



# Cuadernos de Derecho y Comercio

## 73

**FUNDACIÓN  
NOTARIADO**

**Junio  
2020**





Cuadernos  
de  
Derecho  
y  
Comercio  
73

Junio 2020  
Revista semestral  
Fundación Notariado

Los trabajos pertenecientes a *Cuadernos de Derecho y Comercio* solo se pueden copiar, compartir, difundir y exponer públicamente de forma parcial para fines exclusivamente académicos, siempre que se cite la autoría y la fuente original de su publicación (revista, editorial, publicación y datos identificativos de la obra).

Los trabajos editados en la revista únicamente podrán ser reutilizados o publicados con posterioridad en otros medios si el autor cuenta con la correspondiente autorización de la editorial, en cuyo caso el autor deberá indicar claramente que el trabajo se publicó por primera vez en esta revista.

No se permite ninguna forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de la revista o de su contenido con fines comerciales.

Todos los trabajos publicados son originales.

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

Edita: LEFEBVRE-EL DERECHO, S. A.

ISSN: 15757-4812  
ISSN (versión digital): 2174-0836  
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 EDITORIAL/EDITORIAL BOARD

PRESIDENTE/PRESIDENT

**Adolfo Pries Picardo**

*Notario*

*Consejo General del Notariado*

DIRECTORA/DIRECTOR

**Cristina Marqués Mosquera**

*Notaria*

*Consejo General del Notariado*

SECRETARIA Y EDITORA/SECRETARY AND EDITOR

**Blanca de la Cámara Entrena**

*Notaria*

*Consejo General del Notariado*

## COMITÉ ASESOR/ADVISORY COMMITTEE

**Josefina Boquera Matarredonda**

*Catedrática de Derecho Mercantil*

*Universidad de Valencia*

**Francisco José León Sanz**

*Catedrático de Derecho Mercantil*

*Universidad Autónoma de Madrid*

**Amanda Cohen Benchetrit**

*Magistrada Audiencia Provincial de  
Córdoba*

*Consejo General del Poder Judicial*

**Andrés Recalde Castells**

*Catedrático Derecho Mercantil*

*Universidad Autónoma de Madrid*

**José Miguel Embid Irujo**

*Catedrático Derecho Mercantil*

*Universidad de Valencia*



## CONSEJO DE REDACCIÓN/EDITORIAL COUNCIL

**Jesús Alfaro Águila-Real**

*Profesor titular de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Carmen Alonso Ledesma**

*Catedrática de Derecho Mercantil, Profesora Honorífica  
Universidad Complutense de Madrid*

**Alberto Alonso Ureba**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Rey Juan Carlos*

**M<sup>a</sup> Luisa Aparicio González**

*Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Jose M<sup>a</sup> de la Cuesta Rute**

*Catedrático de Derecho Mercantil, Profesor Emérito  
Universidad Complutense de Madrid*

**Alberto Díaz Moreno**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid*

**Gaudencio Esteban Velasco**

*Catedrático de Derecho Mercantil, Profesor honorífico  
Universidad Complutense de Madrid*

**José Massaguer Fuentes**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Pompeu y Fabra Barcelona*

**José Manuel García Collantes**

*Notario  
Consejo General del Notariado*

**Rafael Illescas Ortiz**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid*

**Xavier O'Callaghan Muñoz**

*Catedrático de Derecho Civil  
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo  
Consejo General del Poder Judicial*

**Santiago Ortiz Navacerrada**

*Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Alcalá de Henares*

**José Cándido Paz-Ares Rodríguez**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Fernando Rodríguez Artigas**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid*

