modo, una interpretación amplia del concepto de comunicación al público. Señala, particularmente, que *«Recuerda el TJUE que conforme a los considerandos 9 y 10 de la Directiva 2001/29, la norma tiene como principal objetivo la instauración de un nivel elevado de protección en favor de los autores, de manera que el concepto de “comunicación al público” debe entenderse en un sentido amplio, como por otra parte establece expresamente el considerando 23 de dicha Directiva»*.

Se considera que el **«acto de comunicación al público»** de un usuario exige la concurrencia de varios criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes unos de otros. Se refiere así, en primer lugar, al «papel ineludible del usuario y el **carácter deliberado de su intervención**». A su juicio *«(...) No resulta tan problemático el elemento de la voluntariedad y el conocimiento de las consecuencias del comportamiento que lleva a cabo el particular; es decir, almacenar en un archivo compartido un determinado contenido implica que cualquier usuario de Internet con la misma herramienta tenga acceso al mismo»*. Esto debe

entenderse en el sentido de que «(...) *el usuario debe intervenir con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento y por tanto que con el mismo, al compartir el archivo, está dando acceso a otros usuarios a un contenido protegido*». Y, claro está, es lo que sucede en el supuesto en examen¹⁵.

Otro criterio, cuya concurrencia debe valorarse, es el **interés económico del usuario**. Ya hemos manifestado nosotros anteriormente que no puede discutirse en estos supuestos (y menos aún, referíamos, en el de los titulares de páginas web que funcionan con enlaces). Para la sentencia, no obstante, «*el elemento más dudoso es el interés económico o lucrativo, que como ha dicho el TJUE no es irrelevante*»: «Sin embargo, hay un componente que desde luego no puede negarse; hay interés económico o lucrativo en quien se sirve de tales herramientas cuando ello le permite visualizar contenidos por los que de otro modo habría de pagar. Es en la descarga donde existe el posible interés lucrativo del particular —ver un contenido gratis—, pero en la medida en que esa descarga a través de estas herramientas implica que al almacenar el archivo en el PC se comparte automáticamente con una pluralidad de personas, no puede desligarse, en principio, una acción con otra. No es que se descargue uno el archivo y sea necesaria una acción adicional para compartirlo, sino al revés, la descarga y almacenaje del archivo implica automáticamente el acceso de otros al mismo. Solo cuando el contenido se almacena en otro tipo de archivo y se elimina el compartido es cuando cabe desligar el aprovechamiento personal —lucrativo— del posible aprovechamiento público no lucrativo para el usuario particular (...) Todo ello me lleva a entender que aun tratándose de un particular usuario de una herramienta P2P, existe un acto de comunicación pública cuando se almacena en un PC particular un archivo con contenidos protegidos por derechos de autor, y se hace en un archivo compartido de manera que con esa sola acción una pluralidad de usuarios tienen acceso al mismo».

La segunda cuestión estrictamente jurídica es la relativa, como adelantábamos, al **criterio de imputación de la infracción al demandado: es decir, si se podría imputar la conducta infractora al titular de la IP**. Tal imputación no plantea duda alguna para el juzgado. **Y el precedente, en cuanto a la solidez de la argumentación que se articula, es magnífico para los intereses legítimos de los titulares de derechos de propiedad intelectual que se vean vulnerados. Conviene reproducirla literalmente, porque a buen seguro será argumento**

¹⁵ Según el Juzgado hay más razones aún para considerarlo así si tenemos en cuenta el supuesto de la STJUE de 14 de junio de 2017: «Respecto de este necesario conocimiento o comportamiento deliberado, el TJUE dice más adelante (&36) analizando la conducta de las empresas administradoras de la plataforma que ni siquiera han subido ellas los ficheros sino que lo han hecho sus usuarios abonados, que “dichos administradores, mediante la puesta a disposición y la gestión de una plataforma de intercambio en línea como la controvertida en el litigio principal, intervienen, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para proporcionar acceso a las obras protegidas, indexando y catalogando en dicha plataforma los ficheros torrents que permiten a los usuarios de ésta localizar esas obras y compartirlas en una red entre pares (...) Con mayor razón deberemos entender que la tenencia, almacenaje de un fichero compartido implica conocer y aceptar que se está facilitando el acceso al mismo de una pluralidad indeterminada de personas”».

principal en las futuras resoluciones que se produzcan: *«La clarificación del acto concreto que constituye la infracción del derecho de propiedad intelectual despeja a juicio de esta juzgadora cualquier duda que se ha querido introducir en cuanto al criterio de imputación de la infracción al demandado (...). No se trata de sancionar la descarga; ni siquiera la descarga por terceros o personas de quienes se deba responder o de una actitud negligente o poco cuidadosa del demandado que ha permitido que terceros accedan al contenido del archivo. Se trata del almacenamiento o tenencia en un PC de un archivo con contenido protegido por derechos de propiedad intelectual de un tercero, que mediante el programa o herramienta con el que se ha accedido al mismo se pone a disposición o es accesible por un número indeterminado de usuarios de Internet; y precisamente es a través de Internet como se pone a disposición de una pluralidad de personas; y es precisamente esa conexión a Internet la contratada por el titular de la IP identificada».* **El argumento, a nuestro juicio, es realmente demoledor en su simplicidad. Y cualquier usuario medio entendería, sin mediación de letrado alguno, el tenor de la resolución que se le notificase.**

Y algo más significativo incluso en relación con la determinación del responsable de la infracción. Se refiere a la inducción o cooperación del art. 138 LPI como innecesario criterio de imputación en estos supuestos: porque, a su juicio, *«(...) sin dudar de que quien contrata el servicio de acceso a internet coopera de forma necesaria con quien accede a estas herramientas y previa descarga deja almacenado en su dispositivo el archivo que va a ser compartido, no considero que sea este el criterio de imputación adecuado, una vez definido el acto infractor. Si la infracción consiste en la puesta a disposición de un número indeterminado de personas el archivo (comunicación pública), con la simple tenencia del archivo mediante la herramienta P2P, será el titular de la IP desde la que se accede a internet y desde la que se pone a disposición del público el archivo al responsable, al menos civilmente y en tanto no acredite cumplidamente algún hecho o circunstancia que rompa esa línea directa de imputación; sea que le han robado el PC, pirateado la línea u otra. Si en Derecho Penal puede seguirse otro criterio de imputación directa es cosa distinta; en Derecho Civil, el dueño de una cosa —y lo es un PC y su conexión a la red— es responsable de las infracciones que se cometen con ella. No es responsabilidad por acto de tercero —de quien utilice el ordenador, de quien se haya descargado el archivo...—, sino responsabilidad por las infracciones que se cometen con la cosa de su propiedad y mediante servicios por él contratados, como es el acceso a internet. El demandado es el autor de la infracción; tenencia de PC con una IP asociada que, mediante acceso a internet, comparte con un número indeterminado de personas y por tanto pone a su disposición, o comunica públicamente, archivo con contenido protegido por derechos de propiedad intelectual de terceros».*

En cuanto a la determinación de los daños y perjuicios, y al no proporcionarse por el demandante criterios o elemento alguno, opta la sentencia *«(...) por señalar la misma cantidad a la que se condena en el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao en las SS de 08.01.2018 y 05.01.2018 aportadas, es decir 150 euros, con-*

siderando que se trata de una cantidad moderada, pero a la vez suficientemente motivadora para prevenir acciones como la que ha traído al demandado a este pleito».

Interesante camino, por tanto, el que se abre expresamente en España para poder disminuir sensiblemente las descargas ilegales. Al menos para generar una mayor confianza en nuestro sistema y, en particular, creer en la eficacia de algunas de las medidas legislativas adoptadas. El proceso de reformas iniciadas permite imaginar un escenario de equilibrio, necesariamente próximo, en el que los usuarios puedan consumir contenidos multimedia a un coste razonable; y un escenario, a su vez, en el que los propietarios de los derechos de autor reciban la protección que legalmente les corresponde, aunque con perfiles y contenido diverso, desde antaño. Pero la cuestión es, por el resto, de una sensibilidad extraordinaria. No es fácil la tarea de precisar tal escenario.

*(Trabajo recibido el 07/10/2019
y aceptado para su publicación el 31/10/2019)*

PRÁCTICA JURÍDICA

APORTACIONES SOCIALES NO DINERARIAS: LOS BITCOINS, LOS CRÉDITOS FUTUROS Y EL KNOW-HOW

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

Notario

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

Notario

RESUMEN

Las autoras, partiendo del concepto y evolución de la aportación no dineraria en las sociedades de capital, analizan el tratamiento que reciben a día de hoy determinadas aportaciones no dinerarias cuyo interés práctico está en auge: los bitcoins, los créditos futuros y el know-how.

Palabras clave: aportación no dineraria, sociedad de capital, bitcoins, crédito futuro, know-how.

NON-MONETARY CAPITAL CONTRIBUTIONS: BIT COINS, FUTURE CREDITS AND KNOW-HOW

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

Notary Public

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

Notary Public

ABSTRACT

Based on the concept and development of non-monetary contributions in capital companies, the authors analyse how specific contributions, which, increasingly, are of practical interest today, such as bitcoins, future credits and know-how, are dealt with and addressed.

Keywords: non-monetary contribution, capital company, bit coins, future credits, know-how.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN Y AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE APORTACIÓN NO DINERARIA. III. ANÁLISIS DE DISTINTOS TIPOS DE APORTACIONES NO DINERARIAS. 1. Aportación de bitcoins o criptomonedas. 2. Aportación de derechos de crédito futuros. 3. Aportación de know-how.

I. INTRODUCCIÓN

Las aportaciones sociales son los bienes o derechos que los socios entregan a una sociedad a cambio de acciones o participaciones. Por tanto, en las sociedades de capital puede haber aportaciones tanto en el momento de constitución de la sociedad [desembolso de su capital, por mandato del art. 22.c) de la Ley de Sociedades de Capital, que se refiere al contenido de la escritura de constitución], como en un momento posterior, al ejecutarse un acuerdo de aumento de capital.

Al objeto de la aportación se refiere el art. 58 de la Ley de Sociedades de Capital, estableciendo que: *«En las sociedades de capital sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. En ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios»*.

El concepto genérico de «bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica» engloba claramente el dinero, que da lugar a la primera tipología de aportaciones: las dinerarias, reguladas en los arts. 61 y 62 de la Ley de Sociedades de Capital. La segunda tipología, de la que nos ocuparemos en el presente artículo se corresponde con **las aportaciones no dinerarias** y aparece regulada en los arts. 62 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.

II. EVOLUCIÓN Y AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE APORTACIÓN NO DINERARIA

Lo primero que se ha de tener en cuenta a la hora de tratar las aportaciones no dinerarias en sociedades de capital es cómo la doctrina y la jurisprudencia han ido evolucionando hacia un **concepto cada vez más amplio de aportación no dineraria**. Y ello debido a las exigencias del tráfico y de la vida moderna, del auge de los derechos inmateriales, pero de gran valor económico y fundamentalmente por

la consideración de que el capital social es fondo de garantía de acreedores, pero sobre todo es también fondo de explotación.

Hace un tiempo se entendía que solamente era posible aportar bienes o derechos que pudieran ser expropiables o ejecutables «*in excutivitis*» a una sociedad, pero esta teoría restrictiva ha quedado ya hoy superada, como consecuencia, entre otros factores, de la trasposición de la normativa comunitaria. Consecuentemente, hoy se permite claramente la aportación de bienes inmateriales, como el fondo de comercio o los derechos de propiedad industrial e intelectual, aunque teniendo bien presente, respecto a estos últimos, que debe estarse a los que son derechos patrimoniales estrictos, es decir, a los derechos de explotación de la obra, pues el derecho moral de autor, con todas las facultades que comprende, es irrenunciable e inalienable.

No obstante, y teniendo en cuenta la ineludible necesidad de valoración que en nuestro derecho se impone sobre las aportaciones no dinerarias en caso de Sociedades Anónimas (arts. 67 y siguientes), en conclusión, aunque ciertamente para que un activo sea aportable a una sociedad anónima no se precisa la ejecutabilidad singularizada del mismo; sí se requiere, en cambio, la concurrencia de otras notas cuya ausencia impedirá la aportación de bienes o derechos. Así, es necesario que el bien tenga naturaleza patrimonial, sea susceptible de ser inscrito en el balance, pueda ser valorado de acuerdo con criterios objetivos, sea enajenable o negociable, pueda ser objeto de un contrato de cambio, susceptible de apropiación y, en consecuencia, convertible en dinero y apto para producir una ganancia.

III. ANÁLISIS DE DISTINTOS TIPOS DE APORTACIONES NO DINERARIAS

Hechas las consideraciones de los apartados anteriores entraremos a tratar diversos tipos de bienes o derechos que, hoy en día, son sin duda susceptibles de constituir aportaciones no dinerarias, en base a todo lo anterior; si bien, por no ser habitual su uso en el tráfico para constituir sociedades o aumentar su capital social traen a colación diversos planteamientos e interrogantes que analizaremos a continuación.

1. Aportación de bitcoins o criptomonedas

Puede entenderse por criptomoneda *«aquella moneda digital que emplea técnicas de cifrado para reglamentar la generación de unidades de moneda y verificar la transferencia de fondos y que opera de forma independiente de un banco central»*¹. Para aportar una criptomoneda a una sociedad de capital es necesaria

¹ Definición sentada por el Banco Central Europeo.

la modificación de la «cadena de bloques» (documento electrónico disponible al público), siendo ésta la forma de modificar la titularidad a favor de la sociedad.

Sentadas estas dos ideas, el primer interrogante que se nos plantea es: **¿estamos ante una aportación dineraria o no dineraria?** Tal y como establece el art. 61 de la Ley de Sociedades de Capital, las aportaciones dinerarias deberán realizarse en euros o, en su defecto, en cualquier otra moneda extranjera que haga constar su valor en euros, certificada por entidad bancaria. Por lo tanto, y de acuerdo con la definición de criptomoneda, resultaría imposible encajar la misma como aportación dineraria. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado al respecto en su sentencia del asunto C-264/14 Skatteverket/David Hedqvist, en virtud de la cual equipara el bitcoin a cualquier otra divisa oficial.

En sentido contrario, a favor de su consideración como aportación no dineraria, nos encontramos con:

- La consulta del ICAC² rnr/38-14, que proporciona una solución a la cuestión planteada, afirmando que el Plan General Contable define las inmovilizaciones intangibles como activos no monetarios sin apariencia física susceptibles de valoración económica, siendo uno de los elementos esenciales su identificabilidad. Pues bien, concluye dicha consulta que los bitcoins o criptomonedas en general pueden claramente ser considerados como activos intangibles y, por lo tanto, susceptibles de aportación no dineraria al capital social.
- El dictamen del Banco Central Europeo de 12 de octubre de 2016, en el que se manifiesta que, como las monedas virtuales no son en realidad monedas, sería más exacto considerarlas como medio de cambio, no de pago, pues pueden usarse para fines distintos del pago.

A la vista de esta divergencia, la opinión de la doctrina más autorizada es que lo correcto sería encajar las criptomonedas como **aportaciones no dinerarias** en el supuesto de constitución de sociedades o ampliaciones de capital. Ya que para considerarlas aportaciones dinerarias sería necesario que las criptomonedas fueran admitidas por el Banco Central Europeo, y consiguientemente por el Banco de España, como divisas oficiales en el mercado y solo así la inscripción de la escritura en el registro mercantil correspondiente, dejará de plantear problema alguno. Por tanto, y hasta que esta admisión se lleve a efecto y pueda considerarse como aportación dineraria, es preferible describir la aportación en la escritura como no dineraria y, a modo de ejemplo, como un *«bien patrimonial inmaterial, documento electrónico, objeto de derecho real, en forma de unidad de cuenta,*

² Siglas que responden a Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

definida mediante la tecnología informática y criptográfica... que permite ser utilizada como contraprestación en transacciones de todo tipo»³.

Hecha la calificación que actualmente merecen este tipo de aportaciones cabe recalcar la importancia de la **valoración de las criptomonedas** a la hora de su aportación al capital social. Si bien es cierto que, al menos en cuanto a las sociedades limitadas se refiere, la valoración de los bienes aportados será aquella que le den los aportantes, problemas mayores podrían darse en sede de sociedades anónimas con la intervención de un experto independiente. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que las criptomonedas ostentan un valor establecido en el mercado y que dicha valoración genera un problema: la fluctuación constante de su valor. Por ello resulta conveniente que el notario autorizante compruebe que la aportación realizada está valorada en la cantidad que expone el aportante (o por lo menos que su valor supera al valor indicado en la aportación) como medida de prudencia frente a las oscilaciones de cotización del bitcoin. La forma de llevar a cabo esta comprobación es a través de blockchain.info. Además se debería verificar que la dirección de bitcoin es una clave criptográfica en posesión de los aportantes.

2. Aportación de derechos de crédito futuros

La figura de los créditos futuros se admite en nuestro derecho, ya sin duda alguna, como objeto de derechos reales de garantía, como la prenda, ya sea ordinaria o sin desplazamiento, ¿ha de admitirse también como objeto de aportación social, incluyéndose dentro de la literalidad del art. 65 de la Ley de Sociedades de Capital? En principio nada en la Ley impide que se aporten derechos de crédito futuros (no solo por no haber nacido aún el derecho de crédito sino también por no haberse creado aún siquiera la relación jurídica de la que emanan) como nada impide, por ejemplo, que se aporten los frutos de un determinado activo: ya sean frutos materiales (cultivo de una finca rústica) o económicos (rentas obtenidas por el alquiler de inmuebles).

Dada por sentada su admisibilidad y sin entrar en la problemática que podría surgir al tiempo de la valoración de los créditos futuros, sobre todo en el caso de las Sociedades Anónimas, hemos de destacar que ya la propia Ley de Sociedades de Capital en el citado art. 65 prevé una **garantía adicional** del socio aportante a favor de la sociedad, que no solo responderá de la existencia y valoración del crédito futuro aportado, sino también de su legitimidad y de la solvencia del deudor.

Ahora bien, por exigencias del principio de especialidad del capital social, éste habrá de estar, en todo caso, determinado en la escritura de constitución, de

³ En este sentido GOMA LANZÓN, Ignacio: «¿Se puede constituir una sociedad con bitcoins?», www.notariosyregistradores.org; 27 de noviembre de 2014.

forma que deberá especificarse que sólo se aportan los créditos hasta el límite en que se fije el capital. De este modo y de forma análoga a la doctrina y jurisprudencia sentada en torno a la figura atípica de la fianza global u *onmibus*, se tendría que cumplir el requisito de fijar «un techo», que en el caso de la aportación de un crédito futuro queda determinado por la cifra de capital social que se aporta o se aumenta.

En otro orden de cosas habrá de tenerse, además, en cuenta que será necesaria **la notificación al deudor del crédito futuro aportado**, igual que en la pignoración de créditos futuros, no como un requisito constitutivo de la aportación, sino para facilitar la eficacia de la aportación y evitar, además, la aplicación del art. 1527 CC (liberación del deudor que paga al aportante y no a la sociedad, por no haber tenido conocimiento de la cesión).

En esta materia resulta interesante la RDGRN de 3 de enero de 2017, en la que una sociedad pretende inscribir un aumento de capital contra aportaciones no dinerarias, que consisten en un «**stock de sociedades preconstituídas**» con la finalidad específica de la posterior transmisión a terceros de sus participaciones sociales. No obstante esta finalidad, el Centro Directivo confirmó la calificación del registrador contraria a la admisibilidad de la aportación, considerando que siendo dichas sociedades sujetos de derecho, y por tanto no pueden ser objeto de aportación a otra sociedad. Cuestión distinta en la que sí que lo admite sería que se aportasen las participaciones de dichas sociedades —con cumplimiento de los requisitos necesarios para ello— o se aportase una unidad económica constituida por una empresa que tenga por actividad la creación de las sociedades relacionadas —con su nombre y N. I. F.— y la posterior transmisión de sus acciones o participaciones a terceros.

Ahora bien, yendo más allá nos preguntamos ¿y si se considerara que lo que se aportan no son, ni las sociedades *per se*, ni las acciones o participaciones de ésta, ni una unidad económica creadora de las sociedades, sino los créditos que la sociedad que las ha constituido ostenta contra los futuros titulares de las participaciones de las sociedades constituidas? La Dirección General no se pronuncia acerca de esta cuarta óptica, lo cual sí que hace ALFARO ÁGUILA-REAL⁴. Este autor parte de la base de que es evidente que estas sociedades tienen un valor económico, aunque sólo sea por los gastos en que se incurre para su constitución y por el capital social mínimo que hay que desembolsar. Es más, nos encontramos con que en la práctica hay empresas que se dedican a comerciar con ellas poniéndolas a disposición de aquellos que tienen urgencia en disponer de una sociedad constituida e inscrita en el Registro Mercantil y no tienen tiempo de constituir las ellos mismos.

⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «La DGRN decide que los créditos no son aportables a una sociedad limitada», post publicado en el blog *Almacén de Derecho* el 25 de enero de 2017.

Por ello, en contra de la calificación del Centro Directivo, el aludido autor considera que una aportación como la controvertida es perfectamente admisible por entender que el **valor económico de las sociedades aportadas** se traspasa a la sociedad como una **cesión de créditos**. La sociedad recibe, a cambio de las participaciones correspondientes al aumento de capital, el derecho a lo que paguen los terceros que, **en el futuro**, adquieran las participaciones de cada una de esas sociedades y el derecho a disponer de ellas.

3. Aportación de know-how

Un caso que pudiera plantear muchas dificultades en la actualidad por su importancia creciente, junto con la del contrato de franquicia, es el del «know-how». Se ha de entender por know-how el saber hacer, que suele considerarse o definirse como el conjunto de conocimientos prácticos, derivados de la experiencia comercial o productiva, que no están protegidos por una patente y que en el caso de la franquicia se imputan al franquiciador y se da por supuesto que ha procedido a su verificación.

Pues bien, se ha de tener en cuenta, a la vista de la tendencia aperturista referida al inicio del presente artículo, a juicio de la doctrina mayoritaria, **el know-how puede ser objeto de prestación accesorio y también de aportación social**. Procedemos a tratar las principales vicisitudes de ambas opciones:

A.— Configuración como prestación accesorio:

Hemos de recordar que, en el caso de las sociedades capitalistas, en contraposición a las personalistas, en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios, circunstancia que se justifica en la integración de las aportaciones en el capital social y consecuente necesidad de su patrimonialidad por las funciones y finalidades asignadas al mismo. No obstante, aunque no cabe la aportación de industria en estos tipos sociales, sí que se prevé en los mismos **la posibilidad de que existan prestaciones accesorio de los socios** distintas de las aportaciones sociales.

A través de esta vía, de una manera próxima al socio industrial en las sociedades personalistas (aunque bajo un régimen totalmente distinto al de las aportaciones sociales), es factible que los socios se comprometan a la prestación de diversos servicios que, lógicamente, dada la razón de ser de la sociedad, deberán estar conectados, directa o indirectamente, a la consecución del fin social.

En tanto que estas prestaciones accesorio se vinculan a la condición de socio y, al igual que el patrimonio formado por las aportaciones sociales, no pueden tampoco desvincularse del desarrollo del patrimonio social, doctrinalmente se ha señalado la posibilidad de confusión de las mismas con las aportaciones sociales en la medida en que inciden también en el patrimonio común. Sin embargo, existen diversos aspectos que permiten la adecuada diferenciación y el desvane-

cimiento del riesgo referido, salvo que se aceptara un concepto amplísimo de las aportaciones sociales no acogido en la actualidad en nuestro sistema. Entre otras, estas **notas distintivas** conforman un régimen jurídico diverso, a saber:

- a) El aspecto fundamental de las aportaciones sociales de bienes, dinero y derechos es que integran el capital social. Además, los bienes aportados forman directa e inicialmente el patrimonio social. Mientras que, por su parte, las prestaciones accesorias no integran el capital ni tampoco conforman el patrimonio.
- b) El establecimiento de las prestaciones accesorias no es obligatorio ni resulta esencial, al contrario que las aportaciones, porque sin un patrimonio común formado por diversos sujetos con el que perseguir un fin lucrativo mediante el desarrollo del objeto social concreto con el que se ha previsto alcanzarlo materialmente no cabe hablar de sociedad.

B.— Configuración como aportación social:

Por último, destacar que, en el caso de que el know-how sea objeto de aportación social, hemos de tener presente que aunque este elemento de inmovilizado material tiene una utilidad indudable para la sociedad en el actual proceso tecnológico, consecuencia de lo cual ha llegado a ser susceptible de tener un valor en el mercado; si ahondamos en su naturaleza realmente no estamos propiamente ante un bien o un derecho, sino más bien ante una mera situación de hecho.

Por tanto, la pregunta que se plantea es ¿cuál es el mecanismo óptimo para que el know-how pueda sea objeto de una aportación social? Un sector de la doctrina exige que sea aportado **formando parte del conjunto** de elementos de la empresa que se transmite, en base al art. 66 de la Ley de Sociedades de Capital. En este sentido bastaría, con que su valor pueda ser realizado también en vía mediata a través de un procedimiento de liquidación, que incluya el establecimiento mercantil o unidad económica independiente en su conjunto.

Todo ello sin perjuicio, de una segunda postura, que por el contrario, viene ya admitiendo el know-how como **aportación aislada**, como de hecho ocurre en reciente resolución de 4 de diciembre de 2019, en la que la DGRN reitera el carácter del know-how como bien inmaterial pero con carácter patrimonial, susceptible de valoración económica y de apropiación; por lo que en base a estos argumentos puede aportarse a la sociedad y es apto para producir una ganancia. Establece además, que no por ser objeto de aportación aislada infringe el art. 58.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que impide aportar a las sociedades de capital trabajo o servicios, ya que, como hemos apuntado anteriormente, el know-how debe distinguirse de la mera obligación de hacer. A título de ejemplo, en una sociedad en la que el objeto social es la explotación de una academia de buceo, puede el socio persona física aportar su conocimiento de la técnica del buceo.

A modo de conclusión, nos gustaría apuntar la paulatina monetización de que están siendo objeto situaciones de hecho como la que acabamos de tratar y semejantes. Y en este sentido, quién sabe, ¿se acabarán constituyendo sociedades o aumentando su capital mediante la aportación de miles de seguidores de Instagram o de visualizaciones de Youtube?

*(Trabajo recibido el 05/12/2019
y aceptado para su publicación el 26/12/2019)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO CONTRACTUAL

LA ESPERADA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Notaria de Fuenlabrada

RESUMEN

En este trabajo se analizan las soluciones dadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado a diversas dudas de interpretación y aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario que se han planteado desde su entrada en vigor, tanto en las resoluciones de 29 de noviembre y 5 de diciembre de 2019 como en la reciente Instrucción de 20 de diciembre de 2019.

Palabras clave: crédito inmobiliario, garante, hipoteca, Instrucción, interpretación, doctrina.

THE EXPECTED DOCTRINE OF THE GENERAL DIRECTORATE OF REGISTRIES AND NOTARIES ON THE LAW REGULATING REAL ESTATE CREDIT AGREEMENTS

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA
Notary Public of Fuenlabrada

ABSTRACT

This paper analyses the solutions put forward by the General Directorate of Registries and Notaries Offices in response to a number of queries and issues regarding the interpre-

tation and application of the Law 5/2019 of 15 March'19 regulating Real Estate Credit Agreements that have arisen since it entered into force, both the decisions of 29 November and 5 December 2019, and also the recent Instruction of 20 December 2019.

Keywords: real estate credit, guarantor, mortgage, instruction, interpretation, doctrine.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2019.—III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE DICIEMBRE DE 2019.—IV. LA INSTRUCCIÓN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2019. 1. Los inmuebles que no son de uso residencial, ¿tienen cabida en el supuesto del art. 2.1.b) LCCI? 2. Las pólizas de préstamos personales: ¿acta notarial previa cuando se da la finalidad prevista en el art. 2.1.b) LCCI? ¿Y qué pasa con los préstamos para reformas? 3. Préstamos en que el prestatario es una persona jurídica y el avalista o hipotecante no deudor es una persona física. 4. Aplicación de la LCCI a los supuestos de subrogación pasiva, subrogación activa o novación. 4.1. Subrogación pasiva. 4.2. Novaciones. 4.3. Subrogación activa. 5. Préstamos concedidos en condiciones especiales a empleados. 6. El tipo de papel que se ha de emplear en las actas previas. 7. Los artículos 29 y 30, Orden EHA 2899/2011. 8. El número identificador del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del modelo de contrato de préstamo utilizado. 9. Préstamos en moneda extranjera. 10. Préstamos hipotecarios sujetos a derecho extranjero cuando el inmueble hipotecado está situado en territorio español. 11. Importe mínimo del reembolso anticipado. 12. La LCCI y las operaciones de reestructuración en aplicación del Código de Buenas Prácticas.

I. INTRODUCCIÓN

Tras casi seis meses de silencio por parte de nuestro Centro Directivo en torno a la interpretación de aspectos clave de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante LCCI) en que los operadores jurídicos nos hemos visto obligados a aplicar la misma según nuestro leal saber y entender, parece que por fin la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado más allá de lo relativo al uso de las plataformas informáticas de las entidades financieras y gestorías (cuestión a la que se refirieron las Instrucciones de fecha 14 de junio y 31 de julio de 2019) y del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de las minutas de los préstamos y créditos inmobiliarios (Instrucción de fecha 13 de junio de 2019). En el momento de redactarse estas líneas son tres los documentos emanados de la DGRN sobre la materia, que pasamos a comentar: la resolución de 29 de noviembre de 2019, la de 5 de diciembre de 2019 y la Instrucción de 20 de diciembre de 2019.

II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2019

En primer término hemos de analizar la resolución DGRN de 29 de noviembre de 2019, en la que se pronuncia en relación con una cuestión que había sido sumamente controvertida estos últimos meses y que había provocado numerosas calificaciones negativas por parte del cuerpo registral: si los notarios han de aseverar con ocasión del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario la coincidencia entre las estipulaciones de la escritura y la FEIN.

Para entender la problemática hay que tener en cuenta que los arts. 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 no han sido modificados por la Orden ECE/482/2019, que, sin embargo, sí que reformó otros preceptos de la citada Orden para adaptarlos a la LCCI. En concreto, el art. 29 citado sigue diciendo en su apartado primero lo siguiente: *«Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restan-*

tes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas». Y es que, con anterioridad a la LCCI y basándose en este precepto, el Centro Directivo había establecido en diversas resoluciones la necesidad de que el notario, con ocasión de la autorización del préstamo hipotecario, aseverase la coincidencia entre las condiciones de la escritura y de la FIPER —documento que ha quedado sustituido por la FEIN—.

En el supuesto objeto de recurso, frente a la calificación registral que entendía que era imprescindible que la escritura contuviese una aseveración de la coincidencia entre la FEIN y las condiciones de la escritura de préstamo hipotecario, la notario recurrente defendió que, aun cuando los preceptos citados no hubieran sido modificados, *«su contenido ha quedado superado por el nuevo régimen legal»*. Es por ello que la DGRN, zanjando la polémica existente, ha dispuesto lo siguiente:

1. La LCCI impone a los notarios amplios deberes de control de la legalidad y la transparencia material en el ámbito de los contratos de préstamo, cuyo centro de gravedad lo constituye el acta de información previa, que exige la verificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 14 LCCI, entre los que se encuentra la FEIN. Posteriormente, y solo si el notario ha podido verificar que se han cumplido todas estas obligaciones con ocasión de autorización del acta, podrá autorizar la escritura de préstamo hipotecario, donde habrá de insertar una reseña identificativa de la misma, así como aseverar, bajo su responsabilidad y con relación al acta, que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento legalmente previsto. Es evidente por tanto que, si la FEIN no se correspondiera con las condiciones, del préstamo documentado en la escritura, el notario no podría autorizar la misma. Es por ello que bastará que el notario realice, bajo su responsabilidad la reseña del acta y afirmación prevista en el art. 15.7 LCCI para entender implícita la coincidencia entre las condiciones de la FEIN y préstamo formalizado.
2. La DGRN es rotunda al afirmar que la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material corresponde al notario y no al registrador, por lo que el registrador no podrá en ningún caso exigir que se acompañe la FEIN o una aseveración por parte del notario autorizante de la coincidencia entre las condiciones de la misma y las de la escritura de préstamo hipotecario.
3. El Centro Directivo matiza que no toda discrepancia entre las condiciones de la FEIN y las del préstamo que se pretende formalizar han de dar lugar a la negativa por parte del notario a autorizar el mismo. Serán admisibles todas aquellas claramente más favorables al prestatario —por

ejemplo, una reducción del diferencial— o cuando la diferencia no se refiere propiamente a las condiciones financieras sino a cálculos subsiguientes —como, en el caso de la TAE, si el préstamo se formaliza un mes distinto al inicialmente previsto—. En caso contrario el notario deberá comunicarlo a la entidad financiera para que proceda a la subsanación de la discrepancia, iniciándose nuevamente el cómputo de los diez días y debiendo el notario autorizar una nueva acta o —tal y como admite expresamente la DGRN en la resolución— diligenciar la preexistente.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 5 DE DICIEMBRE DE 2019

En esta resolución la Dirección General de los Registros y del Notariado aborda otra de las cuestiones que más dudas ha planteado en la práctica sobre la aplicación de la LCCI desde su promulgación: si, en los casos en que el prestatario es una persona jurídica pero la parte fiadora o garante es una persona física y el objeto es un inmueble de uso residencial, estamos ante un préstamo sujeto a la LCCI y si, de resolverse afirmativamente esta primera cuestión, los deberes de transparencia material y su verificación por el notario han de cumplirse solo respecto de las personas físicas intervinientes o también respecto de la parte prestataria-persona jurídica.

En primer lugar, el Centro Directivo, teniendo en cuenta tanto el tenor literal del artículo 2.1 LCCI, relativo a su ámbito de aplicación como el propio Preámbulo de la misma, donde se indica que *«la presente Ley extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidoras»*, entiende que para que estemos ante un préstamo o crédito hipotecario sujeto a la LCCI —evidentemente, siempre que se dé el otro requisito que exige el art. 2.1.a) LCCI: que tenga por objeto un inmueble de uso residencial— basta la concurrencia de una persona física, ya sea la propia parte prestataria o la parte fiadora o garante, sin necesidad de que se trate de un consumidor.

En segundo lugar, la DGRN entra a analizar si en estos supuestos la aplicación de la LCCI alcanza íntegramente al contrato tanto respecto de la parte prestataria como respecto del avalista-garante, o si, por el contrario, se limita a este último. A su juicio, de los arts. 1.1 y 2.1 de la misma —de nuevo conviene matizar que el Centro Directivo solo puede referirse al supuesto a) de este último precepto, pues el b) exige expresamente la condición de consumidor— se desprende que no resulta de aplicación al prestatario persona jurídica aun cuando se trate de una sociedad unipersonal o actúe como consumidora. Por lo tanto, en estos casos no será necesario que la persona jurídica —ya actúe como prestataria, ya lo haga como garante o fiadora— concorra al otorgamiento del acta previa. Todo ello sin perjuicio de que entidad prestamista, de tratarse de una persona jurídica consumidora, deba cumplir respecto de ella las obligaciones de información establecidas en relación con los consumidores en la normativa anterior y que sigan vigentes.

Por el contrario, la LCCI resultará de plena aplicación respecto de las personas físicas intervinientes.

¿Y esto qué significa?

- 1.º Que la información suministrada a la persona física fiadora o garante ha de alcanzar a la totalidad del clausulado del préstamo o crédito.
- 2.º Que pudiendo el garante obligarse a menos que el prestatario es perfectamente posible establecer un régimen jurídico para el contrato de sociedad y otro más benigno en relación con los garantes.

En relación a los gastos, en estos supuestos sería perfectamente admisible la asunción por parte del prestatario persona jurídica de los gastos de la operación, ya sean derivados propiamente del préstamo o de la garantía personal o real constituida a su favor.

Más discutible es si el hecho de que el préstamo sea garantizado por una persona física determina necesariamente la sujeción a las limitaciones sustantivas impuestas por la LCCI, en particular, en lo relativo a:

- El vencimiento anticipado, entendiendo la DGRN que sería perfectamente posible un pacto con el prestatario sin sujetarse a los límites del art. 24 LCCI, si bien el garante podría exigir de cara a la posible ejecución de la garantía el respeto a los plazos y límites previstos en dicha norma.
- Las limitaciones de los tipos de interés, permitiendo el Centro Directivo que en el préstamo se acuerde un tipo de interés de demora superior al establecido en el art. 25 LCCI o inclusive una cláusula suelo, pactando la limitación de la garantía «a cuantías inferiores». Aunque no queda claro a qué se refiere exactamente la DGRN, parece que hay que entenderlo en el sentido de que solo frente al garante o fiador habrán de respetarse tales limitaciones.
- En relación con las limitaciones en sede de cancelación anticipada, la DGRN tampoco se pronuncia con claridad, pues de un lado señala que quien paga anticipadamente es el prestatario y por tanto estas reglas en nada afectan a los garantes y, de otro lado, defiende que, ante una situación de incumplimiento del prestatario, podría beneficiar al garante dicha cancelación anticipada. De nuevo parece que las limitaciones legales solo podrán alegarse por el fiador/garante persona física en el caso de que sea él el que amortice anticipadamente el préstamo en caso de incumplimiento por el prestatario.

IV. LA INSTRUCCIÓN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2019

La esperada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 2019 ha abordado diversas cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la LCCI, unas más discutibles y otras, aparentemente más claras, con la finalidad de terminar con muchas de las dudas existentes y de garantizar una aplicación uniforme de la misma en todo el territorio nacional.

A continuación analizaremos una por una las cuestiones analizadas por el Centro Directivo.

1. Los inmuebles que no son de uso residencial: ¿tienen cabida en el supuesto del art. 2.1.b) LCCI?

La DGRN reconoce que la redacción en este punto de la LCCI carece de precisión y que existen varios argumentos para defender que la misma tiene por objeto únicamente los inmuebles de uso residencial: el considerando 13 de la Directiva 2014/17/UE, que señala que la Directiva regula los «*contratos de crédito que están relacionados de manera exclusiva o predominante con bienes inmuebles de uso residencial*»; y el propio preámbulo de la LCCI, que en sus apartados I y III destaca la importancia del sistema hipotecario español para que «*numerosas familias españolas puedan disfrutar de viviendas en propiedad*» y que, tras declarar que la misma tiene por objeto del trasposición de la Directiva 2014/17/UE, señala que dicha Directiva «*establece un régimen específico de protección... sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial*» y 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, pero sin hacer referencia alguna a la extensión de la protección a otro tipo de inmuebles.

Sin embargo, la DGRN llega a la conclusión contraria basándose en los siguientes argumentos: el Considerando 15 de la citada Directiva, que, a su juicio, contempla otros supuestos de créditos inmobiliarios a consumidores distintos del residencial; que tanto la Directiva como la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario utilizan una terminología idéntica; el hecho de no haber prosperado una enmienda del Partido Popular que exigía expresamente la constancia del «*uso residencial*» en relación con el supuesto 2.1.b) LCCI; el art 129 bis LH, reformado por la LCCI, que se refiere expresamente a los inmuebles de uso residencial al regular el vencimiento anticipado del préstamo, lo que estaría justificado al estarse exigiendo un incumplimiento cualificado; y que por estar el préstamo garantizado por una persona física consumidora debería ser indiferente el uso o no residencial del inmueble adquirido (argumento sistemático). En consecuencia, la DGRN entiende que siempre que una persona física fiadora actúe

como prestataria, fiadora o garante, y el préstamo o crédito tenga por objeto adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, la LCCI resultará de aplicación, con independencia del destino residencial o no del inmueble.

Frente a esta conclusión del Centro Directivo podemos señalar lo siguiente:

- 1.º El tenor del preámbulo de la LCCI, donde expresamente se contempla que el objeto de la Directiva comunitaria traspuesta son los inmuebles de uso residencial y al que la propia DGRN se refiere, no debería ser desdeñado, sino todo lo contrario. De hecho, resulta curioso que el Centro Directivo utilice como argumento que nuestra LCCI procede de una trasposición literal de la Directiva comunitaria para concluir que en ambos textos legales se pretende incluir inmuebles cuyo destino no sea residencial, y reconozca al mismo tiempo que la propia Directiva permite que los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas. Pues bien, si el punto de partida es que la Directiva permite extender el ámbito de aplicación a inmuebles de uso no residencial (Considerando 13), ¿no será porque la Directiva únicamente contempla los de uso residencial? Y si es así y nuestra LCCI reproduce el tenor de la Directiva Comunitaria, ¿no será porque el ámbito de aplicación en ambos casos es el mismo, es decir, que quedan excluidos los inmuebles del uso residencial?
- 2.º La utilización del considerando 15 de la Directiva en defensa de la tesis de la DGRN no es correcto y no lo es porque, a diferencia del Considerando 13, que se refiere al objeto de los préstamos sujetos a la LCCI —bienes inmuebles de uso residencial, sin perjuicio de la posible extensión a otros inmuebles por los Estados miembros—, el considerando 15 se refiere a los diferentes tipos de préstamo que pueden quedar dentro del ámbito de aplicación de la LCCI y nada tiene que ver con el objeto de los mismos: créditos garantizados por bienes inmuebles con independencia de su finalidad, de refinanciación o que contribuyan a la conservación del inmueble adquirido, destinados a la adquisición de los mismos, créditos puente o destinados a la renovación de inmuebles; y aunque bien es cierto que el término «residencial» lo emplea solo al final, sin duda es para evitar reiteraciones innecesarias. En definitiva, mientras el considerando 13 se refiere al objeto que han de tener los CCI: inmuebles de uso residencial, y ha de ponerse en conexión con el art. 2.1 LCCI, el considerando 15 nos sirve para valorar qué tipo de préstamos han de quedar sujetos a la LCCI.
- 3.º El hecho de que no prosperara la enmienda del Partido Popular (EEGPC n.º 210), aclaratoria en este sentido, no es determinante. De hecho, la misma pretendía evitar los problemas interpretativos que se están produciendo, pero eso no significa que la voluntad del legislador español sea apartarse de la Directiva comunitaria.

- 4.º La DGRN utiliza como argumento para defender que un CCI en el supuesto del art. 2.1.b) LCCI no necesariamente tiene que tener uso residencial el art. 129 bis LH, reformado por la misma, entendiendo que en este caso sí que se alude expresamente al carácter residencial del inmueble, dado que, en relación con el vencimiento anticipado, sí que está justificada la exigencia de que se trate de un inmueble residencial. Y además el Centro Directivo utiliza un argumento que califica de sistemático —a nuestro juicio, erróneamente—: si el garante del préstamo es un consumidor, desde un punto de vista teleológico resulta indiferente que la persona jurídica destine el inmueble a una finalidad residencial o no, ya que a quien se está protegiendo es al consumidor. Ahora bien, si lo que pretende realmente el Centro Directivo es realizar una interpretación sistemática debería tener en cuenta que al carácter residencial de los inmuebles aluden expresamente no solo el reformado art. 129 bis LH, sino también el artículo 24 LCCI, relativo al vencimiento anticipado y artículo 25 LCCI, relativo a los intereses de demora, de ahí que la conclusión deba ser otra: el legislador está pensando todo el rato en inmuebles de uso residencial y la única razón por la que en el art. 2.1.b) no se exige expresamente este carácter es porque el mismo procede de la transcripción prácticamente literal de la Directiva comunitaria, que no es un paradigma de claridad. Y si lo que queremos es una interpretación teleológica, no puede ser lo mismo para el garante que el inmueble hipotecado sea de uso residencial o no, ya que en el primer caso los mecanismos de protección en nuestro ordenamiento, tal y como reconoce la DGRN al aludir al reformado art. 129 bis LH, debería ser mayor.

En definitiva, la DGRN utiliza una argumentación insuficiente y en algunos casos hasta contradictoria para intentar defender la extensión de la protección de la LCCI a los inmuebles de uso residencial, lo que a nuestro juicio resulta carente de suficiente justificación, habida cuenta de lo dispuesto en el propio preámbulo de la LCCI.

2. Las pólizas de préstamos personales: ¿acta notarial previa cuando se da la finalidad prevista en el art. 2.1.b) LCCI? ¿Y qué pasa con los préstamos para reformas?

La DGRN entiende que en aquellos casos en que estemos ante un préstamo personal donde nos encontremos que el prestatario, fiador o garante es un consumidor, y que la finalidad perseguida es adquirir o conservar derechos de propiedad sobre un inmueble —no necesariamente residencial, según lo anteriormente expuesto—, será necesario que la entidad prestamista cumpla con todas sus obligaciones tanto informativas como en materia de transparencia y clausulado. Sin embargo, a falta de garantía hipotecaria, no será necesaria la formalización del acta notarial previa.

¿Y qué decir de los préstamos personales cuya finalidad será realizar obras de conservación o mejora del inmueble? Quedan fuera de la LCCI, ya que la propia Directiva 2014/17/UE los reconduce al régimen de protección establecido para los contratos de crédito al consumo en general —al declarar aplicable la Directiva 208/48/CE a partir de 75.000 euros—. ¿Y qué decir de los supuestos mixtos, es decir, aquellos destinados tanto a la adquisición del inmueble como a la reforma o rehabilitación del mismo? Entiende la DGRN que habrán de recibir una consideración unitaria y, por tanto, quedarán sujetos a la LCCI.

3. Préstamos en que el prestatario es una persona jurídica y el avalista o hipotecante no deudor es una persona física

En línea con lo ya señalado en la comentada resolución DGRN de 5 de diciembre de 2019, el Centro Directivo reitera que el acta previa no resulta obligatoria respecto del prestatario cuando es una persona jurídica, aunque sea consumidora, ni siquiera —y aquí amplía lo ya señalado en la citada resolución— cuando se trate de una Cooperativa de viviendas. Por el contrario, tal y como también había señalado, los deberes de información y el acta notarial previa habrán de cumplirse respecto de los avalistas o fiadores personas físicas intervinientes.

A estos efectos, la DGRN equipara al garante persona física al cónyuge que de conformidad con el art. 1320 CC deba prestar su consentimiento a la constitución de una hipoteca —o modificación de la ya constituida— sobre la vivienda habitual. El Centro Directivo no da ninguna razón para esta equiparación que, a nuestro juicio, resulta sumamente criticable. Y es que la Dirección General parece desconocer cuál es la ratio del art. 1320 CC, que no es el riesgo de pérdida del inmueble desde el punto de vista patrimonial, como sí puede serlo para el fiador o hipotecante no deudor, sino el riesgo de que la vivienda a la que ambos cónyuges, de común acuerdo, habían atribuido el carácter de dominio conyugal o familiar, pierda dicho carácter. A diferencia de lo que acontece con los fiadores, hipotecantes no deudores u otro tipo de garantes que ponen en juego todo o parte de su patrimonio en aras de que el prestatario reciba el préstamo de la entidad financiera, el fundamento del art. 1320 CC, que exige el consentimiento del cónyuge no titular para disponer de la vivienda familiar, no es otro que el art. 70 CC, que dispone que «*Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal...*». Y es que desde el momento que la potestad de decidir cuál va a ser el domicilio conyugal corresponde a ambos cónyuges cualquier cambio de este domicilio o inclusive el potencial riesgo de perder, vía ejecución hipotecaria, la vivienda donde estaba fijado dicho domicilio conyugal, exige igualmente la conformidad de ambos. A mayor abundamiento, mientras que para el cambio o fijación del domicilio conyugal o familiar el art. 70 CC permite apelar a la autoridad judicial en caso de falta de acuerdo, es evidente que la autoridad judicial nunca podría intervenir en una decisión de afianzamiento o de prestación de garantía en favor de un tercero. Y aunque ciertamente en el caso de hipotecarse la vivienda familiar, para el cónyuge no titular es relevante saber el importe garantizado y el plazo de

duración de la hipoteca, la necesidad de recibir una información exhaustiva de todas las condiciones de un préstamo que en ningún caso va a poder afectar a su patrimonio, resulta excesivo y además carente de base legal. El art. 15.4 LCCI declara aplicable la obligación de comparecencia ante notario para el otorgamiento del acta previa y las normas de protección al prestatario a «*toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo*», pero es evidente que el cónyuge no titular de la vivienda familiar hipotecada, por el mero hecho de serlo, no es fiador ni es garante, por lo que no se entiende en qué se ha basado la DGRN para dar este salto en el vacío y entender exigible que el mismo otorgue también el acta notarial previa. Sea como fuere, esperemos que la DGRN en un futuro no muy lejano reflexione sobre lo que ha dispuesto en este punto y cambie de criterio. Mientras tanto, lamentablemente, parece que habrá que atenerse al contenido de la Instrucción.

En cuanto a la sujeción a las limitaciones sustantivas impuestas por la LCCI del préstamo, la Instrucción reitera lo ya señalado en la citada resolución de 5 de diciembre de 2019 con algún matiz:

- En relación con la posibilidad de cancelación anticipada, aclara que al garante le debe ser posible proceder a la misma en caso de incumplimiento del prestatario sin que le resulte oponible lo que se hubiese pactado con el prestatario al margen de la LCCI.
- Hace referencia expresa a la posibilidad de que entre en juego la LCCI si se constituye una hipoteca de máximo sobre un inmueble de uso residencial por una persona física, en garantía de una cuenta de crédito asociada a una operación financiera, con un empresario o como contragarantía en favor de una Sociedad de Garantía Recíproca o entidad análoga.

4. Aplicación de la LCCI a los supuestos de subrogación pasiva, subrogación activa o novación

4.1. Subrogación pasiva

En cuanto a la subrogación pasiva, la DGRN distingue diversos supuestos:

- Supuesto de venta empresarial de un inmueble con subrogación del comprador: en estos casos, la DA 7.^a LCCI¹ impone toda una serie de obligaciones al transmitente, debiendo informar al comprador persona física

¹ 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.

sobre las condiciones del préstamo para que pueda valorar las condiciones ofrecidas y permitir a la entidad financiera la evaluación de la solvencia del mismo.

- Venta entre particulares en que se retiene por el comprador el importe de la deuda pendiente, asumiendo su pago el comprador, sin intervención de la entidad financiera. En estos casos, como apunta el Centro Directivo, es evidente que el acreedor no tiene que consentirlo y por tanto no está sujeto al cumplimiento de las obligaciones de información previa. Tampoco si posteriormente decide liberar al deudor primitivo. Todo ello sin perjuicio del deber de informar al nuevo deudor, si éste lo solicita, sobre el préstamo y sus condiciones.
- Supuestos en que se pacta una subrogación pasiva entre particulares con el consentimiento de la entidad acreedora, en cuyo caso, por aplicación de la DT 1.^a y DA 6.^a, las cargas y formalidades informativas de la Ley 5/2019 son de plena aplicación.