**Ángel Rojo Fernández-Río**

*Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid*

**Salvador Torres Ruiz**

*Notario  
Consejo General del Notariado*

**Patricio Toscano Romero**

*Abogado del Estado  
Abogacía General del Estado*





## SUMARIO

### ESTUDIOS DOCTRINALES

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Constitución de sociedad e identificación electrónica: el <i>Company Law Package</i> y su aplicación en los ordenamientos alemán e italiano // Electronic incorporation and identification of companies: the company law package and its application in the german and italian legal system, <i>por Dr. Peter Kindler y Dr. Simon Jobst</i> ..... | 13  |
| La fusión transfronteriza en la Directiva Europea 2019/2121 y su posible repercusión en la Ley española de Modificaciones Estructurales // Cross border merger in European Directive 2019/2121 and its possible repercussions on the spanish law of structural amendments, <i>por Ricardo Cabanas Trejo</i> .....                                 | 37  |
| El Proyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales en España: análisis de una medida unilateral y transitoria y de sus aspectos controvertidos // Draft bill on digital services tax in Spain: analysis of a unilateral and transitional measure and its controversial issues, <i>por Iñigo Egea Pérez-Carasa</i> .....       | 117 |
| Eventual abusividad del IRPH-Cajas: una visión crítica de las distintas tesis mantenidas // The eventual abusivity of IRPH-Cajas: a critical vision of the various theses maintained, <i>por Juan Enrique Costa Ninot</i> ...                                                                                                                     | 187 |

## SUMARIO

### PRÁCTICA JURÍDICA

- El poder inadmisibile en el ámbito judicial, notarial y registral: el apoderamiento electrónico del art. 41 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización // Inadmissible power of attorney in matters pertaining to courts, notaries and registers: electronic power of attorney, pursuant to art. 41 law 14/2013, of 27 september in support of entrepreneurs and their internationalisation, *por Javier Micó Giner* ..... 213
- La prohibición de asistencia financiera en sociedades no cotizadas // Prohibition on financial assistance in non-listed companies, *por Jesús Martínez-Cortés Gimeno y Miguel Ángel Martínez-Cortés Gimeno* ..... 263

### COMENTARIOS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- Ganancialidad de las reservas societarias: análisis de la STS de 3 de febrero de 2020 // Profitability of corporate reserves, an analysis of the Supreme Court Judgment of 3 february 2020, *por Eduardo Hijas Cid*.. 301
- Protocolos familiares: un acuerdo de distribución de capital social no comporta prohibición de disponer (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2020) // Family protocols: a shares distribution agreement does not imply a prohibition to dispose (apropos the Spanish' Supreme Court of Justice, Civil Chamber, sentence number 120/2020 dated february 20th, 2020), *por Cristina Díaz-Fraile y del Monte* ..... 313

### RESEÑAS

- Miguel Martínez Muñoz, La calificación del concurso de acreedores. Una institución necesaria, *por Lucía Gil López de Sagredo* ..... 323

## **ESTUDIOS DOCTRINALES**



# CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD E IDENTIFICACIÓN ELECTRÓNICA: EL *COMPANY LAW PACKAGE* Y SU APLICACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS ALEMÁN E ITALIANO<sup>1</sup>

DR. PETER KINDLER

*Catedrático de Derecho civil, mercantil y societario  
Universidad Ludwig Maximilians de Múnich (Baviera)*

DR. SIMON JOBST

*Investigador  
Universidad Ludwig Maximilians de Múnich (Baviera)*

Traducción

ALBOR TRANSLATIONS, S. L.

---

<sup>1</sup> Artículo publicado en italiano en la revista *Le Nuove leggi civili commentate* número 6/2019, CEDAM, Italia. ISSN 0391-3740.

Abreviaturas de leyes alemanas utilizadas en el texto:

—AG = *Aktiengesellschaft* (sociedad anónima).

—AufenthG = *Aufenthaltsgesetz* (Ley sobre residencia, trabajo e integración de los extranjeros en el territorio federal).

—BeurkG = *Beurkundungsgesetz* (Ley sobre la certificación notarial).

—DeMailG = *De-Mail-Gesetz* (Ley sobre el servicio de comunicación de la administración electrónica alemana para permitir el intercambio de documentos electrónicos legales).

—FamFG = *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Ley de procedimiento aplicable en materia de familia y jurisdicción voluntaria).

—GewO = *Gewerbeordnung* (Texto consolidado en materia de comercio).

—GmbH = *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (sociedad de responsabilidad limitada) *GmbHG* = *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (Ley de sociedades de responsabilidad limitada).

—KGaA = *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (sociedad comanditaria por acciones).