4.2. *Novaciones*

En relación con las novaciones de préstamo, la DRGN establece dos reglas:

1. La necesidad de proporcionar información previa y de formalizar el acta notarial previa, en los términos previstos en la LCCI, será exigible, cualquiera que sea la modificación pactada, inclusive si se trata de la nueva redacción de alguna cláusula o de la mejora de alguna condición aislada del préstamo.
2. En estos casos, el deber de información y asesoramiento mediante el acta se limitará a los extremos o cláusulas objeto de modificación, además de hacer referencia necesariamente a las nuevas condiciones que habrán de regir por establecerlo imperativamente la LCCI (en materia de vencimiento anticipado o reembolso anticipado, por ejemplo).

4.3. *Subrogación activa*

En cuanto a los supuestos en que únicamente se produzca un cambio de acreedor, entiende el Centro Directivo que no hay que cumplir formalidad alguna. En nuestra opinión se trata de un supuesto inusual en la práctica, ya que en los supuestos de subrogación activa lo habitual es que se acuerde una modificación de condiciones. Y en estos casos, la aplicación de los deberes contenidos en la LCCI sería consecuencia de la novación pactada, aunque la subrogación *per se* quedara fuera del ámbito de aplicación de la LCCI. Y si la subrogación y la novación se articularan a través de escrituras diferentes, el acta previa habría de referirse únicamente a la segunda.

5. Préstamos concedidos en condiciones especiales a empleados

En este punto la DGRN analiza la excepción establecida en el art. 2.4 LCCI en cuanto a su ámbito de aplicación, entendiendo que cuando habla de préstamos «*concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferir a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general*», lo determinante es que el contrato se conceda con la finalidad atípica de proporcionar al trabajador una retribución adicional y no con la obtención por parte del banco de un beneficio. En consecuencia, lo relevante es que el préstamo «*se conceda a un empleado en aplicación de lo acordado en el convenio colectivo del sector o de la política social o laboral de la empresa*», indicándose así en la escritura y no siendo necesario que el clausulado se aparte del habitual empleado.

Además, el Centro Directivo entiende que la excepción resulta también de aplicación cuando el préstamo se concede conjuntamente al empleado y a su cónyuge o pareja de hecho, habida cuenta de la responsabilidad solidaria de ambos. A estos efectos bastará la manifestación de ambos de su condición de pareja de hecho.

Distinto sería el supuesto en que el préstamo se concediese al empleado interviniente su cónyuge o pareja de hecho como fiador o garante, supuesto en que la DGRN, como es lógico, entiende que respecto de este último sí que regirían todas las obligaciones de información, siendo exigible también el acta notarial previa.

Finalmente, para el caso de que —tal y como es habitual en la práctica— se establezcan condiciones distintas para el caso de que el empleado pierda tal condición, las mismas quedarán sujetas a las limitaciones imperativas de la LCCI, pero no será necesario el otorgamiento de acta previa.

6. El tipo de papel que se ha de emplear en las actas previas

La LCCI consagra la gratuidad del acta notarial previa en su art. 15 al señalar que «*no generará coste arancelario alguno*». Ahora bien, entiende el Centro Directivo que el timbre del papel exclusivo de documentos notariales se trata de un gravamen fiscal y no de un coste arancelario propiamente dicho. No obstante, desde el momento en que no existe ninguna norma que excepcione el uso del papel timbrado o que establezca la exención del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados para estas actas, es obligatorio formalizar las actas en papel timbrado, si bien el coste del timbre corresponderá a quien sea sujeto pasivo de acuerdo con las normas fiscales. ¿Quiere esto decir que puede repercutirse el coste del timbre a la entidad prestamista? Parece que sí, dado que a día de hoy el sujeto pasivo del préstamo hipotecario es la entidad prestamista y el acta previa ha de otorgarse con carácter obligatorio para posibilitar la firma del mismo.

Por otro lado, el Centro Directivo plantea alternativas a la incorporación a la matriz del acta de la documentación remitida por el Banco. Concretamente, basándose en el art. 114. Ley 24/2001, se refiere a la posible constitución en el acta previa de un depósito de la documentación mediante un fichero electrónico identificado por su Hash, que obviamente habrá de ser custodiado por el notario autorizante. Ahora bien, como bien señala la DGRN, estos depósitos podrían plantear algunos problemas prácticos, como son su necesaria conservación durante toda la vida del préstamo, sobre todo en los supuestos de sucesión del protocolo, o la garantía de la eficacia probatoria de los mismos. En cuanto al primero de los problemas expuestos, entiendo que se podría resolver con mayor facilidad: creando un archivo electrónico específico que habría de ser custodiado por el notario titular del protocolo y que pasaría a formar parte de la documentación a entregar al notario sucesor, en caso de producirse una sucesión en el protocolo. En cuanto al segundo de los problemas apuntado, sería conveniente que a nivel colectivo se articulara un sistema de depósito uniforme para todo el notariado que cumpliera con los requisitos de seguridad necesarios.

7. Los artículos 29 y 30 Orden EHA 2899/2011

En este punto la DGRN reitera lo ya establecido en la resolución de 29 de noviembre de 2019 a la que nos hemos referido en el epígrafe II, es decir, que el control del cumplimiento del principio de transparencia material corresponde única y exclusivamente a los notarios, bastando con que conste en la escritura de préstamo hipotecario la reseña identificativa del acta previa junto con la aseveración del notario autorizante de que, de acuerdo con el acta, el prestatario ha recibido en plazo la información y asesoramiento legalmente previstos. Ello es así porque para la autorización de la escritura el notario habrá necesariamente de verificar la coincidencia de las condiciones de la misma con las de la FEIN, salvo que se trate de condiciones claramente más favorables para el prestatario.

Además, como novedad, el Centro Directivo defiende la vigencia del artículo 30 de la Orden EHA 2899/2011 en cuanto al derecho del consumidor, ya trate de supuestos sujetos a la LCCI o no—, a consultar el texto de la escritura con una antelación de tres días, sin perjuicio de su posible renuncia, llegando incluso a señalar que debería informarse al consumidor de este derecho en la propia acta. En relación con este punto, no podemos más que mostrarnos en total desacuerdo con la DGRN porque, a nuestro juicio, aun cuando los arts. 29 y 30 de la Orden EHA 2899/2011 no hayan sido modificados por la Orden ECE/482/2019 —que sí que modificó otros preceptos de la misma, incluida la rúbrica en la que se encuadran—, los mismos deben entenderse superados por la normativa contenida en la LCCI en esta materia. Y ello porque:

- Tal y como ha reconocido el Centro Directivo, cuando estemos ante un contrato de préstamo o crédito sujeto a la LCCI, será necesario que el notario controle la coincidencia entre las condiciones del mismo y las de

la FEIN, pero no es necesario que así se haga constar expresamente, tal y como exigiera la propia DGRN con base en el propio art. 29, Orden EHA 2899/2011, antes de la entrada en vigor de la LCCI. Y ello porque la necesaria coincidencia entre la escritura y la FEIN resulta de la propia LCCI en sus arts. 14 y 15. Por lo tanto, el art. 29 citado —que curiosamente se sigue refiriendo a la «Ficha de Información Personalizada» y no a la FEIN— puede entenderse superado.

- El apartado 1 del art 30, Orden EHA 2899/2011, relativo a la elección de notario, también debe entenderse superado por la LCCI, ya que la misma, en lugar de remitirse al Reglamento Notarial en esta materia, dispone en su art. 15.1 que el acta —y consiguientemente el préstamo hipotecario— habrá de formalizarse ante el notario elegido por el prestatario.
- El apartado 2 del artículo 30 citado, relativo al derecho a examinar el proyecto de la escritura durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento, que es el objeto específico de esta crítica, también ha pasado a carecer de sentido cuando estemos ante un CCI. ¿Por qué? Porque el prestatario —y en su caso el garante/fiador persona física— necesariamente van a tener en su poder al menos 10 días antes de la firma de la escritura el proyecto del contrato de préstamo que se va a documentar en la escritura, ya que el mismo se encuentra entre los documentos que necesariamente la entidad prestamista ha de entregar al prestatario, pues así lo exige el art. 14.1.d), debiendo además el notario verificar dicha circunstancia con ocasión del acta previa.
- Y finalmente carece de sentido entender aplicable el apartado 3 del art. 30 a un contrato sujeto a la LCCI, dado que las obligaciones de información que resultan exigibles a partir de la entrada en vigor de la misma, tanto por parte de la entidad prestamista, como por parte del notario autorizante del acta previa, son mucho más amplias que las recogidas en el citado precepto.

Por lo tanto, y concretamente en relación con el supuesto derecho a examinar el proyecto de escritura en los tres días hábiles anteriores al otorgamiento, que incomprensiblemente —no solo por las razones expuestas, sino por ser el único inciso de los arts. 29 y 30, Orden EHA, Orden EHA 2899/2011, que resultaría de aplicación— la DGRN entiende vigente, no podemos más que concluir que la exigencia del Centro Directivo de que así se haga constar en la escritura, y más aún en el acta, carece de todo sentido, habida cuenta de que el futuro prestatario/fiador/garante ya tendrá en su poder el proyecto de contrato y, por tanto, de la escritura de préstamo hipotecario que necesariamente ha de coincidir con el mismo, durante un periodo muy superior al de los tres días que fuera de aplicación antes de la entrada en vigor de la LCCI.

8. El número identificador del depósito en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del modelo de contrato de préstamo utilizado

Tal y como ya señalara la DGRN en la Instrucción de 13 de junio de 2019, el notario habrá de verificar, indicándolo así en la escritura de préstamo hipotecario, el previo depósito por parte de la entidad prestamista en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación del modelo de contrato de préstamo utilizado, aun cuando sea admisible que determinadas cláusulas particulares no sean coincidentes con las condiciones generales depositadas.

Ahora bien, aun cuando sea frecuente que las propias entidades financieras suelen señalar en sus minutas los números de identificación de las cláusulas depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, eso no significa que el notario deba necesariamente consignar dicho número en la escritura de préstamo hipotecario como requisito de la inscripción registral.

Por otro lado, el Centro Directivo considera un requisito imprescindible de la escritura que en la misma se haga constar una dirección de correo electrónica de la parte prestataria como medio para posibilitar que le sea remitida por este medio información por parte del registrador sobre la inscripción de la garantía hipotecaria. Nuevamente, no podemos estar de acuerdo con la solución adoptada por el Centro Directivo. Ciertamente la Disposición Adicional 8.^a LCCI establece una obligación para el notario en este sentido al señalar en su párrafo segundo lo siguiente: «*En la escritura se harán constar una dirección de correo electrónico del prestatario para la práctica de estas comunicaciones*». Pero, ¿estamos ante una norma imperativa, no renunciable para el prestatario? ¿Y si el prestatario no dispone de un correo electrónico o no quiere proporcionarlo y prefiere una copia simple en papel aunque sea a su costa? ¿Debemos por ello privarle de un préstamo con garantía hipotecaria? A nuestro juicio, supeditar la inscripción del préstamo hipotecario a la constancia de un correo electrónico en la escritura no solo resulta excesivo sino que ni siquiera tiene en cuenta el propio tenor de la Disposición Adicional 8.^a, la cual se refiere expresamente en su encabezamiento a los deberes de los notarios y registradores con ocasión de la autorización y posterior inscripción del préstamo hipotecario y, por tanto, no puede limitar los derechos de un prestatario que voluntariamente renuncie a una copia simple electrónica gratuita y a la posterior remisión de información acerca de la inscripción de la hipoteca por vía electrónica. Eso sin entrar a discutir el supuesto carácter constitutivo de la garantía hipotecaria que parece atribuirse a la inscripción en las líneas objeto de este comentario.

9. Préstamos en moneda extranjera

La DGRN entiende que para que nos encontremos ante un préstamo en moneda extranjera a los efectos de la LCCI basta con que se dé uno de los criterios

señalados en la misma, sin que sea necesario que se den ambas circunstancias cumulativamente:

- a) Que el prestatario perciba los ingresos o tenga los activos con los que ha de reembolsar el préstamo en el momento de formalizar éste en moneda distinta de la del préstamo —a estos efectos es indiferente que solo la mayoría de los activos o ingresos estén denominados en moneda distinta a la del préstamo—.
- b) Que el prestatario sea residente de otro Estado Miembro —no si lo es en un tercer país— cuya moneda sea diferente a la del préstamo.

Además, el Centro Directivo plantea qué pasa si, una vez concedido el préstamo en la moneda del país de residencia del prestatario —y sin que se dé el supuesto a) anteriormente reseñado—, el prestatario se convierte en residente en un Estado miembro distinto. Rechaza en este caso la DGRN la aplicación del art. 20 LCCI por entender que el mismo no atribuye al prestatario un derecho *ex novo* de conversión, todo ello sin perjuicio del criterio que puedan defender en el futuro los tribunales.

10. Préstamos hipotecarios sujetos a derecho extranjero cuando el inmueble hipotecado está situado en territorio español

Tras un extenso análisis de la normativa aplicable, la DGRN concluye que aunque las partes, ex art. 3.1 Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (Roma I), puedan acordar la sujeción del contrato de préstamo hipotecario a la ley de otro país, deberá respetarse en todo caso, no sólo el régimen específico de protección que la normativa de consumo del país de la residencia del prestatario pueda imponer, sino también todos los requisitos que imperativamente establece la LCCI para la válida constitución de la hipoteca, esto es, tanto el acta notarial del art. 15 (o su equivalente) como toda la documentación e información cuya entrega y contenido constituyen el objeto de dicha acta y la posterior escritura pública de préstamo que habrá de ser autorizada por el mismo notario. Por lo tanto, de autorizarse el acta previa y posterior escritura de préstamo hipotecario fuera de España será necesario verificar la correcta equivalencia material y formal en los términos señalados. Ello sin perjuicio de la necesidad de cumplir por parte del prestamista profesional las obligaciones impuestas en la LCCI.

11. Importe mínimo del reembolso anticipado

El Centro Directivo se pronuncia también sobre una cuestión que no ha sido pacífica en estos meses de andadura de la LCCI: la exigencia de un importe mínimo para la amortización anticipada por parte del prestatario. Este tipo de cláu-

sulas han generado dudas en torno a su admisibilidad, ya que van en contra del tenor de la LCCI, que no admite más limitación a la amortización anticipada que la posibilidad de establecer un preaviso durante el plazo máximo de un mes. Es por ello que la DGRN, en la Instrucción objeto de estos comentarios, defiende su razonabilidad, habida cuenta del recálculo que conlleva toda amortización anticipada para la entidad prestamista y de que la realización de diversas amortizaciones por parte del prestatario de pequeñas cantidades podría conllevar un coste excesivo para la parte prestamista y un abuso de derecho por parte del prestatario. Ahora bien, como también apunta la DGRN, son los tribunales y no los notarios o registradores quienes habrán de valorar la proporcionalidad y, por ende, la admisibilidad de cada pacto de este tipo en concreto. Además, el Centro se pronuncia expresamente a favor de la admisibilidad de un pacto en que se exija que todas las solicitudes de amortización anticipada por debajo de un determinado importe se tengan que preavisar con un mes de antelación o en que se exija que todas las solicitudes presentadas dentro de un mes se deban ejecutar de forma conjunta mediante un único pago. Sea como fuere, habrá que esperar a los futuros pronunciamientos judiciales, limitándose la labor notarial hasta entonces a advertir a la parte prestataria de la existencia de este tipo de limitaciones.

12. La LCCI y las operaciones de reestructuración en aplicación del Código de Buenas Prácticas

En relación con las operaciones de reestructuración que puedan formalizarse entre deudores con extraordinarias dificultades para atender el pago o en el umbral de la exclusión y entidades financieras adheridas al Código de Buenas Prácticas a que se refiere el RD-ley 5/2012, la DGRN entiende que la simple aplicación de las medidas previstas legalmente para estos supuestos a contratos de préstamo constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI no da lugar a la aplicación de la misma, a no ser que junto a las medidas de reestructuración se pacten otras modificaciones en las condiciones del préstamo o se reunifiquen las deudas de deudor, en cuyo caso sí sería necesaria la formalización del acta previa y el respeto a las disposiciones imperativas establecidas en la LCCI.

*(Trabajo recibido el 26/12/2019
y aceptado para su publicación el 31/12/2019)*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ADQUIRENTE DEL NEGOCIO O EMPRESA FRENTE A LOS CLIENTES Y LAS DOCTRINAS DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y DE LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO DENTRO DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO: LA PROGENIE JURISPRUDENCIAL DEL CASO CAIXABANK-PIMEBANK¹

LUIS HERNANDO CEBRIÁ
Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidad de Valencia

RESUMEN

Las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 (núm. 652) y las correlativas de 1 febrero (núms. 54 y 55), de 13 de febrero (núm. 71) y de 26 de marzo de 2018 (núm. 257), junto con otros autos del Alto Tribunal referidos al mismo asunto, conforman una línea jurisprudencial que aborda la responsabilidad frente a terceros de la entidad adquirente en la transmisión del negocio bancario. A partir de supuestos fácticos coincidentes respecto de la previsión contractual que establece que no resultan transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales [...] futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor [...]», y toda vez que la entidad transmitente ha sido disuelta, estas sentencias declaran que el pacto entre comprador y vendedor no es oponible frente a los clientes de la entidad vendedora, puesto que la transmisión del negocio bancario comporta la cesión global de los contratos celebrados con ellos y la transmisión de la posición jurídica del cedente.

Palabras clave: transmisión de negocio bancario, cesión global de contratos, pasivos contingentes, servicios de inversión, comercialización de acciones y obligaciones y contratos de custodia y administración de instrumentos financieros.

¹ Trabajo integrado en el proyecto de investigación de excelencia «Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER2017-83428-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales el Prof. D. José Miguel EMBID IRUJO y la Pfra. D.^a María de Lourdes FERRANDO VILLALBA; y en el proyecto de investigación del programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientado a los retos de la sociedad «Nuevos Instrumentos Jurídicos para la Financiación de la PYME» (DER2015-6539-R), del que es investigadora principal la profesora Carmen BOLDÓ RODA.

**CONTRACTUAL LIABILITY OF THE PARTY
ACQUIRING A BUSINESS OR COMPANY IN RESPECT
OF CLIENTS AND THE DOCTRINES OF LEGITIMATE
EXPECTATION AND CREDIT PROTECTION WITHIN
THE SCOPE OF ECONOMIC PUBLIC ORDER: CASE
LAW RESULTING FROM THE CAIXABANK PIMEBANK
CASE²**

LUIS HERNANDO CEBRIÁ
Senior Lecturer in Commercial Law
University of Valencia

ABSTRACT

Judgments of the Supreme Court 29 November 2017 (no. 652), and correlative judgments of 1 February (nos. 54 and 55), of 13 February (no. 71), and 26 March 2018 (no. 257), together with High Court cases referring to the same matter, creating a line of case law that addresses third party liability claims of the acquiring entity when transferring the banking business. Based on pertinent factual cases in respect of contractual measures establishing that “contingent liabilities”, consistent with future “contractual claims” [...] that may derive from the vendor’s activity [...]” will not be transferred, and as the transferring company has been dissolved, these judgments declare that the buyer/seller agreement cannot be opposed in respect of the vendor’s clients, as the transfer of the banking business necessitates global assignment of the contractual agreements between the parties, along with transfer of the assignor’s legal status.

Keywords: transfer of banking business, global assignment of contractual agreements, contingent liabilities, investment services, commercialisation of shares and debentures, and safe keeping and administration of financial instrument agreements.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. DOCTRINA.—III. COMENTARIO.—IV. CONCLUSIÓN.

² This work is part of the investigation of excellence in the «Organisational phenomenology in corporate law: new models of corporate business» (DER2017-83428-P), financed by the Ministry of Economy and Competitiveness with Professors José Miguel EMBID IRUJO and María de Lourdes FERRANDO VILLALBA as the main researchers; and in the state research programme, development and innovation in respect of corporate challenges «New Legal Instruments for Financing PYMEs» (DER2015-6539-R), with Carmen BOLDÓ RODA as main researcher.

I. HECHOS

El 1 de diciembre de 2011 fue elevado a escritura pública el «contrato de compraventa de negocio bancario», suscrito el 29 de septiembre de ese mismo año, por el que Bankpime transmitió a Caixabank «su negocio bancario como unidad económica» (cláusula primera). En el contrato las partes acordaron que el comprador adquiriría únicamente los elementos patrimoniales que conformaban el negocio bancario de Bankpime, incluyendo la intermediación de valores, depositaría y custodia, así como su gestora de fondos, «sin sucesión universal».

Bajo la rúbrica «cesión del negocio transmitido», en la cláusula segunda las entidades bancarias relacionaron los activos y pasivos transmitidos. Al efecto estipularon que «el Vendedor cederá al Comprador los contratos y las operaciones relacionadas con el Negocio Transmitido, que los asumirá en los términos establecidos en este Contrato»; y bajo la rúbrica «cesión del negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y otras actividades relacionadas con el negocio transmitido», acordaron lo siguiente: «El Vendedor cederá al Comprador, que asumirá en virtud de tal cesión la posición contractual del primero, el negocio de depositaría, custodia, intermediación de valores, gestión discrecional de carteras y todas aquellas otras actividades relacionadas o derivadas del Negocio Transmitido, incluida la llevanza del registro contable de las acciones emitidas por la propia Bankpime».

En cuanto a la cuestión controvertida en la litis, la cláusula cuarta del contrato estableció que «el comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente asumidos en la cláusula 2.2 anterior. En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente Contrato y constituyen pasivos retenidos por el Vendedor y no transmitidos al Comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura. [...] El Vendedor mantendrá indemne al Comprador por los daños y perjuicios que

pudiera sufrir como consecuencia de los pasivos no cedidos». En el expositivo IV del contrato también se hizo constar la declaración de Bankpime en el sentido de que con el precio recibido y los activos no bancarios que no transmitía, como entidad cedente, quedaban recursos suficientes para hacer frente a los pasivos remanentes.

Tras la firma y la elevación a escritura pública del contrato, previa aprobación en la Junta general de la sociedad vendedora, Bankpime pasó a denominarse Ipme 2012, S. A., renunció a la autorización para operar como entidad de crédito y a finales de 2012 fue dada de baja en el Registro de Bancos y Banqueros, tras lo cual entró en concurso, que finalmente acabó con la liquidación de su patrimonio, debido a la falta de aprobación del convenio propuesto. Con posterioridad, distintos clientes accionaron contra Caixabank en reclamación, en resumen, de la nulidad de los contratos por vicio del consentimiento, con el efecto del reintegro o devolución de las prestaciones, o, alternativamente, la resolución de los contratos bancarios de comercialización de productos de inversión contraídos con Bankpime. Estos, a su vez, tenían su origen en las órdenes de adquisición de bonos de las compañías General Motors Company y Lehman Brothers, de valores del banco islandés Kaupthing Bank y del producto de renta fija denominado «Aisa 08/11 5% BO». En definitiva, los motivos de las reclamaciones provenían de la falta de pago de los intereses de los bonos que les correspondía percibir y de la reducción del valor de los productos financieros de las entidades emisoras, en unos casos por la intervención pública de tales entidades, en otros por su situación de insolvencia.

II. DOCTRINA

1. Considera el Tribunal Supremo que los detalles relativos al riesgo asumido, las circunstancias de las que depende y los operadores económicos a los que se asocia tienen carácter esencial en el contrato de adquisición de activos financieros, pues se proyectan sobre las presuposiciones del cliente respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, y en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia). Además, tales informaciones se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión, por lo que su falta de comunicación al inversor, dentro de las exigencias de cumplimiento a las obligaciones legales de información, presume la existencia del error por vicio que exige la sanción de la nulidad contractual.

2. La relación entre la empresa de inversión y el inversor no es la de un simple intermediario con la entidad emisora. Según el Tribunal, a fin de justificar la obligación de información que recaía sobre la empresa de inversión al comercializar el producto financiero y en atención a las características de la relación, se trata, más bien, de una compraventa que tiene por objeto un producto que la empresa de inversión se encarga de obtener directamente del emisor o de un an-

terior titular para transmitirlo a su cliente. De otro lado, la comercialización por Bankpime de los instrumentos financieros emitidos por otras entidades mantiene una íntima relación con los contratos relativos a su custodia y administración, de ejecución continuada, celebrados entre los clientes y Bankpime, y en los que Caixabank se ha de subrogar con motivo de la transmisión del entero negocio bancario.

3. Sobre la responsabilidad frente a terceros de la entidad adquirente, el Tribunal señala que la transmisión del negocio bancario de Bankpime a Caixabank comporta la cesión global de los contratos celebrados con sus clientes y la transmisión de la posición jurídica del cedente. En su virtud, carece de eficacia frente a tales clientes la previsión contractual que establece que no resultan transmitidos los «pasivos contingentes» consistentes en «reclamaciones contractuales [...] futuras que puedan derivarse de la actividad del vendedor [...]».

4. La transmisión por Bankpime a Caixabank de su negocio bancario como unidad económica y, por lo tanto, la sustitución de Bankpime por Caixabank en la posición contractual que aquel ostentaba frente a cada uno de sus clientes, como elemento integrante de dicha transmisión, justifican que estos puedan ejercitar contra Caixabank las acciones de nulidad contractual, por error fundado en vicio del consentimiento, respecto de los contratos celebrados con Bankpime antes de la transmisión del negocio bancario. Todo ello sin perjuicio de las acciones que Caixabank pueda ejercitar contra Bankpime para quedar indemne frente a esas reclamaciones, de conformidad con lo previsto en el contrato celebrado entre ambos bancos.

5. Por último, respecto de la caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros, el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato basada en error o dolo no puede quedar fijado antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de su existencia. Se habrá de estar, por consiguiente, no obstante la causación del error en la celebración del contrato debido a una errónea representación de la naturaleza o caracteres esenciales del producto adquirido, al momento en el que el inversor conozca la falta del pago de los intereses o la depreciación del valor de su inversión.

III. COMENTARIO

1. Incumplimiento de los deberes de información de la normativa reguladora del mercado de valores por parte de la entidad servicios de inversión: incumplimiento de las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información. El presente trabajo tiene su punto de partida en los pronunciamientos del Tribunal Supremo español a raíz de la adquisición de Bankime por la Caixa. En ellos el Tribunal incide en la existencia de un error por vicio del consentimiento en la adquisición de productos financieros complejos, haciéndose eco de una dilatada

jurisprudencia vertida en torno al deber de información que incumbe a la empresa de servicios de inversión frente al cliente no profesional. A tal efecto conviene iniciar la exposición con la evolución legislativa llevada a cabo, merced a la necesidad de un mayor control del sistema financiero, por las conocidas como Directivas MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), en particular en el punto relativo al deber de información de las entidades participantes en la colocación y comercialización de productos financieros frente a los usuarios de sus servicios. Todo ello se ha de poner en relación con las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información en las relaciones que les unan con sus clientes³.

El artículo 79 de la anterior Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores estableció unas primigenias obligaciones de diligencia y transparencia a las entidades que presten servicios de inversión a través de la exigencia de actuación en interés de sus clientes, para lo cual habían de cuidar de sus asuntos como si fueran propios. Posteriormente, el artículo 79 bis, adicionado por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, desarrolló las obligaciones de información en orden a exigir que los clientes, incluidos los potenciales, entre otros aspectos, tuvieran un conocimiento adecuado acerca de los instrumentos financieros y respecto de las estrategias de inversión. Con ello obligó a las entidades a efectuar las orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias. Este deber es a su vez objeto de un posterior desarrollo en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, a través del artículo 208, que establece las obligaciones generales de diligencia y transparencia, y de los siguientes artículos del referido cuerpo normativo. En particular, el artículo 209 regula el deber general de información, el artículo 210 incorpora las orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y el artículo 211 recoge el deber de información periódica de los servicios prestados en relación con los instrumentos financieros.

³ La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, traspuso a España la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, así como las Directivas 2006/73/CE, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. Posteriormente cabe tener presente la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 2002/92/CE y 2011/61/UE; la Directiva 2016/1034, de 23 de junio de 2016, por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE, relativa a los mercados de instrumentos financieros; así como la Directiva Delegada 2017/593/UE, de 7 de abril de 2016, por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios, que fue objeto de transposición parcial mediante el Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores, y mediante el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Pero junto a ello conviene no dejar de lado las exigencias relativas a la comprobación de la idoneidad del cliente y la calificación del instrumento como un «producto financiero complejo»⁴. En tal sentido, el artículo 79 bis de la Ley 24/1988 ya anticipó que la entidad había de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión, en correspondencia con el tipo de producto o de servicio concreto de que se tratara y, en su caso, que había de advertirle acerca de la conveniencia de la inversión. Sin embargo, esta exigencia de evaluación no resultaba aplicable a las acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país, ni a los instrumentos financieros no complejos, entre los cuales cabe incluir los bonos, obligaciones y otros valores análogos⁵. Como resultado de las medidas de tutela del inversor, en la actualidad, el artículo 208 ter del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores establece el marco del diseño y comercialización de productos financieros en relación con el «mercado destinatario definido de clientes finales dentro de la categoría de clientes pertinentes» y exige la compatibilidad de los instrumentos financieros con las necesidades de tales clientes. En este orden de cosas, los artículos 212 y siguientes imponen el deber general de estas entidades de conocer a sus clientes y, como expresión del anterior, los deberes de evaluación de su idoneidad, con separación entre clientes minoristas, clientes profesionales y contrapartes elegibles, y de evaluación de la conveniencia del instrumento para el cliente en concreto⁶. Con todo, de un lado, el artículo 216 reconoce la exención de la evaluación de la conveniencia para instrumentos financieros no complejos, mientras que el artículo 217, de forma específica, excluye, entre otros, las acciones y las obligaciones u otras formas de deuda titulizadas admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país o en Sistemas Multilaterales de Negociación⁷.

⁴ En tal sentido, ya EMBID IRUJO, J. M.: «La cuenta corriente bancaria», *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 65, 1997, pp. 125-148, p. 136, avanzó la necesidad de aclarar dos elementos básicos del deber de información en los contratos bancarios: de una parte, con carácter objetivo, los relativos a las particularidades técnicas de la operación; y, de otra, con carácter subjetivo, la adaptación del contenido de la información a la experiencia y competencia técnica del cliente.

⁵ Así lo confirma la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 14 de octubre de 2010, en sus apartados segundo y tercero.

⁶ En tal sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 9 de diciembre de 2015 (asunto C 595/13), caso *Staatssecretaris van Financiën contra Fiscale Eenheid X NV* cs, y de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11), caso *Genil 48, S. L., y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S. L., contra Bankinter, S. A., y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*, a efectos de «permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate», en relación con «su calidad de inversor, que se presente como conveniente para el cliente o se base en una consideración de sus circunstancias personales y que no esté divulgada exclusivamente a través de canales de distribución o destinada al público».

⁷ De otra parte, remite al artículo 56 del Reglamento Delegado (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y a los términos definidos a efectos de dicha Directiva.

Conviene tener presente que estos deberes se han de completar con el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión⁸. Su artículo 60 exige que la información ha de ser imparcial, clara, exacta, no engañosa, suficiente y comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios; su artículo 61 remarca la clasificación de los clientes entre minoristas, profesionales y contrapartes elegibles; y los artículos 62 y 64 señalan los requisitos generales de información sobre los instrumentos financieros⁹. En este punto, si bien la mayor parte de las menciones, así como las exigencias informativas del artículo 63, se refieren a la información destinada a los clientes minoristas, todavía el artículo 64, además de las indicaciones señaladas en los apartados quinto y sexto del artículo 65, extiende a los clientes profesionales la descripción general de la naturaleza y de los riesgos de los instrumentos financieros. A tal efecto, la información dispensada ha de tener el suficiente detalle para que los clientes puedan tomar decisiones de inversión fundadas. Y en concreto este artículo impone que, cuando la entidad proporcione a un cliente minorista información sobre un instrumento financiero que sea objeto en ese momento de una oferta pública sujeta a la obligación de elaborar un folleto informativo, deberá comunicar la fecha en que el folleto se pondrá a disposición del público. Para ello acude al anterior artículo 30 bis de la Ley 24/1988, remisión que actualmente se ha de entender efectuada a los artículos 34 y 35 del texto refundido respecto de la obligación de publicar el folleto informativo de una oferta pública de venta o de suscripción de valores¹⁰.

Con todo ello en las manos, se ha de reconocer la incidencia que en las operaciones de inversión financiera puede tener que el cliente no sea un cliente minorista y que el instrumento financiero no merezca la calificación de «producto financiero complejo». Respecto de los clientes profesionales, la empresa, o mejor, la entidad de servicios financieros, no ha de requerir su idoneidad, en virtud del apartado tercero del artículo 213 del Texto refundido; de otro lado, en relación con los instrumentos financieros no complejos o «simples», el artículo 216 excluye la necesidad de que la entidad haya de evaluar la conveniencia o la adecuación del servicio o producto de inversión para el cliente. Pero, en ambos casos, se ha de destacar que el deber general de información de la entidad se ha de mantener incólume¹¹.

⁸ Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

⁹ Asimismo, FERRANDO VILLALBA, M.^a L.: «Deber de información sobre el riesgo en el contrato de gestión de carteras: la doctrina del Tribunal Supremo español», *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, vol. 112, núm. 1, 2014, pp. 79-109, p. 92.

¹⁰ Sobre la responsabilidad derivada de estas deficiencias informativas, *in extenso*, GRIMALDOS GARCÍA, M.^a I.: *Responsabilidad civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

¹¹ Destaca FERRANDO VILLALBA, M.^a L.: «Deber de información sobre el riesgo», *cit.*, p. 90, que la sola «ejecución de órdenes de valores» no excluye, en virtud de la profesionalidad del comisionis-

Con estos mimbres legislativos se han de revisar las consideraciones vertidas por el Tribunal Supremo, en particular, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de 13 de febrero de 2018. En el punto relativo al error por vicio del consentimiento en la adquisición de productos financieros complejos contempla, en primer lugar, una presunción de falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y acerca de sus riesgos asociados cuando se trate de un cliente no profesional y, con ello, la presunción del error basado en el vicio del consentimiento respecto de su sustancia¹². Parece, sin embargo, que, en atención a la regulación sobre la actividad de estas entidades, el enfoque se debiera llevar a cabo desde la evaluación de la idoneidad del cliente, su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas. Todo ello no debiera traducirse en una presunción de vicio con origen en un error en el consentimiento del cliente, sino en mayores exigencias en el cumplimiento de los deberes de la entidad de servicios de inversión. Así se ha de señalar respecto del deber general de diligencia, que se concreta en la observancia de la obligación de la evaluación de la idoneidad del cliente, de modo que de su falta se desprenda, en su caso, el incumplimiento del deber de información de la entidad en la comercialización de los instrumentos financieros¹³.

Esto no obsta, sin embargo, para considerar que el incumplimiento del deber de información, cuando afecta a las orientaciones y advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros en concreto o, en general, a las estrategias de inversión, pueda ser considerado como un elemento esencial

ta y de la asimetría informativa respecto del inversor, que aquél haya de informar convenientemente a su cliente, sin que sea suficiente la expresión de éste del conocimiento del producto o la cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad para que ésta pueda evitar la responsabilidad por el déficit informativo. La existencia de asimetría informativa constituye el elemento central para la nulidad por error invalidante del consentimiento prestado en las sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 2015 (núm. 207) y de su Sala de lo Civil, Sección Pleno (núm. 323) de 30 junio de 2015, por cuanto, desde una visión finalista de la regulación, «cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros... Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo» y, por lo tanto, «el error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias».

¹² Tal orientación es recogida por PANIZA FULLANA, A.: «El préstamo hipotecario multidivisa: deber de información, error del consentimiento y protección del consumidor», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 10, 2017, pp. 89-100, p. 94, en cuanto el perfil del contratante se configura como un punto clave en la determinación de la información suficiente sobre el producto contratado y, en consecuencia, sobre la excusabilidad del error.

¹³ Desde esta perspectiva, cuestión distinta será, como señala FERRANDO VILLALBA, M.^a L.: «Deber de información sobre el riesgo», *cit.*, p. 95, que la prueba de suficiencia de la información contractual, en los términos que sean legalmente requeridos, recaiga sobre la entidad financiera.

del objeto del contrato¹⁴. De este modo, el activo subyacente, en estos supuestos con referencia a las características y circunstancias de las entidades emisoras de los instrumentos financieros, así como a los riesgos derivados de la actividad, operativos o del mercado, inciden en la sustancia, cualidades o condiciones del objeto contractual. La influencia sobre el comportamiento económico del cliente tiene lugar, en particular, cuando este desconoce el impacto que sobre los instrumentos financieros en los que invierte puede tener una eventual situación de insolvencia de la entidad emisora. En todo caso, tales exigencias informativas se mantienen, desde la normativa del mercado de valores, no solo para los clientes minoristas, sino también para los profesionales, sin perjuicio de la exclusión de la evaluación de la idoneidad.

Como cuestión distinta se ha de considerar la condición de cliente minorista y la comunicación de la fecha del folleto de la oferta pública que tenga por objeto un instrumento financiero, en tanto que el folleto ha de ser conocido por los clientes profesionales. En este punto resulta concluyente para el Tribunal que los clientes no recibieran ningún folleto informativo ni ningún otro tipo de documentación previa a la suscripción de las órdenes de compra en los que fueran advertidos de los riesgos implícitos de las inversiones que llevaban a cabo; ni tampoco acerca de características esenciales de los productos contratados. Resulta ilustrativa de la falta de información, asimismo, la contestación a la reclamación de 27 de noviembre de 2012, en el expediente seguido en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Como resultado, el informe final señaló la falta de la evaluación de la adecuación del producto contratado a la experiencia o al perfil inversor del cliente, así como de información acerca de las características del producto y sobre los riesgos derivados de la situación económica excepcional que atravesaban las entidades emisoras¹⁵.

Tampoco es óbice para alcanzar tal conclusión que las acciones y los bonos, sometidos a un riesgo de mercado, no deban ser considerados instrumentos financieros complejos, a diferencia de otras resoluciones recaídas sobre distintos

¹⁴ Acerca de este aspecto, TAPIA HERMIDA, A. J.: «Los contratos bancarios de depósito, administración y gestión de valores negociables», *Contratos bancarios* (dir. R. García Villaverde), ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 603-682, p. 664.

¹⁵ Señalan las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 9 de diciembre de 2015 (asunto C 595/13), caso *Staatssecretaris van Financiën contra Fiscale Eenheid X NV cs*, y de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11), caso *Genil 48, S. L., y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S. L., contra Bankinter, S. A., y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*, que «corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales que deben derivarse de la inobservancia, por parte de una empresa de inversión que ofrece un servicio de inversión, de las exigencias de evaluación». A tal efecto, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (núm. 244) de 18 de abril de 2013, en su fundamento de derecho sexto, recoge la «obligación de recabar información a sus clientes sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión, y la de suministrar con la debida diligencia a los clientes cuyas carteras de inversión gestionan una información clara y transparente, completa, concreta y de fácil comprensión para los mismos, que evite su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata».

«productos financieros», en particular, sobre las permutas financieras de tipos de interés y los préstamos hipotecarios multidivisa¹⁶. En estos últimos supuestos, tal calificación incorpora una carga informativa adicional en favor de los clientes, como es la evaluación de la conveniencia de su perfil para la inversión propuesta. De este modo, la entidad de servicios de inversión asume la obligación de recabar la manifestación del inversor en la que conste, en su caso, la advertencia por parte de la entidad acerca de la inconveniencia del producto, a efectos de que quede constancia del consentimiento informado del cliente¹⁷. Pero aun cuando no se trate de instrumentos financieros complejos y por lo tanto no sea exigible esta carga adicional, la entidad en todo caso ha de considerar el mercado destinatario y mantiene la obligación de prestar información a los inversores sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros que diseñe o comercialice¹⁸.

¹⁶ Más ampliamente, en el ámbito de las permutas financieras de tipos de interés, FERRANDO VILLALBA, M.^a L.: «SWAP: vicios del consentimiento y anulación del contrato», *Diario La Ley*, núm. 7523, 2010; BARCELÓ DOMÉNECH, J.: «La anulación del contrato de SWAP por error en el consentimiento», *Revista de derecho privado*, núm. 96, 2012, pp. 3-46; MÉNDEZ TOJO, R.: «La permuta financiera de tipos de interés o swap: error en el consentimiento o contrato consentido», *Diario La Ley*, núm. 7956, 2012; y VELA TORRES, P. J.: «Nulidad de unos contratos de swap por vicio en el consentimiento, a pesar de la firma de documento predispuesto», *Diario La Ley*, núm. 9232, 2018; y en el de las hipotecas multidivisa, en particular a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16), en el caso *Ruxandra Paula Andriuc y otros contra Banca Româneasca S. A.*, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «El abuso de la cláusula abusiva y la exagerada relevancia de la información en relación al préstamo hipotecario multidivisa», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 1, 2016, pp. 127-156; PANIZA FULLANA, A.: *cit.*, pp. 89-100; AGORRETA MARTÍNEZ, I.: «Nivel de información que debe facilitar el banco en las multidivisas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2017, pp. 149-150; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La hipoteca multidivisa y el deber de información», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 768, 2018, pp. 2234-2249.

¹⁷ Sobre este particular, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (núm. 244) de 18 de abril de 2013, en su fundamento de derecho séptimo, declaró que «el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas» y que «lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida»; información que «podría ser suficiente en el caso de otra relación contractual más simple, pero no lo es en el contrato de gestión discrecional de cartera de valores, pues no alcanza el estándar de la conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula y que ha sido expuestas».

¹⁸ También desde la perspectiva de las entidades de crédito, el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, entre las medidas de protección del cliente, incluye, de un lado, la constancia, de forma explícita y con la mayor claridad posible, de los riesgos derivados del servicio o producto dentro de la información precontractual que la entidad debe proporcionar a los clientes, del contenido de los contratos y de las

2. La posición jurídica de la entidad de servicios de inversión en la comercialización de productos financieros. La conceptualización de estas entidades como empresas de servicios de inversión lleva al equívoco de tomar la actividad por la forma social u organizativa que adopta la entidad, donde cabe ubicar a las sociedades y las agencias de valores y a las sociedades gestoras de carteras. Incluso forman parte de esta categoría otras «entidades» y personas que se dediquen al asesoramiento financiero, en tanto que pueden ser personas físicas o jurídicas que tengan por objeto prestar, de forma exclusiva, los servicios y actividades de asesoramiento en materia de inversión y sus servicios auxiliares (cfr., artículo 143 TRLMV respecto de estas entidades y el artículo 140 sobre los servicios y actividades de inversión). Aclarado lo anterior, conviene asimismo remarcar que su actividad principal, en términos generales, consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros respecto de instrumentos financieros. Esto hace que su labor, en principio, quede circunscrita a una función de intermediación entre los emisores de los instrumentos financieros y los inversores, que, en todo caso, han de tener la condición de terceros¹⁹.

Este es el planteamiento que mantiene la entidad bancaria, como prestadora del servicio de inversión, cuando alega que intervino en la relación entre las entidades emisoras y los clientes solo como mero intermediario de la compra del producto de inversión. Sostiene sin embargo nuestro Alto Tribunal que más bien se trata de un contrato de compraventa. Y, para apoyar tal afirmación, señala que la entidad ofertó y comercializó las acciones y los bonos que son objeto de la acción de nulidad del contrato de adquisición instada por los clientes. En tal sentido, no consta en los autos si tales instrumentos fueron emitidos directamente por las compañías quebradas, General Motors Company, Lehman Brothers o el banco islandés Kaupthing Bank, o si fueron transmitidos por un anterior titular. Señala el Tribunal que cuando el cliente de la entidad dedicada a los servicios de inversión, en este caso un banco, adquiere un producto de inversión que ella comercializa, el negocio jurídico no funciona en realidad como una intermediación, sino como

comunicaciones posteriores de su ejecución; y, de otro, la transparencia de las condiciones básicas de comerciabilidad o contratación de servicios y productos bancarios, a fin de que el cliente pueda evaluar si se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.

¹⁹ Dentro de los complejos entramados de personas intervinientes en estas operaciones, TREROTOLA, L.: «Delimitación del concepto de incentivos en la MiFID II, con especial referencia a la nueva regulación del servicio de inversión de colocación de instrumentos financieros», *La Ley mercantil*, núm. 45 (marzo), 2018, p.7, distingue entre las figuras de la entidad colocadora, la entidad depositaria de los fondos, la entidad agente de la emisión, la entidad de pago, las entidades que organicen los *road-shows* entre los potenciales inversores y las entidades de *rating* o calificación crediticia. A este entramado, añaden IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W., GÓMEZ DE ZAYAS, B., YZQUIERDO TOLSADA, M., BORGIA SORROSAL, S.: «El contrato de suscripción de valores negociables, contratos de colocación de instrumentos, aseguramiento de emisiones y dirección de emisiones. El contrato de «rating»», en *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones Tributarias* (dir. M. Yzquierdo Tolsada), t. XI, Contratos del Mercado de Valores, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 68, la intervención de otros colaboradores profesionales, como los aseguradores, los garantes, los calificadores, los prestamistas de valores y los coordinadores y directores, que también desarrollan actividades de servicios de inversión y servicios auxiliares.

una compraventa entre la empresa de inversión y su cliente²⁰. De este modo, la entidad se encarga de obtener el instrumento financiero directamente del emisor o de un anterior titular para transmitirlo luego a su cliente, con lo cual su beneficio resulta de la reventa. Por consiguiente, dentro de esta labor de comercialización, su posición jurídica se asemeja más al margen del distribuidor que a la comisión del agente²¹.

El problema, en suma, radica en la ignorancia por parte del cliente de la relación que permite que la entidad de servicios de inversión pueda comercializar el instrumento financiero. Tradicionalmente, la relación entre la entidad emisora y el tercero supone que la entidad reciba una comisión por la labor de intermediación en la colocación de emisiones de valores, lo cual da lugar a la aplicación de las reglas de la comisión mercantil, si bien se podría pensar, asimismo, en una labor de corretaje o mediación entre las necesidades de financiación de la entidad emisora y la inversión del ahorro de los clientes²². Al mismo tiempo el cliente desconoce la procedencia del instrumento financiero que adquiere y en tales relaciones frecuentemente intervienen filiales de la entidad financiera que a su vez gestionan las carteras de acciones y asesoran a sus titulares. Es más, si bien el artículo 143 del texto refundido de la Ley del mercado de valores impide que las agencias de valores puedan operar por cuenta propia, permite que las sociedades de valores actúen tanto por cuenta ajena como por cuenta propia. Esto lleva a que el cliente desconozca si la entidad de crédito solamente intermedió o si, por el contrario, adquirió previamente el instrumento financiero en virtud de la emisión o mediante su adquisición de un anterior titular. Desde la perspectiva de la emisión, adicionalmente, la entidad de servicios de inversión puede actuar como colocadora en un determinado mercado con garantía de la emisión. Tradicionalmente, a la luz de artículo 272 del Código de Comercio, tal garantía actúa como una cláusula *star del credere* del contrato de comisión que sitúa al comisionista como garante. Con ella la entidad de servicios de inversión asume personalmente la suscripción de los instrumentos financieros que sean objeto de la emisión para el supuesto en el que no pueda llevar a cabo su «colocación» en el mercado²³.

²⁰ Estas sentencias remiten a las anteriores de 12 enero de 2015 (núm. 769/2014), de 24 de octubre y 1 de diciembre de 2016 (núms. 625/2016 y 718/2016) y de 20 de julio de 2017 (núm. 477/2017).

²¹ Al respecto conviene prestar atención a la figura de los «agentes de bolsa», anteriormente contenida en los artículos 100 a 105 del Código de Comercio, y su sustitución, junto con sus sociedades instrumentales, en el Título V de la Ley 24/1988, de 28 de julio y en su disposición adicional quinta por las «sociedades y agencias de valores»; y tras la Directiva 93/22/CEE, de 10 de mayo de 1993, de servicios de inversión y la reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, actual correlativo del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que las define como «empresas de servicios de inversión».

²² Desde la perspectiva de la relación que une a la entidad de servicios de inversión, como colocadora, con el emisor de los instrumentos financieros, TREROTOLA, L., cit., pp. 5-6, que distingue entre los servicios de colocación, de asesoramiento financiero, de gestión integral de carteras y la gestión delegada de activos de Instituciones de Inversión Colectiva.

²³ Esta cláusula, en principio, actúa como fianza solidaria del comisionista respecto a la prestación del tercero y en favor del comitente. Con referencia a un servicio unitario y mixto de inversión-colocación/aseguramiento o «colocación reforzada o afianzada», IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. W.; GÓMEZ DE

Sin embargo, el Tribunal Supremo va un paso más allá y, frente al mantenimiento de la caracterización de la relación como una comisión mercantil, por mor del mandato recibido sobre instrumentos financieros por la entidad que se dedica profesionalmente a prestar servicios de inversión a terceros, considera que más bien se trata de un contrato de compraventa. Conviene recordar en este punto que la actividad típica y habitual de las entidades de crédito consiste en recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos, con obligación de su restitución, y su aplicación, por cuenta propia, a la concesión de créditos o transacciones de naturaleza similar. Trasladado al caso que nos ocupa, tampoco cabe excluir que la entidad colocadora pueda asumir la emisión, incluso como garantía por su intervención en su diseño y comercialización, o bien algunos de los instrumentos financieros, para posteriormente transmitirlos a terceros. Es igualmente dable que la entidad adquiera para sí tales instrumentos con el propósito de transmitirlos a sus clientes, en cuyo caso el beneficio se articula a través del precio de la reventa y no de su remuneración mediante la fijación de la comisión.

Sea como fuere, el problema se presenta en la *litis* a raíz de la excepción de la legitimación pasiva de la entidad de servicios de inversión. No obstante, la comercialización de instrumentos financieros no debería bastar para calificar a la entidad como vendedora si no ha adquirido previamente para sí los instrumentos financieros que luego revenda a la clientela. El problema, por lo tanto, surge para el Tribunal merced a la necesidad de conceder la debida protección al cliente, ante la lejanía territorial de las entidades emisoras en un mercado financiero global. A ello se une que la relación directa, y no solo en la adquisición del instrumento financiero, sino también en lo que respecta a su custodia y administración, es mantenida con la empresa de inversión. Todo ello, de otra parte, tan solo tiene reflejo para el cliente a través la identificación de su titularidad mediante un apunte en su cuenta de valores, que es también administrada por la entidad de servicios de inversión que comercializa el instrumento financiero, a la que además es exclusivamente imputable el incumplimiento del deber de información.