—MoMiG = *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (Ley para la modernización del derecho de las GmbH y la lucha contra los abusos societarios).

—PauswG = *Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis* (Ley sobre el documento de identidad y la prueba de identidad electrónica).

—SGB V = *Fünftes Buch Sozialgesetzbuch* (libro quinto del Código de asistencia social).

## RESUMEN

Los autores analizan el proceso de constitución en línea de sociedades que prevé la Directiva (UE) 2019/1151 sobre «la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades» y aunque se refieren específicamente al derecho alemán e italiano realizan toda una serie de consideraciones generales al respecto que resultan de enorme interés para la futura trasposición de la dicha Directiva en nuestro país.

En este trabajo los autores desgranar los diversos riesgos que puede conllevar la constitución en línea de sociedades con acceso directo a los registros mercantiles y sin que exista ningún mecanismo de control adicional. En particular, advierten del riesgo de abusos inherentes a la identificación de los fundadores de la sociedad, inclusive ante una hipotética aplicación en los registros públicos de la tan debatida tecnología *Blockchain*, abogando por la intervención notarial tanto en las fases decisivas de la constitución como en la posterior presentación de documentos en el registro por este medio.

**Palabras clave:** constitución, en línea, sociedades, registro, riesgos, intervención notarial.

## **ELECTRONIC INCORPORATION AND IDENTIFICATION OF COMPANIES: THE COMPANY LAW PACKAGE<sup>2</sup> AND ITS APPLICATION IN THE GERMAN AND ITALIAN LEGAL SYSTEMS**

**DR. PETER KINDLER**

*Professor of Civil, Commercial and Corporate Law  
Ludwig Maximilians University München (Bavaria)*

**DR. SIMON JOBST**

*Researcher  
Ludwig Maximilians University München (Bavaria)*

**Translation**

*ALBOR TRANSLATIONS, S. L.*

### **ABSTRACT**

The authors analyse the process of online incorporation of companies described in Directive (EU) 2019/1151 32 as regards «the use of digital tools and processes in company law» and although they refer specifically to German and Italian law, they also provide a series of general considerations in this regard which are extremely interesting for future transposition of this Directive in Spain.

The authors of this paper analyse the risks entailed in online incorporation of companies with direct access to commercial registers and without there being any additional control mechanism. In particular, they highlight the risk of abuse inherent in identifying

---

<sup>2</sup> Article published in Italian in the review *Le Nuove leggi civili commentate* number 6/2019, CEDAM, Italy ISSN 0391-3740

Abbreviations of German laws used in the text:

—AG = *Aktiengesellschaft* (public limited company).

—AufenthG = *Aufenthaltsgesetz* (Law on residence, work and integration of foreigners in federal territory).

—BeurkG = *Beurkundungsgesetz* (Law on notarial certification).

—DeMailG = *De-Mail-Gesetz* (Law on communications service of the German electronic administration in order to facilitate the exchange of legal electronic documents).

—FamFG = *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Law on applicable procedure in family matters and voluntary jurisdiction).

—GewO = *Gewerbeordnung* (Consolidated text in trade matters).

—GmbH = *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (limited liability company) GmbHG = *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (Law on limited liability companies).

—KGaA = *Kommanditgesellschaft auf Aktien* (limited joint stock partnership).

—MoMiG = *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (Law on modernisation of GmbH law and combating corporate abuses).

—PauswG = *Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis* (Law on identity documents and proof of electronic identity).

—SGB V = *Fünftes Buch Sozialgesetzbuch* (book five of the Social Welfare Code).

the founding partners of the company including, in the event of hypothetical application of the widely discussed Blockchain technology, to public registers advocating notarial involvement in the decisive phases of the incorporation as well as subsequent submission of documents to the register through this means.