De acuerdo con todo este esquema, el Alto Tribunal acude al expediente de la compraventa para involucrar a la entidad de servicios de inversión en el entramado negocial, cuando, no obstante, puede ser que la entidad tan solo comercialice los instrumentos financieros o los valores negociables procedentes de una sociedad emisora diferente, aun cuando pueda participar en el diseño de la emisión. Para llegar a esta solución quizá pueda resultar de ayuda la regulación de defensa

ZAYAS, B.; YZQUIERDO TOLSADA, M.; BORGIA SORROSAL, S.: cit., p. 77 ss., señalan que si bien el colocador asume una obligación de medios a través de la diligencia dirigida a la suscripción plena de los valores emitidos, esta cláusula añade un compromiso de aseguramiento por parte del colocador como suscriptor subsidiario; y cuando así sea, diferencian el compromiso «en firme» del asegurador de obligarse a adquirir los títulos que no pueda recolocar en el mercado, del compromiso «no en firme» de adquirir subsidiariamente solo los no suscritos por el público; en ambos, el colocador garantiza el buen fin de la operación mediante el aseguramiento de emisión, de modo que tiene lugar una obligación de resultado relativa a la efectiva distribución de todos los valores o instrumentos negociables.

de los usuarios. En tal sentido, el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, incorpora, en su ámbito material, las prácticas comerciales relativas a los servicios financieros. Todo ello sin perjuicio de las normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al usuario de estos servicios, siempre que sea un sujeto ajeno a una actividad empresarial o profesional, de cuyo ámbito, dentro del marco de los servicios financieros, deberían excluirse las contrapartes elegibles. Del mismo modo, la letra g) de su artículo 59 bis define el «servicio financiero» como todo servicio que tiene lugar en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago²⁴. Desde este perfil quizá se podría conceder al cliente, como usuario del servicio financiero, una acción contra el productor, a su vez entendido, en los términos del artículo 5 del Texto refundido, como el prestador del servicio o el intermediario del bien o servicio dentro del territorio de la Unión Europea. Igualmente, respecto de cualquier persona que se presente como tal, cuando al usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato²⁵.

Adicionalmente, el artículo 124 de este cuerpo legal exige que el productor responda por la falta de conformidad, también del producto financiero, cuando ésta se refiera a su origen, identidad o idoneidad, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que lo regulan. Con todo, ante falta de la posibilidad de la sustitución o reparación del producto, las acciones por infracción de los derechos del usuario no se resuelven por la vía de la acción de la nulidad por el error invalidante de su consentimiento, sino mediante la indemnización de los daños o perjuicios causados por los servicios, también fundada en su falta de conformidad, según el tenor del artículo 128 del texto refundido. Ahora bien, el mayor anclaje de nuestros prácticos con el Derecho civil hace que la cuestión quede planteada a través de las normas que rigen el vicio por error en el consentimiento o de los presupuestos que dan lugar a la resolución contractual. Las referencias normativas de las partes procesales a las exigencias de la buena fe, en relación con la doctrina de los actos propios, a la indemnización de los daños y perjuicios causados por negligencia, a la acción pauliana, a la acción resolutoria y a la nulidad por vicio del consentimiento por error sobre la sustancia de la cosa o sus elementos esenciales, dejan sin embargo de lado la existencia de otros expedientes técnicos específicos con los que cuentan los operadores jurídicos para la sustanciación de controversias en los Tribunales de justicia con causa en la adquisición de instrumentos financieros²⁶.

²⁴ Introducido por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

²⁵ Sobre la aplicabilidad a los servicios financieros tanto de las normas contenidas en Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como en la Ley de condiciones generales de la contratación, FERRANDO VILLALBA, M.^a L.: «Deber de información sobre el riesgo», cit., p. 93.

²⁶ Con remisión a las reglas del mandato civil y de la comisión mercantil, la sentencia del

3. La conexión del contrato de intermediación en operaciones de inversión con el contrato de custodia y administración de instrumentos financieros. Junto a la falta de legitimación pasiva de Caixabank, como sucesor de Bankpime, justificada en que esta entidad se limitó a comercializar, esto es, a intermediar respecto de los instrumentos financieros emitidos por otras entidades, también aquella alega que el contrato se encontraba consumado y sus prestaciones completamente ejecutadas, por tratarse de un contrato de tracto único, de modo que no pudo ser objeto de cesión. Frente a este argumento, el Tribunal sostiene que existe una íntima relación entre el contrato de adquisición de los instrumentos financieros y el contrato de custodia y administración de los instrumentos que suscribieron, como consecuencia del anterior, los clientes con Bankpime. Esta conexión contractual, en tanto que Caixabank continúa con la gestión de los valores, hace que, en virtud de su ejecución continuada, el error invalidante del consentimiento de los clientes se extienda a la entera relación. Sin embargo, no parece que esta argumentación pueda ser compartida por las razones que se exponen a continuación y que se han de enlazar con el apartado posterior.

Ciertamente la intermediación en operaciones financieras y la custodia o depósito de títulos-valor negociables y los servicios de gestión asociados cubren las necesidades de inversión de los clientes. La caracterización del depósito de títulos

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, núm. 687) de 11 julio de 1998 justifica la indemnización de daños y perjuicios en que «dado que el mandato con carácter general conferido por la demandada recurrente a la sociedad actora-recorrida incluía la facultad de realizar operaciones de compra y venta de los títulos integrados en la cartera sin necesidad de previa autorización de su titular, no puede hablarse, en tal sentido, de una extralimitación del mandato por la realización de las ventas para las que estaba autorizado el gestor; sí de un abuso de esas facultades al llevar a cabo las repetidas ventas sin consultar con la cliente a quien correspondía decidir sobre el destino de la cartera de valores». Y también la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (núm. 244) de 18 de abril de 2013, en su fundamento de derecho séptimo, declara que «son bienes potencialmente fructíferos cuyo valor reside en los derechos económicos y de otra naturaleza que incorporan. Dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo. La información es muy importante en este ámbito de la contratación. De ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados». Asimismo, como destacan las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (núm. 840/2013) y de su Sala de lo Civil, Sección Pleno (núm. 323) de 30 junio de 2015, «todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar», pero «la infracción de estos deberes legales de información puede tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, pero la mera infracción de estos deberes de información no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato».

como un depósito regular, en el que el depositante no pierde la titularidad, pero a su vez, retribuido y administrado, pues la entidad de servicios de inversión debe llevar a cabo todas las actividades necesarias para mantener o aumentar el valor de los títulos depositados, permite reconocer el tracto sucesivo de la relación. Tal labor de gestión se inserta, por lo tanto, en el contrato de depósito y puede derivar, incluso, en la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, si bien sometida a los mandatos conferidos por los clientes, todo ello en el marco de las actividades y servicios de inversión que contempla el artículo 140 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores²⁷. A su vez, la instrumentalización de activos financieros distintos de los títulos valor que puedan ser susceptibles de depósito, debido a su inmaterialización, hace que el contrato de gestión de carteras de inversión, de distinta naturaleza, entre el gestor, es decir, la entidad bancaria o la empresa de servicios de inversión, y el inversor o cliente, adopte un carácter marcadamente consensual y, con ello, su aproximación a la comisión mercantil²⁸.

Ahora bien, en estos contratos de gestión, dentro de un marco más amplio de la intermediación de la adquisición de activos financieros, donde cabe incorporar un deber de asesoramiento, vuelve a incidir la obligación de información sobre los objetivos de inversión de los clientes y su situación financiera²⁹. Esta

²⁷ Sobre su naturaleza mixta entre el depósito y la comisión mercantil, donde se ha de anteponer la faceta de la administración, como gestión de negocios ajenos, aun sin perder la finalidad de custodia característica del depósito, se pronuncia TAPIA HERMIDA, A. J.: *cit.*, p. 640 ss. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de noviembre de 2002 (asunto C-356/00), *caso Testa y Lazzeri contra la Comisión Nacional italiana del Mercado de Valores* (—*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*— CONSOB) señala que «la gestión de carteras debe efectuarse con arreglo a un mandato en virtud del cual un inversor faculta a una empresa de inversión para tomar decisiones de inversión por su cuenta,... debe realizarse de manera discrecional e individualizada. Este último elemento implica, como señala la Comisión, que la empresa de inversión pueda tomar decisiones discrecionales, respetando siempre las decisiones estratégicas del inversor».

²⁸ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, núm. 687) de 11 julio de 1998 en su fundamento de derecho cuarto señala que al contrato de gestión de carteras de valores «al permitir a las sociedades de valores “gestionar carteras de valores de terceros”, carente de regulación en cuanto a su aspecto jurídico-privado, sin perjuicio de que sean aplicables al gestor las normas reguladoras del mandato o de la comisión mercantil, se rige por los pactos cláusulas y condiciones establecidas por las partes (artículo 1255 del Código Civil), reconociéndose por la doctrina y la práctica mercantil dos modalidades del mismo, el contrato de gestión “asesorada” de carteras de inversión en que la sociedad gestora propone al cliente inversor determinadas operaciones, siendo éste quien decide su ejecución, y el contrato de gestión “discrecional” de cartera de inversión en que el gestor tiene un amplísimo margen de libertad en su actuación, ya que puede efectuar las operaciones que considere convenientes sin previo aviso o consulta al propietario de la cartera». Sigue esta línea la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (núm. 244) de 18 de abril de 2013, que en su fundamento de Derecho sexto destaca que «es un contrato que por su función económica y su significación jurídica encaja en el esquema contractual del mandato o comisión mercantil, como modelo contractual típico de la gestión de negocios ajenos. Se caracteriza por la especificidad de su objeto y se basa en la confianza del cliente hacia el profesional del mercado de valores al que confiere amplias facultades para realizar, por cuenta del cliente inversor, las operaciones que considere más convenientes para el objetivo perseguido, conseguir una mayor rentabilidad, en relación a un ámbito restringido de actividad, el de la inversión en valores negociables».

²⁹ La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (núm. 244) de 18 de abril de 2013 señala que «el contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, que es aquel por el que

obligación obedece a la necesidad de que el cliente inversor reciba la oportuna orientación acerca de las inversiones que le puedan resultar más adecuadas, sin que por ello la entidad asegure el resultado o la rentabilidad esperada. Pero esta información ha de tener lugar tanto en la fase previa a la adquisición como en la de mantenimiento de la titularidad del activo financiero, por lo que todavía conviene separar ambos planos³⁰. Aunque entre ambos se pueda apreciar una cierta correlación, lo cierto es que el vicio por error que es objeto de análisis solo revierte en el primero, sin perjuicio de lo que luego se dirá respecto del *dies a quo* para el ejercicio de la acción.

Por lo tanto, independientemente de la intervención de la entidad de servicios de inversión como vendedor o como mediador o comisionista, el enfoque de la cuestión debe darse desde la posición asumida por Caixabank, toda vez que adquiere el negocio bancario de Bankpime y con ello le sucede en su posición negocial frente a los clientes. Desde esta perspectiva resulta indiferente, salvo por lo que afecta al plazo del cómputo, que la relación sea de tracto único o de tracto sucesivo, ya que, en definitiva, la problemática no se ha de dilucidar en torno al cumplimiento de las obligaciones vigentes de custodia y de gestión de los activos financieros objeto de depósito. El foco de la controversia debe ponerse, sin embargo, en la adquisición de los instrumentos financieros, por lo que, en el fondo, se trata de delimitar la responsabilidad derivada de la falta de información

una empresa autorizada a actuar profesionalmente en el mercado de valores (como es el caso de la entidad de crédito demandada...) se obliga a prestar al inversor servicios de gestión personalizada, profesional y remunerada sobre los valores integrantes de la cartera del inversor, cumpliendo determinadas exigencias reforzadas de profesionalidad, información, buena fe, imparcialidad y diligencia, con arreglo al mandato conferido por el cliente, para que éste obtenga una mayor rentabilidad en sus actuaciones en el mercado de valores». Incide en esta idea la Guía sobre la prestación del servicio de asesoramiento en materia de inversión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 23 de diciembre de 2010, en los párrafos primero y segundo de su apartado 3, cuando señala que «una vez revisados los distintos supuestos en los que se considera que se está prestando el servicio de asesoramiento en materia de inversión, el siguiente paso es analizar cuáles son las consecuencias asociadas a la prestación del citado servicio, sin perjuicio del cumplimiento del resto de obligaciones generales aplicables a cualquier otro servicio de inversión (prevención de conflictos de interés, información imparcial, clara y no engañosa, etc.). La consecuencia más importante asociada al servicio de asesoramiento en materia de inversión es que una entidad no puede recomendar productos no idóneos para el cliente. Ello implica que, antes de emitir la recomendación personalizada, la entidad debe obtener determinada información para poder concluir si el producto es o no idóneo para el cliente y, en consecuencia, si puede seguir adelante emitiendo la recomendación».

³⁰ Al respecto, apunta FERRANDO VILLALBA, M.^a L.: «Deber de información sobre el riesgo», *cit.*, p. 98, que el deber de información se extiende a toda la vida del contrato y perdura, tras su liquidación, con la rendición de cuentas. También la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 14 de junio de 2017 (asunto C 678/15), en el caso *Khorassani contra Pflanzel*, concluye que el «servicio de inversión consistente en la recepción y transmisión de órdenes de clientes en relación con uno o más instrumentos financieros no incluye la mediación en la celebración de un contrato que tenga por objeto una actividad de gestión de cartera». En tal sentido, advierten las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 9 de diciembre de 2015 (asunto C 595/13), en el caso *Staatssecretaris van Financiën contra Fiscale Eenheid X NV cs*, y de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11), en el caso *Genil 48, S. L., y Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S. L., contra Bankinter, S. A., y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*, que «un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente».

al tiempo de la contratación por parte de Bankpime y su posterior asunción por CaixaBank con motivo de la adquisición del negocio bancario de aquélla.

4. Subrogación contractual de CaixaBank en la posición jurídica de Bankpime y la doctrina de la fianza legítima. En relación con las cuestiones anteriores, en el centro del debate se ubica la aplicación de la cláusula cuarta del contrato de transmisión del negocio bancario a CaixaBank a los clientes de Bankpime. Según la misma, CaixaBank no asumía ni adquiriría ningún pasivo distinto de los expresamente aceptados, con específica exclusión de los pasivos contingentes, entendidos como las reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que pudieran ser resultado de la actividad de Pimebank anterior a la transmisión del negocio bancario. Además de la obligación de mantener indemne a CaixaBank por los daños y perjuicios que pudieran traer causa de los pasivos no cedidos, Bankpime declaró que con el precio recibido tenía recursos suficientes para hacer frente a los pasivos remanentes. Tras las reclamaciones de los clientes que solicitan la nulidad de los contratos celebrados por Bankpime en virtud de la previsión contractual anterior, CaixaBank alega que no asumió tales pasivos contingentes, postura que no es compartida por el Tribunal Supremo.

Para sustentar su postura, el Tribunal vertebra sus fundamentos de derecho sobre la base de diferentes consideraciones jurídicas. La primera desarrolla el régimen de la cesión de los contratos en el marco de la transmisión del entero negocio bancario. En principio, la cesión contractual requiere la aquiescencia del contratante cedido, esto es, del cliente, que debería haber sido informado de los términos en que había tenido lugar la cesión a efectos de la prestación de su consentimiento. Pero, sin perjuicio de que el cliente que mantenga su relación con la entidad bancaria adquirente pueda entenderse que acepta de forma tácita la cesión, máxime cuando la transmitente cesa en su actividad y es objeto de liquidación en el marco concursal, la litis resulta de la aspiración de CaixaBank de mantener la relación con los clientes de Bankpime sin asumir responsabilidad alguna por la actividad anterior de ésta. Considera entonces el Tribunal que el principio de relatividad de los contratos impide que esta cláusula les sea de aplicación, como terceros ajenos a la relación entre las entidades bancarias, tras la transmisión del negocio bancario como unidad económica.

De modo similar a la máxima que impone, en el contrato de compraventa, que quien tenga derecho a las utilidades de la cosa haya de asumir, igualmente, los riesgos de su pérdida o deterioro (*qui sentit commodum, sentire debet incommodum*), el Alto Tribunal considera que no resulta admisible que la subrogación del cesionario en el lugar del cedente permita a aquél disfrutar de las ventajas que tales contratos le suponen y sin embargo quede liberado de las responsabilidades contraídas por el cedente en su celebración. En tales términos planteada, esta opción dejaría al arbitrio del adquirente la decisión de atender las reclamaciones de los clientes de la transmitente, no obstante la continuación de la prestación de los servicios de inversión. Por otro lado, el Tribunal reconoce que no se trata tanto de la cesión de un contrato con prestaciones sinalagmáticas pendientes, como de

la asunción de responsabilidades derivadas de un contrato cuyas prestaciones ya han sido ejecutadas. Pero a su vez diferencia entre la cesión contractual simple o individualizada de aquellos contratos incorporados a la transmisión de un negocio bancario, cuyo contenido incluye tanto los créditos, derechos y, en general, las posiciones activas de la entidad bancaria transmitente, como las obligaciones, responsabilidades y, en suma, las posiciones pasivas de dicha entidad frente a sus clientes. Consecuencia de lo anterior es que CaixaBank, como sucesor, haya de soportar pasivamente las acciones de nulidad de los contratos celebrados por Bankpime con sus clientes y, en su caso, restituir las prestaciones percibidas si tales acciones fueran estimadas.

Sentado lo anterior, cabe analizar, en primer lugar, el aspecto relativo a la distinción entre la cesión de contratos y su régimen dentro de la transmisión del contrato de transmisión de empresa o, como aquí se describe, del negocio bancario. La falta de un régimen traslativo de la empresa en su conjunto en España, a diferencia de otros países de nuestro entorno, trató de ser superada a través del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, que, pese a un prolongado trayecto parlamentario, a día de hoy todavía no ha visto la luz. Su artículo 132-1, en la delimitación del objeto de la transmisión, incluye todos los derechos y obligaciones del empresario, excepción hecha de los que tengan carácter personalísimo. No obstante, admite que las partes puedan excluir algunos elementos integrantes de la empresa siempre que con ello no se comprometa su existencia. También, dentro del modo de transmisión, el artículo 132-2 busca superar el principio de relatividad entre las partes, con la aspiración de que las relaciones emanadas de la actividad económica continúen en la organización, por medio de la exigencia de escritura pública y de la inscripción de la transmisión en el Registro Mercantil.

Si se transita un poco más en la regulación, además, el artículo 132-4, encargado del tratamiento de la cesión de contratos, señala que salvo pacto o disposición en contrario, el adquirente de la empresa quedará subrogado automáticamente en los derechos y obligaciones de los contratos celebrados en el ejercicio de la actividad empresarial. Pero fuera de la relación inter partes, el apartado segundo todavía confiere al contratante cedido la facultad de dejar sin efecto la cesión contractual mediante comunicación al adquirente en el plazo de un mes desde que hubiera recibido noticia de la transmisión³¹. La regulación proyectada, por lo tanto, protege al contratante cedido mediante la posibilidad de presentar oposición a la cesión contractual, sin requerir, como hace el artículo 2558 del *Codice civile* italiano, la existencia de justa causa. El legislador español trata así de evitar una

³¹ Soluciones de *lege ferenda* pueden encontrarse, con anterioridad, en nuestro trabajo, *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.400 ss.; y más recientemente, con referencia al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil en «Contenido del contrato de compraventa y de otras transmisiones de PYMES», en *La compraventa y otras formas de transmisión de pequeñas y medianas empresas*, (coord. L. Hernando Cebriá), ed. Bosch, Barcelona, 2014, pp. 157-208, p. 170 ss.

ruptura radical con la exigencia del necesario consentimiento para la asunción de obligaciones y deudas, tal y como previene el artículo 1205 del Código civil. No obstante, la conveniencia de esta solución puede ser discutida a la luz de otras previsiones normativas que optan por la responsabilidad solidaria de las partes frente a los contratantes cedidos en las relaciones de tracto sucesivo³².

Dejando a un lado esta cuestión, sin duda relevante, la regulación proyectada mantiene un sistema especialmente proteccionista del contratante cedido, lo que impide que las partes puedan alterar los derechos que le son reconocidos frente al transmitente. Ahora bien, las partes no pueden, según la norma proyectada, deslindar los derechos y las obligaciones dimanantes del contrato para decidir la transmisión de unas y la conservación en el transmitente de las otras, en particular cuando suponga una merma para los legítimos intereses de los contratantes cedidos, en este caso los clientes. Ahondando más en la cuestión, bien se podría aducir que el contrato de intermediación en la compraventa de los instrumentos financieros ha de quedar deslindado de la relación derivada de su gestión y que, en consecuencia, las obligaciones resultantes de la primera ya han sido objeto de ejecución. Cuando así fuera, tal y como parece, la controversia no debería circunscribirse a la cesión de los contratos y a la continuación de las prestaciones, sino a la asunción de las responsabilidades por la entidad adquirente, resultado de la actividad de la transmitente del negocio. Así las cosas, parece que el asunto queda mejor enfocado desde la perspectiva de la asunción de deudas en el marco de la transmisión de empresa y, en particular, desde el reconocimiento de ciertas contingencias derivadas de las relaciones con los clientes de la entidad vendedora.

De nuevo la solución contemplada por el artículo 132-6 del Anteproyecto de Ley del Código mercantil puede servir como un sólido referente de *lege ferenda*. Señala la norma proyectada que el adquirente de la empresa ha de asumir todas las deudas que resulten de la documentación contable y empresarial, así como aquellas otras que se pacten expresamente. Y en la relación externa con los acreedores fija una responsabilidad solidaria con el adquirente respecto de todas las deudas contraídas para la organización de la empresa y el ejercicio de su actividad anterior a la transmisión³³. En protección del adquirente, por el contrario, excluye las deudas que no figuren en la documentación contable y empresarial y de cuya existencia no hubiere sido informado o no tuviera conocimiento previo. En el supuesto de hecho, la cláusula cuarta del contrato establece que: «El comprador no asumirá ni adquirirá ningún pasivo del vendedor distinto de los expresamente

³² Esta solución es contemplada para la cesión automática de los contratos de trabajo en el artículo 44 de Estatuto de los Trabajadores o para la cesión del objeto asegurado, en el artículo 34 de la Ley 50/1980, del contrato de seguro respecto de las deudas pendientes por las primas anteriores.

³³ Nos ocupamos de esta materia en la monografía *La empresa como objeto de negocios jurídicos (un estudio a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 211 ss. Más recientemente, TAPIA SÁNCHEZ, M.^a R.: «Transmisión de créditos y deudas en la compraventa de empresa en el marco de la crisis», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 34, 2011, p. 1-33, esp. 19 ss.

asumidos... En particular, se excluyen de la operación contemplada en el presente Contrato y constituyen pasivos retenidos por el Vendedor y no transmitidos al Comprador los pasivos contingentes tales como reclamaciones contractuales y extracontractuales presentes o futuras que puedan derivarse de la actividad del Vendedor pasada o futura. [...]».

Desde una perspectiva contable, el apartado primero del artículo 35 del Código de Comercio recoge las «provisiones u obligaciones en las que exista incertidumbre acerca de su cuantía o vencimiento», al paso que el artículo 36 incluye las provisiones dentro de los pasivos, entendidas como las «obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, cuya extinción es probable que dé lugar a una disminución de recursos que puedan producir beneficios económicos»³⁴. En términos de la confección de la contabilidad material, por otra parte, el artículo 38, respecto de la contabilización de las provisiones, fija el criterio del «valor actual de la mejor estimación del importe necesario para hacer frente a la obligación, en la fecha de cierre del balance»³⁵. Por consiguiente, las reglas de la confección material de la contabilidad obligan a la provisión de aquellas obligaciones que, en la fecha de cierre del balance, sean, bien probables, bien ciertas, pero, sin embargo, en las que su importe o el momento de su exigibilidad resulte indeterminado. Así pues, si la contingencia resulta convenientemente provisionada, su constancia en la contabilidad determina su conocimiento por el adquirente y con ello, su asunción, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria del transmitente durante un plazo tras la transmisión o el vencimiento de la obligación, que el artículo 132-6 del Anteproyecto de Ley del Código mercantil fija en tres años.

En el caso presente el problema radica en si esta solución confiere suficiente seguridad jurídica al adquirente, ante eventuales situaciones sobrevenidas que puedan afectar a su inversión. De este modo, la imposición de responsabilidades que puedan resultar de eventuales pasivos contingentes dificultan la existencia de un tráfico de adquisiciones empresariales que ha de ser propiciado, desde una óptica de política jurídica, como un mecanismo de reasignación eficiente de recursos en el mercado, al menos cuando tales contingencias no hayan sido objeto de la correspondiente dotación. Así ha de ser entendida la teleología de la norma que reclama que no puedan ser de cargo del adquirente de la empresa las deudas

³⁴ Acerca la dificultad de trazar una línea segura entre aquellas expectativas cuya realización sea probable y aquellas otras en que sea improbable, al menos en términos cuantitativos del cumplimiento de ciertos requisitos, por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, 5.ª ed., ed. A. G. Marisal, Madrid, 1970, p. 137.

³⁵ El artículo 12 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas aclara que las provisiones habrán de cubrir los elementos del pasivo cuya naturaleza esté claramente definida y que, en la fecha de cierre del balance, sean probables o ciertos, pero indeterminados en cuanto a su importe o en cuanto a la fecha en que vayan a surgir. Además autoriza que los Estados miembros puedan crear provisiones que tengan por objeto cubrir gastos que estén claramente circunscritos en cuanto a su naturaleza y en los que se den las condiciones anteriores.

que no figuren en la documentación contable y empresarial, y de cuya existencia no hubiere sido informado o no tuviera conocimiento previo. Esta cuestión, por lo tanto, no se puede tratar desde una visión sesgada y limitada a la protección del acreedor, sino que requiere un enfoque heurístico de estas relaciones a tres bandas y del conjunto de la entera relación.

Para el Tribunal, sin embargo, frente a los clientes, a estos efectos considerados terceros, la cesión de las relaciones de Bankpime con ellos ha de considerarse plena, lo cual implica la sucesión de Caixabank en las relaciones emanadas de la actividad de servicios de inversión con Bankpime, que continúan luego siéndolo de Caixabank. Para ello acude al principio de la confianza legítima que la actuación conjunta en el mercado de Bankpime y Caixabank genera en sus clientes, cuando ante ellos se presenta la transmisión del entero negocio bancario, con cesión incluso de oficinas y personal. En consecuencia, la sucesión de empresa se manifiesta cuando la transmisión fue comunicada a los clientes sin informarles de los pormenores de la negociación entre las entidades bancarias, por lo que éstos confiaron en que en modo alguno podría afectar al ejercicio de acciones frente al nuevo titular del negocio bancario basadas en la actividad de servicios de inversión anterior a la transmisión.

Este es el punto que mayor interés presenta desde la perspectiva de los distintos intereses involucrados. La conexión entre la relación de intermediación y la de gestión de los distintos instrumentos financieros lleva, en la ejecución contractual, a la generación de una «confianza» en los terceros de buena fe, en este caso los clientes, que llegan al convencimiento de que la entidad adquirente, en quien recae la remuneración por los servicios prestados, asume los compromisos antes adquiridos por la transmitente. De esta manera, la adquirente mantiene sus relaciones con ellos y crea una apariencia de sucesión. Tal argumento da pie, por lo tanto, a la asunción, siquiera tácita, de las obligaciones asumidas por la entidad transmitente y permite una extensión subjetiva de la completa relación, que abarca desde la formación negocial mediante su actividad de intermediación hasta su ejecución³⁶.

Lo anterior se ha de ubicar, además, en el marco de la defraudación de los legítimos derechos de los clientes bancarios. Para ello, el Tribunal apunta al caso Ercros-Ertoil, en su sentencia de 9 de octubre de 2008 (núm. 873/2008), en relación con otras anteriores. En tales supuestos, determinadas operaciones societarias de transmisión de un patrimonio afecto a una rama de actividad en los que la sociedad deudora acabó inmersa en un estado de insolvencia supusieron un perjuicio para los acreedores de la sociedad transmitente, que, como consecuencia de

³⁶ Sobre la aplicación del principio de «confianza legítima» y la «confianza defraudada» por la contraparte, dentro del concreto fenómeno de los grupos de sociedades, puede verse nuestro trabajo «Compraventa de negocio y relaciones grupales: Intervención de la sociedad matriz en la ejecución contractual —cesión de créditos o de contrato— y extensión de una cláusula contractual de no competencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), de 4 de febrero de 2016», *Revista jurídica del notariado*, núm. 97-8, 2016, pp. 349-365.

la salida de activos, vieron reducidas sus garantías patrimoniales³⁷. Con base en el artículo 1111 y en el apartado tercero del artículo 1291 del Código Civil, estas sentencias declararon la nulidad de la transmisión por el daño que estas operaciones traslativas de conjuntos patrimoniales provoca a la protección del crédito. Se trata, según indica el Tribunal, de una cuestión que excede el marco contractual de relaciones entre las entidades bancarias para desplazarse al ámbito de la protección del crédito y de los legítimos derechos de la clientela que impone el orden público económico. En el marco interno de la relación, sin embargo, ello no obsta para que, en virtud del pacto por el que Bankpime acuerda mantener a Caixabank indemne de las reclamaciones de la clientela por aquellos actos anteriores, ésta pueda repetir contra Bankpime la restitución de las prestaciones resultantes del error justificado en el vicio causado por ella frente a los clientes³⁸.

El principio de confianza legítima, a partir de las exigencias de la relación contractual de no actuar de mala fe ni contra los actos propios (*venire contra factum proprium*), se desplaza al ámbito extracontractual mediante el aforismo de no dañar a otro (*neminem laedere*), en este caso al cliente como tercero, que, desde una perspectiva de un interés general o colectivo, aun dentro del ámbito del Derecho privado, se ha de relacionar con la seguridad del tráfico³⁹. La seguridad jurídica adquiere diferentes matices cuando se trata de la seguridad del entero

³⁷ A la luz del caso Ercros-Ertoil y de la doctrina sentada por la sentencia de 5 de julio de 2006, comentada por CARBAJO CASCÓN, F.: «Sentencia de 5 de julio de 2006 (RJ 2006, 5856): Sociedades: segregación o escisión parcial impropia del patrimonio afecto a una rama de actividad (relativa al petróleo y la petroquímica) de una sociedad anónima para su aportación a otra sociedad anónima de nueva constitución a cambio de acciones de esta última que ingresan en el patrimonio de la primera; diferencias entre escisión en sentido estricto y escisión impropia o segregación; no aplicación del régimen de la fusión; aportación no dineraria a sociedad. Fraude de ley», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 75, 2007, pp. 1037-1073; y por LEÓN SANZ, F.: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006. La protección de los acreedores en la aportación de rama de actividad», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil* (coord. M. Yzquierdo Tolsada), vol. 1, 2008, ed. Dykinson, 2008, pp. 75-111, p. 99 ss. Puede verse también, más recientemente, nuestro trabajo «Responsabilidad derivada de compraventa de suelo contaminado y subrogación de la propietaria en la legitimación para reclamar. Aumento de capital con aportación no dineraria de rama de actividad e inaplicabilidad de las soluciones de las modificaciones estructurales. Sucesión universal limitada y fraude de acreedores (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2016 —núm. 616—)», en *Archivo Comenda de Jurisprudencia Societaria (2015-6)*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 68-82.

³⁸ Dentro del régimen de la fusión también se manifiesta en este sentido de la asunción de la responsabilidad de la absorbente por deudas de la absorbida la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 —asunto C 343/13—. Puede verse con mayor detalle en nuestro trabajo «Transmisión de la responsabilidad de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente por infracción cometida por la sociedad absorbida antes de la fusión: deudas *in statu nascendi* y constatación de la infracción mediante resolución administrativa posterior al registro de la fusión», en *Archivo Comenda de Jurisprudencia Societaria (2015-6)*, Ed. Comares, Granada, 2017, pp. 286-296.

³⁹ La edición anotada de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009, p. 487, que comenta el borrador del Marco Común de Referencia en materia de Derecho europeo de contratos, admite que esta previsión de la responsabilidad por confianza en la información incorrecta podría tener igualmente cabida en el libro relativo a la responsabilidad extracontractual por daños causados a otro. Sobre esta temática, en el plano contractual, NEME VILLARREAL, M. L.: «El error como vicio del «consentimiento»

ordenamiento jurídico o de los derechos adquiridos por terceros. Desde una perspectiva estrictamente de Derecho público, la confianza legítima de los administrados no ha de confundirse con la inmutabilidad del ordenamiento jurídico. El principio de la confianza legítima, auspiciada por los postulados de la buena fe, confiere un derecho a los particulares a exigir que las decisiones de la Administración, esto es, los actos administrativos, resulten acordes con las actuaciones previas que haya creado en ellos una «esperanza inducida» y que haya influido en su comportamiento económico. Por lo tanto, la confianza legítima derivada de los actos anteriores de la Administración, que haya llevado a los afectados a la adopción de ciertas conductas y decisiones, que luego puedan verse afectadas por un cambio arbitrario de criterio, exige la previsión de medidas transitorias y proporcionadas en consideración al interés público que pretendan tutelar, así como, en su caso, la adopción de medidas correctoras o compensatorias⁴⁰.

Trasladada esta doctrina al marco del orden público económico, la objetivación de la confianza legítima, que excluye cualquier consideración subjetiva entre las partes derivada de una determinada situación jurídica, protege a aquel que de buena fe razonablemente confíe en la apariencia creada, incluso respecto del tercero que de cualquier modo intervenga en la ejecución del acto⁴¹. Constituye pues un recurso de justicia material que pretende superar aspectos meramente formales de la aplicación de las reglas que rigen las relaciones contractuales para,

frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato», *Revista de Derecho Privado*, núm. 22, 2012, pp. 169-218.

⁴⁰ Sobre la base de los fundamentos de derecho de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª) del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2001 (Recurso de Casación núm. 7143/1995), en relación con la sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de mayo de 1975 (asunto 74/1974), de 15 de mayo, en el caso CNTA; de 27 de abril de 1978 (asunto 90/1977), en el caso Stimming; de 16 de mayo de 1978 (asunto 84/1978), en el caso Tomadini; y de 28 de abril de 1988 (asunto 120/1986), en el caso Mulder, y la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007 (Recurso núm. 3683/2004), RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X.: «El principio general del Derecho de confianza legítima», *Ciencia jurídica*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 59-70. Sobre las implicaciones del principio de confianza legítima en el Derecho administrativo, con mayor extensión, CASTILLO BLANCO, F. A.: *La protección de confianza en el derecho administrativo*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998; y GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, ed. Civitas, Madrid, 2002.

⁴¹ En el ámbito contractual puede verse FLUME, W.: *El negocio jurídico*, ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 496 ss. También puede ser tenido como un referente de *lege ferenda* el artículo 7:204 del Marco Común de Referencia del Derecho Europeo de Contratos (*Draft Common Frame of Reference*), que regula expresamente la «Responsabilidad por pérdida causada por la confianza creada por incorrecta información», según el cual «una parte que ha celebrado un contrato con razonable confianza en información incorrecta suministrada por la otra parte en el curso de las negociaciones tiene derecho a recibir indemnización por los daños sufridos como resultado, si el proveedor de la información: (a) Creía que la información era incorrecta o no tenía argumentos razonables para creer que era correcta y (b) Sabía o se podría esperar que hubiera sabido que la otra parte confiaría en la información para decidir si celebrar o no el contrato en los términos acordados. Este artículo se aplica incluso si no hay derecho a anular el contrato». La edición anotada de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009, p. 487, que comenta el borrador del Marco Común de Referencia, también destaca que, no obstante la ausencia de la sanción de la nulidad, ésta no excluye el reconocimiento de un derecho de reparación.

a través de la necesaria seguridad del tráfico jurídico, incidir en los legítimos derechos de las partes, e incluso de los terceros que resulten afectados por la apariencia creada con la situación jurídica⁴². En este punto, además, son un factor añadido en la generación de una confianza legítima que se vería injustificadamente defraudada, el mantenimiento de la relación con la entidad adquirente del negocio bancario, mediante el contrato de gestión de carteras de valores, así como el carácter profesional de las entidades bancarias, como empresas de servicios de inversión. A mayor abundamiento, a falta de un régimen de publicidad de la transmisión de las empresas en nuestro sistema jurídico, también la confianza legítima reclama que las partes comuniquen a los clientes cualquier pretensión de exclusión de la responsabilidad de la adquirente por las deudas eventuales de la entidad transmitente.

5. Caducidad de la acción: cómputo del plazo desde la consumación del contrato. Por último, respecto de la caducidad de la acción, hemos de detenernos en dos aspectos: uno, en la clase de acción ejercitada y, dos, en el *dies a quo* para el cómputo de su ejercicio. En la primera de estas materias, la controversia gira en torno a la existencia de un error basado en el vicio en el consentimiento prestado por el cliente que exige la sanción de la nulidad relativa o de la anulabilidad del contrato, con devolución entre las partes de las prestaciones percibidas y de los bienes entregados. Esto conlleva la aplicación del plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil⁴³. Desde la perspectiva de la calificación del negocio entre el cliente y la entidad de servicios de inversión como contrato de compraventa, frente a la clásica de comisión e intermediación, tal calificación jurídica no supone, sin embargo, ventaja alguna para el cliente respecto del plazo para el ejercicio de acciones basadas en vicios o defectos de cantidad o calidad que sufran las cosas vendidas⁴⁴.

Conviene, con todo, distinguir entre los efectos derivados de la nulidad de cualquier otra pretensión proveniente de la existencia de los daños y perjuicios causados al cliente por la intervención de la entidad de servicios de inversión⁴⁵.

⁴² Por todos, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: «Introducción a la teoría del contrato», *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. I, 4.ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 53-4.

⁴³ En este punto el Tribunal alude a las anteriores sentencias de 12 de enero, de 7 de julio y de 16 de septiembre de 2015 (núms. 769/2014, 376/2015 y 489/2015), de 29 de junio, de 1, 19 y 20 de diciembre de 2016 (núms. 435, 718, 728 y 734) y de 13 de enero y de 27 de febrero de 2017 (núms. 11 y 130).

⁴⁴ Tampoco el artículo 123 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, según el cual «El vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega».

⁴⁵ Desde la perspectiva norteamericana y la clásica distinción entre el derecho a la restitución y, de forma separada, la indemnización por los gastos razonablemente llevados a cabo en la preparación o en la ejecución del contrato, donde se incluyen los gastos de traslado que también prevé el artículo 34 de nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos, así como las dificultades de delimitación del derecho indemnizatorio respecto de las expectativas generadas por la confianza y la distinción entre la confianza esencial y la confianza incidental, FULLER, L. y PERDUE, W. R. Jr.: «El valor de la confianza en los daños contractuales», *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 49, 2004 (ejemplar dedicado a Contratos), pp. 209-234.

En este plano, en su caso, el plazo para reclamar la responsabilidad de la entidad, por su posición como prestadora de servicios de inversión, parece que habría de situarse en los tres años que el artículo 945 del Código de comercio establece para los agentes de bolsa, corredores de comercio o intérpretes de buques⁴⁶. No obstante, la consideración de la relación como una compraventa desdibuja tal criterio y lleva a la aplicación del plazo de prescripción de los cinco años, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, en el artículo 1964 del Código Civil para las obligaciones personales que carezcan de otro plazo específico.

Para acabar, con base en la jurisprudencia relativa a la caducidad de la acción de nulidad de los contratos de adquisición de productos financieros complejos, la sentencia fija el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo desde el momento en el que el cliente, objetivamente, haya podido tener conocimiento de su existencia. A tal fin, el artículo 1301 del Código Civil, en los casos de error, de dolo o de falsedad de la causa, acude al momento de la consumación del contrato, por lo que se ha de descartar el momento de celebración, pese a ser este cuando se genera una errónea representación de la naturaleza o los caracteres esenciales del objeto adquirido. El Tribunal establece el *dies a quo* en el momento en el que el inversor conozca la falta del pago de los intereses o la depreciación del valor de su inversión, lo cual se ha de ligar, nuevamente, a la intervención de la entidad como gestora de la cartera de valores y no solo a su participación en su adquisición por los clientes⁴⁷. Con todo, tal consideración obedece a la lógica de que el cliente, para poder ejercer la acción de nulidad relativa, ha de poder, a través de determinados hechos, advertir la verdadera naturaleza de los instrumentos financieros, pues de otro modo podría quedar fácilmente desprovisto de tutela jurídica.

IV. CONCLUSIÓN

La línea jurisprudencial marcada por las sentencias y autos que tienen su génesis en la adquisición del negocio bancario de Bankpime por Caixabank ha de merecer, en su conjunto, una valoración positiva. No obstante, ciertas afirmaciones en ellas contenidas pueden ser objeto de matizaciones y críticas. En primer lugar,

⁴⁶ Al respecto, MUÑOZ MUÑOZ, S.: «Prescripción de la acción de responsabilidad contractual contra las empresas de servicios de inversión», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 10, 2017, pp. 27-40, esp. p. 33 ss., en particular a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2009 (núm. 82, 2009), quien critica la sentencia de 9 de septiembre de 2014, que no consideró su aplicación y mantuvo el plazo general de prescripción de las obligaciones personales para una acción por incumplimiento contractual ejercitada contra una empresa de servicios de inversión.

⁴⁷ También señala, entre otras circunstancias consideradas en supuestos anteriores, la «suspensión de las liquidaciones positivas o de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

dentro del marco de la evolución normativa de la regulación bancaria en torno a la institucionalización de la conocida como «responsabilidad social empresarial», las exigencias de un comportamiento adecuado en el mercado de las empresas o, mejor, de las entidades de servicios de inversión imponen la comprobación de la idoneidad del cliente y la adecuación de la información a las características de los instrumentos financieros objeto de comercialización. En tal sentido, tales deberes deben pasar ciertos tamices subjetivos y objetivos cuando además se trate de clientes minoristas y de los llamados, desde las técnicas de comercialización, «productos financieros», entendidos como «instrumentos financieros», que tengan la condición de «complejos». Esto obliga a la entidad de servicios de inversión a extremar las precauciones o, como se ha dado en decir, a sujetarse a estrictas reglas de *compliance* en sus relaciones con los clientes, en virtud de las exigencias normativas de diligencia, lealtad e información.

Una vez reconocido lo anterior, si se trata de clientes profesionales o si el instrumento financiero no tiene la condición de complejo, la entidad de servicios financieros tampoco puede prescindir de las imposiciones informativas procedentes de la regulación que ordena su actividad, aun cuando estas se reduzcan. Pero en todo este marco no parece que quepa presumir el error o vicio en toda relación que una a estas entidades con sus clientes, basada en la presunción del desconocimiento del cliente acerca de las características del instrumento que adquiere, a riesgo de generar inseguridad en el tráfico jurídico. En la otra cara de la moneda, la orientación legislativa basada en la evolución de las Directivas europeas sobre los mercados de instrumentos financieros impone deberes de diligencia y transparencia que se traducen en las exigencias informativas que estas entidades han de trasladar a sus clientes. Por lo tanto, los incumplimientos por insuficiencia de información respecto de los instrumentos financieros comercializados han de ser enfocados, para un correcto funcionamiento del mercado financiero, desde la necesidad de acreditación del cumplimiento de la diligencia debida. Estos, junto a la posibilidad de resarcimiento del daño causado, pueden incidir en la existencia de un vicio del consentimiento del cliente fundado en el error sobre sus características esenciales, en concreto en los supuestos planteados en estas resoluciones en los que la entidad emisora sea, a su vez, el activo subyacente.

Otro aspecto controvertido es el relativo a la calificación jurídica otorgada por el Tribunal a la relación que une a la entidad de servicios de inversión con su cliente. Ante la falta de relación efectiva con la entidad emisora, y, en suma, ante las dificultades de accionar contra ella, pues a la distancia material y contractual se une su estado de insolvencia, considera que la relación merece la calificación de compraventa. Se separa así de la tradicional actividad de intermediación o, siquiera de comisión, asignada a las entidades de servicios de inversión en virtud de la comercialización o incluso de la colocación de instrumentos financieros. Esta interpretación, un tanto forzada, aun a falta de la concreción de los supuestos fácticos que envuelven a la relación y que pueden llevar a que merezca tal calificación, más bien parece justificada por la necesidad de encontrar cauces jurídicos que permitan establecer una relación directa entre las partes a efectos

de justificar la nulidad del negocio jurídico. Ahora bien, podría resultar más conveniente, desde un punto de vista de técnica jurídica, soslayar las dificultades que entrañan las acciones clásicas del Derecho civil y acudir a otros expedientes técnicos que permitan la reparación del daño causado, verbigracia, desde la tutela que dispensa al usuario la regulación especial del mercado financiero y el Derecho del consumo.

Con un perfil distinto, el Tribunal vincula el contrato de intermediación en operaciones de inversión con el contrato de custodia y administración de instrumentos financieros y, por extensión, con el de gestión de carteras de valores cuando en ambos intervenga una misma entidad de servicios de inversión. Pese a que la intención sea loable, a fin de reconocer todo un contorno negocial complejo que permita extender las obligaciones asumidas por la entidad transmitente del negocio bancario a la adquirente, no parece que tal conclusión precise la consideración de prestaciones pendientes entre las partes que se mantengan con la cesión contractual que acompaña a la transmisión del negocio bancario. El vicio del consentimiento o el incumplimiento del deber de informar correctamente al cliente tiene lugar en el momento del perfeccionamiento de la adquisición de los instrumentos financieros. No se trata *stricto sensu* de una cesión de los contratos que unen a los clientes con la entidad bancaria transmitente, sino de la asunción de responsabilidades por la adquirente como consecuencia del error invalidante del consentimiento causado por aquélla. Por consiguiente, el mantenimiento de la relación en virtud de otro contrato, como el de gestión, no afecta a la correcta ejecución contractual de éste, si bien la nulidad de la adquisición, en buena lógica, tendrá incidencia en él.

En definitiva, el caballo de batalla lo constituye la asunción por la entidad bancaria adquirente de las obligaciones contingentes derivadas de la actividad anterior de la transmitente, cuando, además, ambas pactaron de forma expresa su exclusión. Esto obliga a acudir al régimen de la confección de la contabilidad material para contrastar su dotación, a efectos de su conocimiento por el adquirente. También es cierto que la seguridad del tráfico jurídico reclama que el adquirente no asuma aquellas responsabilidades que no deriven de su actuación y que no pueda conocer. Estos impedimentos, sin embargo, pueden ser superados por vía de los actos realizados en fraude de los acreedores cuando la transmisión de la empresa coloque en peor posición a los clientes para la recuperación de lo debido, así como a través del principio de protección de la confianza legítima. No se trata tanto de existencia de un consentimiento tácito de la cesión del contrato por los clientes, ni de la aplicación del principio de relatividad de los contratos que impide que los acuerdos entre las partes vendedora y compradora perjudiquen a un tercero, sino más bien de la creación de una apariencia de sucesión empresarial, esto es, en el campo objetivado de la actividad de la transmitente, que lleva a que los clientes legítimamente confíen en la asunción de una eventual responsabilidad. La conjunción del principio de confianza legítima y de la protección de los acreedores ante acuerdos traslativos de la empresa perjudiciales de sus derechos de crédito, como nexo de relaciones con terceros, exceden, en definitiva, de las

LUIS HERNANDO CEBRIÁ

relaciones inter partes para insertarse como medidas tuitivas del orden público económico⁴⁸.

*(Trabajo recibido el 04/06/2019
y aceptado para su publicación el 05/07/2019)*

⁴⁸ **Fuentes del trabajo:**

Id Cendoj: 28079119912017100035; 28079110012018100050; 28079110012018100051; 28079110012018100070; 28079110012018100232; 28079110012018100070.

Disposiciones legales aplicadas: artículo 7.1 del Código Civil, en relación con la doctrina de los actos propios; artículo 1101 Código Civil; artículos 1111 y 1291.3 del Código Civil, en relación con el fraude de acreedores; artículo 1113 del Código Civil; artículo 1124 del Código Civil; artículos 1.255 y 1.257 del Código Civil; artículo 1261 del Código Civil, en relación con el artículo 6.3 del mismo texto legal; artículos 1265 y 1266 del Código Civil y artículo 1301 del Código Civil.

DERECHO SOCIETARIO

¿FLEXIBILIZACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA DISPENSA DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES? (AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECC. 15.^a, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018)

KATTALIN OTEGUI

Abogada en ARRUTI ABOGADOS. Doctora en Derecho

RESUMEN

En el presente comentario se analiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15.^a, de 26 de septiembre de 2018, la cual tiene por objeto una posible infracción de la prohibición de competencia por parte del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada. En particular, en esta sentencia se examina si la autorización que se concede por parte de la Junta general de la sociedad, dirigida a la dispensa de la obligación de no competencia del administrador, puede ser no solo expresa, sino también tácita.

Palabras clave: prohibición de competencia, deslealtad, administrador, sociedad limitada, dispensa, autorización tácita.

**EASING OF THE REQUIREMENTS FOR WAIVING
THE PROHIBITION ON COMPETING CORPORATE
ADMINISTRATORS? (IN THE LIGHT OF THE
JUDGMENT OF THE PROVINCIAL APPELLATE COURT
OF BARCELONA SECTION 15 OF 26 SEPTEMBER 2018)**

KATTALIN OTEGUI

Lawyer in ARRUTI ABOGADOS. Doctor of Law

ABSTRACT

These observations concern the judgment of the Provincial Appellate Court of Barcelona section 15 of 26 September 2018, on the possible infringement of competition law by the manager of a limited company, analysing whether the company board of directors can tacitly as well as explicitly waive the non-competition obligation.

Keywords: prohibition on competition, disloyalty, manager, limited company, waiver, tacit authorisation

SUMARIO: I. RESUMEN DE LA SENTENCIA.—II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA. 1. Previo. 2. La prohibición de competencia. En particular, el conflicto de interés permanente derivado de ocupar el puesto de administrador en una sociedad competidora. 3. La dispensa de la prohibición de competencia. 3.1. Requisitos formales. 3.2. Dificultades prácticas.—III. CONSIDERACIONES FINALES.