**Keywords:** incorporation, online, companies, registration, risks, notarial intervention.

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. EL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN EN LÍNEA.—III. «ÁMBITO DE APLICACIÓN» DE LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA. 1. Constitución de sociedades de capital. 2. Constitución nacional y transfronteriza. 3. Constitución de sociedades por parte de ciudadanos de la Unión.—IV. GARANTÍAS PARA UN PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN EN LÍNEA SEGURO.—V. RIESGO DE ABUSOS INHERENTE A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS FUNDADORES DE LA SOCIEDAD CON PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS SEGÚN EL REGLAMENTO EIDAS.—VI. INSTRUMENTOS PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS. 1. Intervención vinculante (en línea) del notario. 2. Posibilidad de exigir la presencia física del solicitante. 3. Registro de administradores inhabilitados e intercambio de información entre las autoridades nacionales.—VII. MODALIDADES ESPECIALES DE CONSTITUCIÓN Y PREVENCIÓN DE ABUSOS. 1. La constitución de sociedades por parte de personas jurídicas. 2. La constitución por parte de representantes. 3. La constitución con aportaciones no dinerarias.—VIII. POSIBILIDAD DE RECURRIR A MODELOS DE ESTATUTOS PREVIAMENTE FACILITADOS.—IX. MEDIDAS DE DIGITALIZACIÓN A FAVOR DE SOCIEDADES CONSTITUIDAS. 1. Presentación en línea de documentos societarios. 2. El procedimiento en línea referente a las sucursales.—X. OBSERVACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.



## I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El 20 de junio de 2019 el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva (UE) 2019/1151 sobre «la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades» (en adelante, la Directiva)<sup>3</sup>. Esta Directiva forma parte del llamado *Company Law Package*, que incluye también la Directiva sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas. Este paquete de medidas fue aprobado previamente por el Parlamento Europeo el 18 de abril de 2019. La Directiva contiene modificaciones y complementos a la Directiva 2017/1132/UE, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades<sup>4</sup>. Esta contribución se limita a analizar los requisitos que se exigen para la constitución en línea de sociedades de capital y el registro en línea de sucursales<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Directiva (UE) 2019/1151 de 20 de junio de 2019, en *D.O.U.E.* de 11 de julio de 2019, L. 186/80, véase el resumen en *Riv. soc.*, 2018, p. 769 ss.; KINDLER y JOBST; «Die Online-Gründung nach dem Company Law Package — Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht». En *Der Betrieb*, 2019, vol. 27-28, p. 1550 ss. ISSN 0005-9935; BAYER y SCHMIDT; «BB-Gesetzgebungs— und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 — Teil I: Company Law Package». En *Betriebs-Berater*, 2019, vol. 34, p. 1922 ss. ISSN 0340-7918.

<sup>4</sup> D.O.U.E., 30 de junio de 2017, L. 169/46.

<sup>5</sup> Sobre la (propuesta de) directiva relativa a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (COM (2018) 241 def.) véase BORMANN y STELMASZCZYK; «Grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem EU-Company Law Package». En *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2019, vol. 4, p. 300 ss.. ISSN 0723-9416; ID.; «Grenzüberschreitende Spaltung und Formwechsel nach dem EU-Company Law Package». En *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2019, vol. 40, p. 353 ss, ISSN 0723-9416; TEICHMANN; «Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts». En *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, vol. 7, p. 241 ss.. ISSN 1434-9272; NOACK; «Das Company Law Package — Vorschläge der Europäischen Kommission zur Harmonisierung des materiellen Schutzes der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen». En *Die Aktiengesellschaft*, 2018, vol. 21, p. 780 ss. ISSN 0002-3752; NOACK y KRAFT; «Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität — der Richtlinienentwurf im Company Law Package». En *Der Betrieb*, 2018, p. 1577 ss. ISSN 0005-9935; BUNGERT y BECKER; «Der finale EU-Richtlinienentwurf zu grenz-

La Directiva fue publicada en el *Diario Oficial* el 11 de julio de 2019 y entró en vigor el 31 de julio de 2019, de conformidad con las disposiciones del art. 4. A partir de dicha fecha, los Estados miembros tienen un plazo de dos años para incorporar las disposiciones en el propio derecho nacional (cfr. art. 2, apartado 1.º de la Directiva). Según el art. 2, apartado 1.º, el plazo se puede prorrogar un año más en caso de existir dificultades concretas en la transposición. Por tanto, a más tardar, antes de mediados de 2022, la constitución en línea de sociedades deberá ser una realidad jurídica en todos los Estados miembros de la UE.