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA

En la resolución judicial que da lugar a este comentario se solicita el cese del administrador único de la sociedad «DIVERIS PUNT 10, S. L.» con base, entre otros motivos y en lo que a este estudio respecta, en la infracción de la prohibición de competencia que afecta a los administradores de las sociedades de capital prevista en el previgente artículo 230.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital («LSC»), aplicable a este caso por razones temporales —*tempus regit actum*—. En particular, la presunta deslealtad alegada se fundamenta en que el administrador-apelado ocupaba el cargo de administrador único simultáneamente en dos sociedades («PROMOCIONES JE 2081, S. L.» y «CONSTRUCCIONES y REFORMAS ETSYD 200, S. L.») con objeto social igual al de la sociedad tutelada —la promoción y construcción—, habiendo sido encomendada por esta última la obra de un edificio a una de las primeras —en concreto, a «REFORMAS ETSYD 200, S. L.».

De conformidad con la redacción del referido artículo 230.1 LSC, vigente en la fecha en la que tuvieron lugar los hechos y, en consecuencia, aplicable a este caso, el levantamiento de la referida obligación de no competencia del administrador requería de «*la autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta general, a cuyo efecto deberán realizar la comunicación prevista en el artículo anterior*». De los hechos que se recogen en la sentencia de referencia se desprende que en modo alguno fue tal conducta competitiva autorizada, de forma expresa, de conformidad con lo exigido legalmente, por la Junta general de «DIVERIS PUNT 10, S. L.». No obstante ello, la Audiencia entendió que tal autorización fue concedida de forma tácita por los socios en el momento en el que estos adquirieron la totalidad de las participaciones sociales de esta mercantil, habida cuenta de que ellos mismos acordaron que uno de los socios apelantes aportaría un solar y que D. Alonso —el administrador apelado en el caso enjuiciado—, acometería la construcción de un edificio sirviéndose para ello de alguna socie-

dad constructora de su propiedad. De la prueba practicada resultó que la parte apelante había consentido la actividad constructora concurrencial del apelado y que, en definitiva, la misma formó parte del acuerdo de compraventa de las participaciones sociales de la referida sociedad.

En conclusión, la Audiencia consideró que, en efecto, la autorización del conflicto de interés derivado del incumplimiento de la obligación de no competencia había existido, aunque la misma no hubiese sido concedida explícitamente. Con base en el principio de la buena fe —art. 7.1 del Código Civil—, más concretamente, en la doctrina de los actos propios, la Audiencia encontró apoyo bastante para relegar la literalidad de la norma imperativa.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

1. Previo

Tras las modificaciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo («Ley 31/2014»), la LSC prevé hoy una regulación sustantiva del estatuto de deberes de los administradores sociales. Entre dichas modificaciones destaca la regulación autónoma y pormenorizada del deber de lealtad —individualizado por vez primera legalmente del deber de diligencia regulado en los arts. 225 y 226 LSC—, el cual ha sido objeto de una atención especial dirigida a reforzar la protección del *mejor* interés social (art. 227.1 LSC). En este orden, tras la entrada en vigor de la reforma operada por la referida Ley 31/2014, junto con la previsión general del deber de lealtad que además de establecer sus elementos esenciales sirve como cláusula de cierre para acoger cualesquiera supuestos de deslealtad no previstos por el legislador (art. 227.1 LSC), actualmente disponemos de un régimen detallado de las *obligaciones básicas* derivadas de este deber (art. 228 LSC), así como de un elenco de tipos concretos de deslealtad que deben ser evitados por todo administrador leal (art. 229 LSC).

Con respecto de este régimen, debe destacarse su naturaleza imperativa. Así nos lo advierte el artículo 230.1 LSC, el cual establece de forma expresa este carácter. No obstante, esta imperatividad del régimen del deber de lealtad no tiene carácter absoluto. La propia LSC se encarga de flexibilizarla mediante la ordenación del instituto de la dispensa o autorización singular de la deslealtad en los apartados 2 y 3 del referido artículo 230 LSC, también con respecto de aquella que proviene del desarrollo de actividades competitivas que dan lugar a conflictos de interés de carácter permanente (art. 229.1 f) LSC).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 15.^a, de 26 de septiembre de 2018 (sentencia 8758/2018, recurso 389/2018, LA LEY 128634/2018), resolución que da lugar a este comentario, ofrece una buena oportunidad para analizar el régimen regulador de la dispensa de las actividades que entrañan competencia, pero, sobre todo, para atender a las dificultades prácticas que podemos encontrarnos en su aplicación.

2. La prohibición de competencia. En particular, el conflicto de interés permanente derivado de ocupar el puesto de administrador en una sociedad competidora

La prohibición de competencia se encuentra actualmente prevista en el elenco de casos particulares de deslealtad de los administradores sociales recogido en el artículo 229.1 LSC. En concreto, según lo previsto en su apartado f), los administradores quedan obligados a abstenerse de: *«Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad»*.

De la lectura de este precepto introducido por la Ley 31/2014 en la LSC se desprende que la obligación de no competencia que afecta a los administradores ha quedado regulada de forma amplia, con ánimo de acoger cualquier supuesto que entrañe concurrencia para la sociedad tutelada o, incluso, que sea susceptible de entrañarla. Es decir, el legislador trata de impedir también aquellas actividades que, en potencia, puedan ser competitivas. A mayor abundamiento, junto con la legalmente arraigada prohibición de competencia *stricto sensu*, el referido artículo 229.1 f) LSC recoge la obligación consistente en la abstención de llevar a cabo cualquier actividad que sitúe al administrador en una situación de conflicto de interés permanente o estable. En resumen, se trata de evitar, por un camino u otro, que el administrador actúe de forma desleal, desarrollando actividades que puedan poner en riesgo la consecución del interés social, de forma duradera.

Antes bien, aunque el legislador haya tratado de ampliar el tipo correspondiente a la deslealtad permanente, en los términos anteriormente indicados, también lo ha limitado, en cierto modo, mediante la expresa mención a la necesaria efectividad del conflicto. Así, no basta que nos encontremos ante actividades formalmente competitivas para limitar la libertad empresarial del administrador recogida en la propia Constitución (art. 38). Es decir, no podemos escudarnos en la existencia de un conflicto de interés proveniente de una realidad competitiva, incluso potencialmente competitiva, si la misma no lo es realmente. Ahora bien, no siempre resulta sencillo determinar si la competencia es o no *efectiva*. Tras haberse eliminado las referencias a la identidad, analogía o complementariedad entre el objeto social de la sociedad tutelada y el objeto de la actividad desarrollada por el administrador, recogidas en el previgente artículo 230.1 LSC, el artículo 229.1 f) LSC no establece hoy ningún criterio que deba seguirse para constatar dicha efectividad. No cabe duda, sin embargo, de que no basta que el administrador lleve a cabo una actividad que tenga cabida en el objeto social de la sociedad tutelada para considerarla concurrencial¹. Aunque la identidad o analogía entre objetos sociales pueda constituir un indicio significativo de una competencia real, no es suficiente ni necesaria para poder afirmar dicha competencia.

¹ Así lo han entendido los Tribunales, incluso con arreglo a la previgente literalidad del artículo 230.1 LSC. *Vid.*, entre otras, la STS de 5 de diciembre de 2008, F. D. Tercero, RJ\2019\14.

Así las cosas, en ausencia de una definición del término *competencia* y de criterio delimitador alguno en el marco de la LSC, el derecho regulador de la defensa de la competencia nos ofrece relevantes guías que bien nos ayudan a valorar si existe o no competencia en el ámbito societario². En concreto, es el mercado relevante —en sus vertientes temporal, territorial y objetiva o de producto— al que debe atenderse para poder afirmar que la actividad desarrollada por el administrador es, en efecto, competitiva para con la sociedad administrada.

Como no puede ser de otra forma, el requisito de la efectividad también aplica en el marco de los conflictos de interés de carácter permanente que se derivan de la ocupación del cargo de administrador en sociedades con idéntico o análogo objeto social, supuesto enjuiciado en la sentencia que aquí se analiza. Si bien la LSC vigente, en su artículo 229.1 f), no se refiere de forma expresa a este caso concreto de deslealtad³, no cabe duda de que tiene cabida en el mismo. En particular, nos encontraríamos ante el supuesto del administrador doble o múltiple⁴ incardinable en el supuesto del desarrollo de una actividad competitiva por cuenta ajena⁵. Así, el administrador competiría con la sociedad tutelada en nombre y representación de la sociedad, o sociedades, en las que también ostenta el cargo de administrador social y, en definitiva, en interés de estas últimas. Asimismo, entiendo que la generación de un conflicto de interés de carácter permanente al que se alude en el apartado f) *in fine* del artículo 229.1 LSC también sería en sí motivo bastante, sin acudir al conflicto de competencia propiamente dicho, para impedir que el administrador lo sea, al mismo tiempo, de una sociedad efectivamente competidora. Junto con los dos apoyos legales indicados, considero que la obligación básica genérica derivada del deber de lealtad consistente en la adopción de medidas necesarias para evitar que los intereses del administrador, ya sea por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para

² Sobre la aplicación del derecho regulador de la defensa de la competencia para la delimitación del concepto de la *competencia* se pronunció la Audiencia Provincial de Bizkaia, en su sentencia dictada en el sonado *caso Iberdrola*, el 20 de enero de 2012 (F. D. Sexto, AC 2012/288).

³ Si lo hacía, en cambio, el artículo 136.2 LSA 1989, en el marco del cese del administrador incurso en una situación concurrencial, en los siguientes términos: «*Los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta general*».

⁴ En concreto, se refiere al *agente doble* o *consejero múltiple* PAZ ARES, C., en *Anatomía del deber de lealtad*, 2014 (texto que reproduce la conferencia dictada por este autor en la reunión anual del Área de Derecho Mercantil de URÍA MENÉNDEZ celebrada el 21 de febrero de 2014). Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>.

⁵ A favor de esta interpretación, entre otros, *Vid.* POLO SÁNCHEZ, E.: «Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)», en *Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles* (Dir. URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; OLIVENCIA, M.), tomo IV, Civitas, Madrid, 1992, p. 260; EMBID IRUJO, J. M.: «Artículo 65. Prohibición de competencia», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, (Coords. ARROYO, I.; EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, p. 803; PORTELLANO Díez, P.: *Deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, Estudios de Derecho Mercantil, Civitas, Madrid, 1996, p. 37; GALLEGU LARRUBIA, J.: *Prohibición de competencia de los administradores de las sociedades de capital* (Presupuestos y ámbito de aplicación), Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 272.

con la sociedad —*no conflict rule* ex art. 228 e) LSC)—, podría servir también como fundamento para exigir a aquel que se negase a aceptar el nombramiento de administrador en una sociedad competidora o, en su caso, que renunciase a su puesto *a posteriori*. Por lo tanto, sería la propia referida regla conocida como *ningún conflicto* la que le obligaría a actuar lealmente.

3. La dispensa de la prohibición de competencia

La vigente redacción el artículo 230.3 I LSC, tras la reforma introducida por la Ley 31/2014, recoge un procedimiento de autorización singular de la obligación de no competencia de especial rigor. El legislador, como ha venido siendo habitual en la legislación societaria previgente, ha optado por establecer un régimen más severo dirigido al levantamiento de la prohibición de las conductas concurrenciales que a otro tipo de conductas desleales de los administradores⁶. En particular, reza así el referido vigente artículo 230.3 I LSC: «3. *La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la Junta general*».

De la lectura de este precepto se desprende que el regulador ha impuesto requisitos tanto de índole material como formal para conceder la referida dispensa. Sin menospreciar la relevancia del condicionante material de la inocuidad que exige este precepto —*fairness test*—, en las siguientes líneas del presente comentario me detendré en el estudio de los requisitos de forma recogidos en el mismo, en especial, teniendo en consideración el objeto de la sentencia que ha dado lugar al mismo, en la necesidad de que la autorización de la conducta competitiva tenga carácter expreso.

3.1. Requisitos formales

En primer lugar, la LSC exige que el acuerdo de la Junta general que verse sobre la dispensa de la prohibición del desarrollo de actividades competitivas sea

⁶ Considero oportuno recordar que, hasta la entrada en vigor de la reforma de la LSC de la mano de la Ley 31/2014, la autorización singular de la Junta general solamente era necesaria para autorizar los conflictos de intereses que provenían de la violación de la prohibición de competencia. El administrador social podía incurrir en los restantes supuestos de conflicto comunicando él mismo al resto de los miembros del órgano de administración o, en caso de ser administrador único, a la Junta general, y absteniéndose de participar en la adopción del acuerdo que versase sobre tal conflicto, *Vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A.: «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, (Coord. HERNANDO CEBRIÁ, L.), Bosch, Barcelona, 2015, pp. 294-295; MARTÍNEZ SANZ, F., NAVARRO MÁÑEZ, M.: «Artículo 132. Separación. Supuestos especiales», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (Coords. ARROYO, I., EMBID, J. M. y GÓRRIZ, C.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 228-229.

expreso (art. 230.3 *in fine*), por lo que no resultan admisibles las autorizaciones concedidas de forma tácita. A este respecto, conviene dejar clara constancia de que la exigencia del carácter expreso de esta autorización singular no ha variado tras la reforma operada por la Ley 31/2014 en el régimen del deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital (art. 227 y ss. LSC). La previgente literalidad del artículo 230.1 LSC ya contemplaba tal exigencia⁷ —también lo hacía incluso la propia Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 (Ley 2/1995, de 23 de marzo) en su artículo 65.1.

En segundo lugar, la redacción actual del apartado 3 *in fine* del artículo 230 LSC adiciona la necesidad de que se trate de un acuerdo *separado*⁸, condición que ya había sido requerida por nuestros Tribunales, aun sin contar con respaldo legal alguno⁹. Con respecto de este requisito adicional relativo a la obligada individualización del acuerdo de la dispensa de la actuación concurrencial, considero necesario hacer hincapié en el fin que persigue el legislador con este nuevo requerimiento. Desde mi punto de vista, el objetivo de esta condición consiste en evitar que dicha actuación en concurrencia no quede autorizada mediante acuerdos complejos y difusos que impidan visualizar con nitidez la voluntad real de los socios ante una situación que pone en riesgo el mejor interés social. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la adopción del acuerdo de la dispensa requiere de una mayoría cualificada en sede de sociedades de responsabilidad limitada (art. 199 LSC) y, en su caso, de la abstención del socio afectado por el conflicto cuyo levantamiento es objeto del acuerdo de la Junta general (art. 190.1 e) LSC). Por ello, la debida observancia de estas garantías procedimentales es asimismo motivo bastante para que el acuerdo que verse sobre una dispensa de un

⁷ El Tribunal Supremo también exigió con contundencia el carácter expreso del acuerdo de dispensa de la prohibición de competencia con base en el previgente artículo 230.1 LSC en los siguientes términos: «*La Ley parte de la premisa de que la dedicación simultánea del administrador de la sociedad a una actividad análoga o complementaria a la del objeto social, ya sea por cuenta propia o ajena, constituye un conflicto de intereses que puede redundar en perjuicio de la sociedad, razón por la cual se prohíbe, pero no de forma absoluta, sino relativa, pues cabe la autorización de la Junta general. Pero esta autorización debe ser expresa, esto es, debe constar expresamente la voluntad de la Junta que consiente en que el administrador desarrolle esta actividad que, en principio, acarrea los riesgos propios del conflicto de intereses*» (STS de sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de diciembre de 2012, F.D. octavo, LA LEY, 211959/2012).

⁸ Vid. YANES YANES, P.: «La votación separada por asuntos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 299, 2016.

⁹ En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid: «*Sin embargo, de los términos en que resulta configurado el orden del día no puede admitirse que se desprenda, directa o indirectamente, que el asunto a tratar incluye una autorización de la Junta general de las previstas en el art. 65 LSRL. Es esta una cuestión que no solo tiene señalado un régimen específico, sino que se somete a la adopción del acuerdo por mayoría cualificada —arts. 52 y 53 LSRL—, por lo que difícilmente puede entenderse que el nombramiento de administradores ampara la adopción de acuerdos de este tipo sin estar expresamente contemplado el asunto en el orden del día. En definitiva, al amparo del punto segundo del orden del día se procede al nombramiento de administradores, pero también se adopta otro acuerdo no previsto en el orden del día de la convocatoria. Esta circunstancia determina la nulidad del acuerdo, como correctamente apreció la sentencia recurrida*» (SAP de Madrid de 14 julio de 2011, F. D. tercero, JUR/2011/308864).

conflicto de interés con origen en la vulneración de la prohibición de competencia deba ser votado de forma independiente¹⁰.

El cumplimiento de los dos requisitos de forma anteriores requiere, a su vez, de la previa observancia del deber de información del administrador incurso en el conflicto de interés (art. 229.3 LSC). Es decir, para que la Junta general pueda pronunciarse sobre la autorización singular de la prohibición de competencia es necesario que este órgano conozca el supuesto concurrencial concreto. Aunque el referido precepto no se refiera de forma explícita a la obligación de informar sobre los cargos que el administrador ostenta en sociedades con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social —sí lo hacía, en cambio, la redacción del previgente artículo 229.2 LSC¹¹—, no cabe cuestionar que, en aquellos casos en los que la coexistencia de cargos dé lugar a una situación de conflicto de intereses real, el administrador deberá informar sobre ello con base en el referido precepto. El hecho de que a día de hoy no se contemple este supuesto de conflicto, de forma expresa, en el mentado artículo 229.3 LSC no responde, en mi opinión, sino al propósito de prever una obligación de transparencia global, que abarque toda clase de conflicto de interés real, sin distinción. Acerca de este deber de información ha de añadirse que el hecho de que no coincida el órgano receptor principal de la comunicación —el de administración— con el órgano competente, en exclusiva, para conceder la dispensa —la Junta general—, podría complicar el puntual, completo y *desinteresado* traslado de la información sobre la deslealtad.

3.2. *Dificultades prácticas*

Según lo expuesto anteriormente, la LSC es clara y contundente en la regulación de esta autorización singular prevista en el artículo 230.3.I LSC de constante referencia. Su aplicación literal no deja lugar a dudas, la ausencia de un acuerdo expreso de la Junta general implica, en la práctica, la inexistencia de la autorización de la conducta competitiva y, en consecuencia, la constatación de la deslealtad del administrador que incurre en la misma *ex artículo 229.1 f) LSC*. Huelga decir que la expresa imperatividad del régimen prevista en el artículo 230.1 LSC a la que he hecho mención anteriormente abarca el apartado tercero de este mismo precepto en el que se recoge el régimen de la dispensa que ahora nos ocupa.

Siendo ello así, la aplicación práctica de los requisitos formales correspondientes a la dispensa de la prohibición de competencia expuestos anteriormente —*law in action*— podría poner en cuestión si la vigente regulación de la LSC

¹⁰ A este respecto, *vid.* la SAP de Madrid de 14 julio de 2011, F. D. tercero, JUR\2011\308864).

¹¹ Conforme a la previgente redacción del art. 229.2 LSC: «2. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ellas ejerzan».

—*law in the books*— se ajusta a la compleja realidad y a las necesidades de las sociedades de capital. En particular, en el ámbito de las sociedades cerradas en las que la condición de administrador recae habitualmente sobre los propios socios y, por ende, la separación entre la propiedad y el control es cuanto menos difusa, la voluntad de los socios y la de los administradores no es siempre fácilmente separable, lo cual puede dar lugar a futuros desencuentros, como ocurrió en el caso que nos ocupa.

En este tipo de realidades societarias, si tal y como ocurre en el supuesto de hecho enjuiciado, todos los socios autorizan la conducta concurrencial, aun de forma tácita, ¿debería aplicarse la LSC al objeto de proteger el interés social de forma contraria a la voluntad social manifestada por todos los socios? En situaciones como la que nos ocupa, en las que la totalidad de los socios conocieron y consintieron —aun de forma implícita— la actividad competidora del administrador, la ausencia de un acuerdo explícito y separado como tal provoca, en la práctica, la negación de la existencia del visto bueno de la Junta con respecto de la misma. Esta negación de la realidad es la que condujo a la Audiencia en la sentencia que se comenta a acudir a las bases del Derecho, en particular, al artículo 7 del Código Civil y a la doctrina de los actos propios, en busca de recursos para eludir la aplicación literal de la norma.

Desde mi punto de vista, la fundamentación de la Audiencia para constatar la existencia de la dispensa de la actividad competitiva puede llegar a sostenerse en el caso que nos atañe —aun en contra de la literalidad de la norma y de lo establecido anteriormente por el propio Tribunal Supremo¹²— porque dicha conducta concurrencial es de carácter aislado. La construcción del edificio encomendada a la sociedad del propio administrador apelado se consuma en una serie de actos determinables en el momento en el que, aun implícitamente, los socios aprobaron que tales obras se llevasen a cabo por dicho administrador, a través de una sociedad de su propiedad en la que ostentaba, asimismo, el cargo de administrador.

Sin embargo, considero que la autorización tácita no podría admitirse en el marco de las conductas concurrenciales duraderas —las más habituales en la práctica societaria—, las cuales implican un desarrollo de la actividad competitiva en el tiempo y que, en definitiva, dan lugar al nacimiento de conflictos de interés de carácter permanente (art. 229.1 f) LSC). Sobre este particular ha de tenerse en cuenta que, generalmente, la actividad competitiva no suele comprender un único acto¹³. En el marco de esta deslealtad persistente no cabe alegar que los

¹² Vid. STS de Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de diciembre de 2012 (F. D. octavo, LA LEY 211959/2012). En este sentido, asimismo, Vid. SAP de Madrid, Secc. 28.ª, sentencia núm. 412/2017, de 22 de septiembre, F. D. 3.º, y SAP de Barcelona, Secc. 15.ª, de 9 de diciembre de 2014 (LA LEY 180367/2014), F. D. tercero.

¹³ Parte de la doctrina autorizada considera que los actos competitivos entrañan, en todo caso, una permanencia en el tiempo, por lo que niegan la posibilidad de que puedan tener carácter aislado (Vid., entre otros, ALCALÁ DÍAZ, M.ª A.: «El deber de fidelidad de los administradores: el conflicto de interés administrador-sociedad», en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas* (coord. ESTEBAN VELASCO, G.), Colección GARRIGUES & ANDERSEN, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 453-

socios puedan autorizar implícitamente una conducta cuyas circunstancias varían con el transcurso del tiempo, puesto que no podrán valorar las mismas *ex ante* para poder decidir con suficiente conocimiento de causa¹⁴. Pero, en estos casos, considero que incluso el acuerdo de la Junta general, aun expreso y separado, no sería suficiente para autorizar la conducta competitiva, no al menos de forma adecuada, salvo que fuese objeto de la oportuna revisión y actualización con base en la información proporcionada por parte del administrador afectado acerca del desarrollo real que experimente el propio acto concurrencial (art. 229.3 LSC)¹⁵. Así, el traslado de esta información del órgano gestor al órgano deliberador deberá ser, asimismo, revisado y actualizado —además de libre de cualquier interés o injerencia— a fin de poder posibilitar una autorización singular que garantice la protección del interés social.

En definitiva, el desarrollo de actividades concurrenciales que no concluyen en un único acto debe ser objeto de autorizaciones expresas y periódicas que garanticen que el visto bueno de la Junta general comprenda las particularidades que afectan a la vida del propio conflicto. No son suficientes las autorizaciones únicas y desactualizadas, puesto que, en realidad, su contenido no se ajusta a las vicisitudes de la actividad competitiva. Por ello, presumo que el fallo hubiera sido otro si la Audiencia se hubiese enfrentado a un conflicto de interés de naturaleza permanente recogido hoy, de forma expresa, en el apartado f) del artículo 229.1 LSC.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El rigor formal de la ordenación de la dispensa de la prohibición de competencia analizada en este comentario me conduce a augurar una suerte de dificultades en la aplicación de la misma. La redacción del analizado artículo 230.3 I LSC es clara, el régimen relativo a la dispensa es imperativo y no serán válidas las disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo (art. 230.1 LSC). En cuanto a la oportunidad de acudir a la vía de los pactos parasociales, es

454, BOQUERA MATARREDONA, J.: «La regulación del conflicto de intereses en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 127, 1995, p. 1.012).

¹⁴ *Vid.* SAP Madrid, Secc. 28.ª, sentencia núm. 412/2017, de 22 de septiembre, F. D. sexto JUR/2011/308864.

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que el propio artículo 230.3 II LSC establece de forma implícita, en el marco de la regulación del cese del administrador competidor, la necesidad de que la Junta general revise la conducta competitiva para poder valorar si el riesgo de perjuicio para la sociedad ha devenido o no relevante. Entiendo que no debe leerse este precepto en el sentido de que la revisión solamente proceda cuando la Junta no ha autorizado el desarrollo de una actividad competitiva (*Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P.: *El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés*, cit., p. 34). Sobre la necesidad de que el administrador en conflicto informe debidamente sobre el desarrollo del acto competitivo (art. 229.3 LSC) y de que los acuerdos de dispensa de los conflictos permanentes de interés sean debidamente revisados me he referido anteriormente en OTEGUI JÁUREGUI, K.: *Los conflictos permanentes de interés entre el administrador y la sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 239-250.

por todos conocido el inconveniente de su efectividad (art. 29 LSC)¹⁶. Lo anterior nos muestra la dificultad de articular sistemas de autorización singular de la obligación de no competencia más flexibles, aunque los mismos pudiesen garantizar plenamente la ansiada protección del mejor interés social. En cualquier caso, habrá que esperar a que nuestros Tribunales tengan la oportunidad de enfrentarse a la aplicación de la vigente regulación de la dispensa prevista en el artículo 230.3 I LSC para ver si se ciñen a su literalidad o tratan de buscar soluciones menos formalistas —más o menos forzadas— con base en otras figuras jurídicas que nos ofrece el ordenamiento jurídico.

*(Trabajo recibido el 06/06/2019
y aceptado para su publicación el 05/07/2019)*

¹⁶ Por todos, ampliamente, PAZ-ARES, C.: «El *enforcement* de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5, 2003.

DERECHO CONCURSAL

LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN: REQUISITOS A CUMPLIR EN LAS SUBASTAS NOTARIALES (A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DGRN 2 ENERO 2019)

TOMÁS VIÑA ALMUNIA
Notario de Cubelles

RESUMEN

El autor comenta la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de enero de 2019, que analiza las facultades de la administración concursal y concretamente si, para el caso de estar prevista la enajenación en subasta notarial, la misma habría de cumplir los requisitos de los artículos 72 y siguientes de la Ley del Notariado.

Palabras clave: concurso de acreedores, liquidación, enajenación, subasta notarial, plan de liquidación.

**INSOLVENCY ADMINISTRATORS IN LIQUIDATION
PHASE: REQUIREMENTS FOR NOTARIAL AUCTIONS
(IN RESPECT OF THE RESOLUTION OF THE
DIRECTORATE GENERAL OF REGISTRIES AND
PUBLIC NOTARIES (DGRN) OF 2 JANUARY 2019)**

TOMÁS VIÑA ALMUNIA
Notary Public of Cubelles

ABSTRACT

The author addresses the resolution of the General Directorate of Registries and Notaries Offices of 2 January 2019, which analyses the powers of the insolvency administrator, and in particular, whether in the case of disposal through notarial auction, this should comply with the terms of article 72 and subsequent articles of the Notarial Act.

Keywords: insolvency proceedings, liquidation, disposal, notarial auction, liquidation plan.

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO.—II. FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.—III. POSICIÓN DE LA DGRN ACERCA DE LA VENTA EN SUBASTA NOTARIAL EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

I. SUPUESTO DE HECHO

Para el entendimiento de la presente resolución han de tenerse en cuenta los siguientes hechos:

1. El administrador concursal insta una subasta voluntaria notarial (no electrónica, como exigen los artículos 72 y siguientes de la LN), adjudicándose el remate y la adjudicación en favor del mejor postor («Pesquerías de Almadraba, S. A.») en un «acta de venta en pública subasta» de fecha 19 de febrero de 2018, autorizada por la notario recurrente, en la que constaba el pago del remate, pero sin otorgarse la escritura pública de venta en favor del mismo ni cerrarse la subasta.
2. El mismo administrador concursal da por concluida y terminada esta fase («segunda fase» según el plan de liquidación aprobado) por no alcanzar ninguna de las dos ofertas presentadas el precio mencionado en el plan de liquidación, y decide pasar directamente a la «cuarta fase» (ya que el propio plan dejaba la «tercera fase», consistente en una enajenación por medio de pública subasta sujeta a la LEC, a la decisión de la administración concursal) que contempla la venta sin sujeción a precio mínimo por la administración concursal. En su virtud, se formaliza escritura de compraventa a favor de «Productos de Almadraba, S. L.» por otro notario.
3. Cuando se presenta a inscribir el acta de venta en pública subasta referida ya está inscrita la escritura de compraventa reseñada anteriormente.

El Registrador calificador deniega la inscripción por los siguientes motivos:

- a. Por el principio de tracto sucesivo, puesto que la finca se encuentra inscrita en favor de un tercero.

- b. Porque en la subasta se han obviado las normas establecidas en los artículos 72 y siguientes de la Ley del Notariado, que a juicio del Registrador son de derecho imperativo y no dispositivo.

La Notario autorizante recurre la calificación del Registrador, puesto que no entiende como se pudo inscribir la venta directa del bien y ahora se piden otras garantías para la protección de los acreedores. Por otro lado, considera que las normas de los artículos 72 y siguientes de la Ley del Notariado son dispositivas. Por ello, la subasta voluntaria no electrónica sino presencial es plenamente válida, sin que haya menguado lo más mínimo las garantías de los interesados en el concurso.

II. FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN

Para comprender bien el supuesto de hecho, es preciso tener en cuenta las facultades de la administración concursal. Como es sabido, las mismas dependen del tipo de concurso en el que nos encontremos, ya que:

1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y de disposición, sin perjuicio de la intervención de la administración concursal.
2. Pero en el supuesto de concurso necesario, el deudor se verá privado de las referidas facultades dispositivas y de administración, que le corresponderán a la administración concursal.

La principal diferencia entre una y otra situación radica en la iniciativa en la administración del patrimonio concursado, ya que en el primer caso le correspondería al deudor (sin perjuicio del control de la administración concursal) y en el segundo el deudor carecería de toda decisión sobre la masa concursal.

No obstante, como corolario de la finalidad de conservación de la empresa, el artículo 44 LC permite al deudor, antes de que haya mediado aceptación del cargo por parte del administrador concursal, *«realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado»*.

De otro lado, toda enajenación de los bienes concursales deberá de contar con la preceptiva autorización judicial, la cual podrá hacerse de forma directa y sin necesidad de subasta. No obstante, dicha autorización no será necesaria en los siguientes supuestos:

- Los actos de disposición que la administración considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso.

- Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad si se presentasen ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario.
- Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 43.3.3.º en relación con el art. 44 LC)¹.
- Los actos de disposición realizados ya en fase de liquidación, al amparo y con los requisitos y limitaciones contenidos en el plan de liquidación aprobado judicialmente.

Un caso singular que es preciso destacar por su gran trascendencia práctica es el de la enajenación de bienes afectos a créditos con privilegio especial, previsto en los apartados 3 y siguientes del artículo 155 de la Ley Concursal. Tal enajenación, en cualquier fase del concurso, debe ser autorizada por el juez. Y aprobado el plan de liquidación, el artículo 155.4 exige, respecto de bienes hipotecados, que la enajenación se realice por regla general mediante subasta; si bien, admite que el juez autorice otros procedimientos de enajenación, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial, como la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Además, el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 155 impone otros requisitos si la realización se efectúa fuera del convenio. Y en todo caso se exige que la autorización judicial y sus condiciones se anuncien con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto. A estos efectos, debemos traer a colación la reciente resolución DGRN 5 junio 2019 (BOE 24 junio 2019), en la que una sociedad declarada en concurso abre la fase de liquidación, en la que uno de los acreedores hipotecarios no notificó a la administración concursal su crédito. En esta situación, se vende la finca mediante venta directa en favor de un tercero por valor inferior al valor de tasación.

El Registrador deniega la inscripción, puesto que entiende que, en base al artículo 155.4 LC, no se pueden vender bienes por valor inferior al tipo de subasta sin el consentimiento del acreedor hipotecario.

El recurrente alega que al haberse notificado tardíamente por parte del acreedor hipotecario a la administración concursal la existencia de su crédito, el propio crédito privilegiado pierde la condición de tal y todos sus beneficios y prerrogativas.

¹ En este punto, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de junio de 2010 dejó dicho que basta la declaración de la administración concursal de que el acto realizado es un acto inherente a la actividad empresarial o profesional del concursado, sin que sea necesaria ulterior acreditación.

La DGRN desestima el recurso y confirma la calificación, al entender que el hecho de que el crédito sea comunicado tardíamente no implica que el crédito privilegiado pierda la consideración de tal, sino que el acreedor perderá el derecho de ejecución separada. Pero, por lo demás, será necesario el consentimiento del acreedor hipotecario para la venta de bien por valor inferior al tipo de subasta, en tanto en cuanto el artículo 155.4 LC tiene carácter imperativo.

III. POSICIÓN DE LA DGRN ACERCA DE LA VENTA EN SUBASTA NOTARIAL EN FASE DE LIQUIDACIÓN

Expuestos los antecedentes anteriores y volviendo a la resolución objeto de estos comentarios, la DGRN desestima el recurso y confirma la calificación habida cuenta de los siguientes puntos:

1. En primer lugar, por el mencionado principio de tracto sucesivo (artículo 20 LH). Lo cierto es que no se entiende cómo en la primera escritura de compraventa otorgada el Registrador no deniega la inscripción, puesto que en ésta admite la venta directa por el administrador concursal y, sin embargo, en la que se hace luego mediante subasta entiende que ésta no es suficiente por contravenir el régimen de los artículos 72 y siguientes de la Ley del Notariado. Ahora bien, como pone de manifiesto el Centro Directivo, contra la referida inscripción poco podemos hacer notarios y registradores puesto que, practicada la inscripción, la misma está bajo la salvaguarda de los Tribunales, ex artículo 1.3 de la Ley Hipotecaria.
2. En segundo término, porque **entiende que las normas de la Ley del Notariado relativas a la subasta son de *ius cogens***, sin que el requirente pueda fijarlas a su libre arbitrio, ya que, a juicio de nuestro Centro Directivo, la normativa de la subasta está regida por el interés público. Y es que, como vemos, el artículo 77 de la Ley del Notariado en su segundo párrafo fija la regla general, que es que toda su normativa en sede de subasta es imperativa. Sin embargo, fija una excepción en el párrafo primero, dando entrada a la autonomía de la voluntad, al permitir que pueda aumentarse, disminuirse o incluso suprimirse la consignación electrónica previa. Por otro lado, el artículo 75.4 LN impide que el acta de la subasta sea un título susceptible de inscripción a los efectos del artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que será preciso el otorgamiento de la correspondiente escritura de venta, que servirá como título material y formal a los efectos del Registro de la Propiedad.
3. Finalmente, la DG analiza y estudia muy didácticamente las facultades del administrador concursal en la fase de liquidación. La DGRN saca las siguientes conclusiones, que nos han de servir de base para entender esta institución:

- El nombramiento del administrador concursal lo hace la autoridad judicial.
- Sin embargo, una vez hecho el nombramiento, sus facultades derivan de la Ley, por lo que estamos ante una auténtica representación legal, por lo que el poder de representación no está en función del cumplimiento de las reglas contenidas en el plan de liquidación.
- No obstante, cualquier actuación hecha por el administrador concursal vulnerando normas sustantivas o de carácter procesal no podrá transmitir el dominio en favor de terceros.

Todo lo dicho no implica que los administradores no tengan cierto margen de actuación en la venta del patrimonio del concursado, como vimos en el epígrafe anterior, puesto que la misma debe de hacerse de acuerdo con el plan establecido por la administración concursal o, en su defecto, por el plan aprobado por el juez. Por ello, la autonomía del administrador radica en la posibilidad de fijar un plan donde se le permita actuar a su libre arbitrio, pero siempre y cuando, eso sí, se haya aprobado previamente por el juez.

*(Trabajo recibido el 04/12/2019
y aceptado para su publicación el 26/12/2019)*

RECENSIONES

DALLA BENEFIT CORPORATION ALLA SOCIETÀ BENEFIT

Directores: DE DONNO, Barbara/VENTURA, Livia

Obra publicada en Bari, Cacucci Editore, 2018, 154 páginas

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia

1. No es de hoy precisamente el intento de llevar al núcleo mismo del Derecho de sociedades mercantiles propósitos u objetivos de interés general, susceptibles de trascender e, incluso, de soslayar la tradicional finalidad lucrativa de estas personas jurídicas. En algunos ordenamientos, como el español, el ánimo de lucro, asociado, como es sabido, a la causa del negocio de sociedad, sigue situado en el frontispicio de la normativa societaria común, a la sazón contenida en el Código de comercio; pero su análisis y, sobre todo, la determinación de su operatividad, como elemento pretendidamente inmutable de nuestro Derecho de sociedades, han de pasar la frontera establecida no sólo por normas posteriores (algunas tan relevantes como el art. 2 de la LSC), sino, más específicamente, por el surgimiento y posterior consolidación de una doctrina científica favorable a un concepto amplio de sociedad, que prescinde de la aptitud diferenciadora de la causa lucrativa.

Además de estas circunstancias, situadas en el terreno legislativo y dogmático, hay que destacar en los últimos años un intenso movimiento de renovación tipológica que ha venido a alterar significativamente las aguas del Derecho de sociedades. Este fenómeno, de mayor alcance fuera de nuestras fronteras, se ha movido en varias direcciones de las que ahora interesa destacar, de manera particular, dos: de un lado, la creación de tipos societarios simplificados, en unos casos auténticas figuras nuevas, en otros, meras modulaciones de las ya existentes; de otro lado, la idea de crear supuestos societarios (con la misma orientación dual recién indicada) en las que se intenta combinar la tradicional orientación lucrativa con la realización de objetivos de interés general, asignando a ambas finalidades un peso, en apariencia, equivalente.

Aunque el propósito simplificador ha alcanzado una destacada presencia en numerosos ordenamientos, al hilo, en particular, de la exitosa figura de la sociedad por acciones simplificada, del Derecho francés, la «asociación en sociedad» de las dos finalidades reseñadas ha traído consigo la aparición en escena de la persona jurídica, que bien podemos denominar «sociedad benéfica», traduciendo con libertad la fórmula anglosajona (*benefit corporation*), o las más recientes expresiones utilizadas en la regulación italiana (*società benefit*) y en la colombiana (sociedad de beneficio común). Es, precisamente, la experiencia de la entidad que nos ocupa en el Derecho italiano la que traemos a colación en esta reseña; se trata de dar cuenta de un reciente libro que, por iniciativa de la prestigiosa Universidad Luiss Guido Carli, reúne aportaciones de destacados juristas italianos en torno, sobre todo, a la normativa italiana de la sociedad benéfica, con interesantes alusiones a otros ordenamientos, en particular, el Derecho de sociedades de los Estados Unidos de América, donde, como es bien sabido, han surgido las primeras regulaciones al respecto.

2. Aunque se trata de aportaciones singulares, cada una orientada por los criterios y preferencias personales de los autores, parece inevitable que existan coincidencias en ellas, derivadas, entre otras cosas, de operar no sólo sobre el terreno común delimitado por la nueva figura, que no parece ser un tipo social específico, sino también sobre su repercusión en el sistema societario italiano. Buena parte de esas coincidencias, por tanto, aluden a temas medulares del Derecho de sociedades, como la causa del contrato de sociedad, el relieve del ánimo de lucro (*rectius*, fin de lucro), el significado del interés social tras la tipificación de la sociedad benéfica, etcétera. Pero algunas de esas cuestiones esenciales trascienden el campo estricto de dicha disciplina para extenderse al problema de la delimitación respecto de otras personas jurídicas, desprovistas de ánimo de lucro, si bien orientadas a la consecución, cabría decir, de fines benéficos.

Para evitar una prolija descripción del contenido del libro, y aun a riesgo de incurrir en un censurable esquematismo, enumeraré seguidamente los distintos capítulos en que se divide, con la indicación de su título, autor y principales características de la respectiva exposición. Traduciré al español, en principio, los títulos de cada uno de los capítulos, salvo que, por razones de diverso orden, convenga mantener el original italiano. En este sentido, la primera aportación, de carácter introductorio (pp. 9-17) se debe a una de las directoras del volumen, la profesora Barbara DE DONNO, y en ella se exponen sucintamente los principales rasgos distintivos de la sociedad benéfica, de acuerdo con la limitada disciplina reguladora contenida, a la sazón, en la Ley de Estabilidad de 2016, más precisamente, la Ley n. 208, de 28 de diciembre de 2015 (en vigor, desde el 1 de enero de 2016). En concreto, es el art. 1, apartados 376-384, donde encontramos esa regulación, que incorpora, como ya se ha dicho, los rasgos fundamentales de la figura semejante existente en el Derecho de sociedades de los Estados Unidos.

El segundo trabajo del libro que reseñamos se debe al profesor Carlo ANGELICI y lleva por título «Sociedad benéfica» (*Società benefit*, pp. 19-32). El autor,

además de considerar la temática común a la que antes hemos hecho referencia, destaca que el ánimo de lucro no interesa, en relación con la figura estudiada, tanto por su significado en el contrato de sociedad, con incidencia en la causa del mismo, como por razón de la actividad que vaya a desarrollar, como persona jurídica ya constituida. A tal efecto, lo interesante es delimitar y exponer el régimen jurídico que pueda aplicarse a la sociedad benéfica desde su condición de entidad de naturaleza societaria y, precisamente, por esa misma circunstancia. Y es claro, concluye ANGELICI, que, en el marco de la sociedad benéfica, uno de los temas clave es el equilibrio de los intereses que la entidad asume como propios, cuestión tratada por el legislador italiano, eso sí, con criticable brevedad; no se ignora, con ello, la relevante cuestión de la responsabilidad de los administradores sociales, sobre quienes recae, a juicio del autor, la tarea de que la sociedad benéfica sea algo más que un mero *nomen iuris*.

El profesor Francesco DENOZZA es el autor del tercer capítulo, en el que se analiza el importante asunto de «La sociedad benéfica y las preferencias de los inversores» (pp. 33-48). Es el trabajo de DENOZZA, tal vez, la aportación más original de las que componen el libro reseñado; ello se debe, no a que eluda las cuestiones medulares hasta ahora expuestas, sino, más bien, al hecho de que toma a la sociedad benéfica como destino, en su caso, de inversiones efectuadas por terceros, lo que obliga, claro está, a desvelar y perfilar los caracteres de la figura desde esa perspectiva realmente determinante. Sobre esta base, además, el autor intenta evitar la retórica, abundante desde luego a propósito de una entidad como la que nos ocupa. Si, por otra parte, la opción por la sociedad benéfica no está especialmente incentivada por el legislador italiano, se comprende que DENOZZA, con cierto escepticismo, no vea fácil su difusión, teniendo en cuenta que, a su juicio, corresponderá a los socios (en particular, al mayoritario) y no a los administradores el poder determinante de trabajar por una finalidad de «beneficio común». De hecho, no son precisamente muchas las sociedades benéficas constituidas en Italia tras la entrada en vigor de la Ley de Estabilidad de 2016.

Por su parte, el profesor Giorgio MARASÀ dedica su estudio («Fin de lucro y fin de beneficio común en las sociedades benéficas», pp. 49-58) al análisis de lo que pudiéramos denominar las «dos almas» de la sociedad benéfica, es decir, al hecho, verdaderamente distintivo de la figura, de combinar, como ya hemos advertido, el propósito lucrativo con una finalidad al servicio del interés general. Pero el autor también contempla, como se hace, igualmente, en otros capítulos del libro, el importante asunto de la delimitación de la sociedad benéfica en relación con las restantes sociedades («ordinarias» las llama MARASÀ). Y el asunto, cuyo tratamiento excede de las posibilidades de esta reseña, es sin duda destacado, a la vista de que parece del todo lícito, por lo que al Derecho italiano se refiere, que esas sociedades «ordinarias» incluyan en sus estatutos la realización de fines de interés común, sin que ello afecte negativamente a la causa lucrativa; pero también, y del mismo modo, sin que dicha orientación, concluye el autor, haya de tener menor «intensidad» que en las sociedades constituidas como benéficas o que han adquirido dicho carácter tras una modificación de los estatutos sociales.

En esta última línea se mueve, esencialmente, la contribución del profesor Mario STELLA RICHTER jr., titulada precisamente «Sociedad benéfica y Sociedad no benéfica» (*Società Benefit e Società Non Benefit*), pp. 59-70). Inserta el autor el estudio de la nueva figura en el más amplio campo de la inversión responsable y de la actividad económica con finalidad no lucrativa, asunto éste que también comprende el fenómeno, de tanta actualidad en nuestros días, de la responsabilidad social de la empresa. El hecho de que buena parte de estas prácticas, como las que atribuyen al sujeto que las lleve a cabo la condición de entidad «socialmente responsable», no requieran la adopción de una forma jurídica específica, como, por ejemplo, la figura en estudio, pone de manifiesto la dificultad de delimitarla nítidamente respecto de las restantes sociedades. A la vista de ello, entiende STELLA RICHTER jr. que el criterio diferenciador entre la sociedad benéfica y la que no lo es reside en que aquélla *debe* perseguir fines de interés común, en tanto que ésta *puede*, sin más, hacerlo. Se ocupa finalmente el autor de que el paso de la sociedad ordinaria a la benéfica, y viceversa, mediante la oportuna modificación estatutaria, pueda dar lugar al derecho de separación del socio disconforme.

A la relación entre la sociedad benéfica y los entes desprovistos de ánimo de lucro dedica su aportación el profesor Andrea ZOPPINI («Contraste entre la sociedad *benefit* y los entes *non profit*: implicaciones sistemáticas y apuntes críticos», pp. 71-80). Y el contraste es oportuno, desde luego, por la inserción en nuestra figura del propósito de conseguir un beneficio común. Pero también tiene interés el trabajo de ZOPPINI por el hecho de que, en numerosos países, la regulación de las entidades sin ánimo de lucro, sobre todo en el caso de las fundaciones, sufre la progresiva influencia del Derecho de sociedades, como elemento idóneo para mejorar su organización y funcionamiento. En todo caso, el autor no cree que sea sencillo poner en marcha la figura de la sociedad benéfica por el hecho de que en ella se pretenden combinar, como sabemos, finalidades empresariales diversas, con planteamientos de gestión igualmente diversos. Esta mescolanza puede generar, a juicio de ZOPPINI, costes de transacción elevados susceptibles de anular sustancialmente el beneficio de la mencionada combinación.

La aportación de la profesora Livia VENTURA («Benefit Corporation y sociedad *benefit* entre la innovación creativa y la imitación de modelos, pp. 81-109) se caracteriza, con su mayor extensión, por el hecho de insertar la nueva figura italiana en el marco del debate contemporáneo alrededor de sus caracteres distintivos. A tal fin dedica especial atención al estudio del modelo normativo desarrollado en Estados Unidos, poniendo de manifiesto el carácter innovador de la figura, así como las razones, jurídicas y no jurídicas, que han conducido a su efectiva regulación en aquel país, desde el cual se ha convertido en «artículo de exportación» hacia otras jurisdicciones. No ha sido ajeno a este amplio movimiento renovador el importante asunto de la certificación, por entidades privadas, de aquellas sociedades efectivamente dedicadas a actividades económicas en el mercado que cumplen la llamada *Triple Bottom Line*, es decir, que no sólo buscan el beneficio, sino que aspiran a realizar finalidades de interés social, con particular respeto al medio ambiente.

Se cierra el libro con un apartado de consideraciones finales, a cargo del profesor Diego CORAPI (pp. 111-116), en el que partiendo del modelo estadounidense de la *Benefit Corporation* intenta perfilar el sentido y el alcance de la sociedad *benefit*. A tal fin, expone de manera resumida las principales conclusiones de cada una de las aportaciones contenidas en el libro, volviendo sobre el sentido de la regulación de la figura, que, como hemos visto, no alcanza la categoría de auténtico tipo social; destaca, asimismo, la necesidad de que la sociedad benéfica opere, como quiere el legislador italiano, de manera responsable, sostenible y transparente. Advierte CORAPI, como formulación final de su trabajo, dotado de un carácter muy abierto, que la admisión de la sociedad benéfica en Italia, derivada de deseo de encontrar cauces para un ejercicio más social de la actividad económica en el mercado, tendrá evidentes consecuencias para las restantes figuras del Derecho de sociedades en dicho país, como hemos visto a propósito, entre otros temas, de su distinción con las sociedades ordinarias.

3. Aunque no puede decirse que la sociedad benéfica se haya convertido en un referente seguro dentro del Derecho de sociedades italiano, como pone de manifiesto su reducida utilización hasta el momento, el libro reseñado tiene, por la entidad dogmática y técnica de la materia, así como por la indudable calidad de las aportaciones en él contenidas, un gran interés. Como en muchas otras jurisdicciones, en Italia existe desde hace tiempo una considerable preocupación por dar respuesta a las demandas de la realidad social que, aun confusas e inorgánicas, plantean retos considerables a aquellos sectores del ordenamiento, como el Derecho mercantil, directamente relacionados con la organización y el ejercicio de las actividades económicas en el mercado. Y es, precisamente, el propósito de conseguir objetivos de interés común, que vayan más allá del consabido ánimo de lucro, la causa motivadora de la regulación de figuras como la sociedad benéfica. Se trata, como es bien sabido, de un propósito no exclusivo ni excluyente, pues a su lado florecen fenómenos de entidad similar, como la responsabilidad social de la empresa, aunque no traigan consigo la creación de una figura nueva o la modulación del régimen de una sociedad mercantil ya tipificada.

Para el lector español, la obra reseñada no tiene un interés menos que para el italiano, aunque se carezca entre nosotros de una figura equivalente a la sociedad benéfica, como consecuencia, entre otras cosas, del escaso arraigo obtenido por el movimiento de renovación tipológica en que dicho supuesto se inserta. Precisamente por ese vacío normativo y, en menor medida, doctrinal interesa meditar sobre las aportaciones contenidas en el presente libro, a fin de contribuir, en la medida de lo posible, a la satisfacción de las demandas antes indicadas, eso sí, sin el «colchón de seguridad» que proporciona la existencia de un régimen jurídico específico, por imperfecto que sea. Y no es menor su interés para un colectivo de profesionales del Derecho como los notarios, ante quienes la solicitud de una adecuada respuesta jurídica en punto a la modulación o adaptación de las figuras societarias existentes adquiere especial intensidad. No hace falta recordar el destacado papel jugado por dichos fedatarios públicos para el surgimiento de la sociedad de responsabilidad limitada entre nosotros, por lo que su contribución

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

al encauzamiento, en su caso, de una hipotética «sociedad benéfica» habrá de ser igualmente trascendental.

*(Trabajo recibido el 12/11/2019
y aceptado para su publicación el 29/11/2019)*

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.