## II. EL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN EN LÍNEA

La Directiva gira en torno al nuevo art. 13 *octies*<sup>6</sup> que aborda la constitución en línea de sociedades<sup>7</sup>. El apartado 1.º del art. 13 *octies* impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que la constitución de sociedades se pueda llevar a cabo enteramente en línea, sin que los solicitantes estén obligados a personarse. Aunque la constitución de sociedades en línea ya está permitida en algunos Estados miembros<sup>8</sup>, en Alemania es una novedad. En Italia, la constitución mediante procedimientos telemáticos solo está contemplada para las s.r.l. (sociedades de responsabilidad limitada) start-up innovadoras, contempladas en el art. 25, apartado 2.º, del D.L. n.º 179/12<sup>9</sup>. La transposición de la Directiva requiere por tanto una intervención por parte de los legisladores nacionales.

## III. «ÁMBITO DE APLICACIÓN» DE LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA

La Directiva contempla el procedimiento para la constitución en línea, nacional o transfronteriza, de sociedades de capital en un Estado miembro por parte de ciudadanos de la UE.

*überschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen*». En *Der Betrieb*, 2019, vol. 29, p. 1609 ss. ISSN 0005-9935.

<sup>6</sup> Los artículos citados, siempre que no se dé otra indicación, corresponden a la Directiva sobre el Derecho de sociedades, modificada por la Directiva (UE) 2019/1151.

<sup>7</sup> La propuesta inicial de la Comisión habla todavía de forma ambigua de «registro en línea». Este término demasiado limitado ha sido sustituido en el texto definitivo. Además, el nuevo art. 13 *bis* n.º 4 aclara que por «constitución» se entiende «todo el proceso de fundación de una sociedad con arreglo al Derecho nacional, incluidos el otorgamiento de la escritura de constitución y todas las fases necesarias para la inscripción de la sociedad en el registro».

<sup>8</sup> La evaluación del impacto de la propuesta de directiva COM (2018) 239 enumera 17 Estados miembros. Se puede consultar en la página web: [www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0141&from=EN](http://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0141&from=EN), p. 14; actualmente, la constitución transfronteriza en línea ha sido posible solo en Estonia, cfr. TEICHMANN; «Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften». En *Die GmbH-Rundschau*, 2018, p. 1, 8 ss.

<sup>9</sup> Cfr., sobre los D.M. de 17 de febrero de 2016 y 28 de octubre de 2016, las observaciones de LA SALA; «Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.». En *Riv. soc.*, 2017, vol. 5/6, pp. 1118 ss., 1136 ss. ISSN 0008-0497.

## 1. Constitución de sociedades de capital

Según el art. 13, los legisladores nacionales deben permitir que todas las clases de sociedades enumeradas en el anexo II puedan constituirse en línea, en aplicación de lo dispuesto por la Directiva. En Italia se trata de las modalidades de sociedad anónima (*società per azioni*), sociedad comanditaria por acciones (*società in accomandita per azioni*) y sociedad de responsabilidad limitada (*società a responsabilità limitata*); en Alemania, de la sociedad anónima (*Aktiengesellschaft — AG*), de la sociedad comanditaria por acciones (*Kommanditgesellschaft auf Aktien — KGaA*) y la sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung — GmbH*)<sup>10</sup>. Sin embargo, el segundo párrafo del apartado 1.º del art.13 *octies* permite a los Estados miembros decidir no ofrecer procedimientos de constitución en línea para otros tipos de sociedades diferentes de las enumeradas en el anexo II *bis*. Desde esta perspectiva, el texto definitivo se ha visto mejorado respecto a la propuesta originaria de la Comisión, que permitía equívocamente<sup>11</sup> no ofrecer «procedimientos de registro enteramente en línea». El anexo II *bis* para Italia incluye la s.r.l. (sociedad de responsabilidad limitada) y la s.r.l.s. (sociedad de responsabilidad limitada simplificada) y para Alemania solo la *GmbH*, de manera que el legislador alemán dispone de una amplia opción de *opt-out* para la *AG* y la *KGaA*<sup>12</sup>. Cabe esperar una limitación correspondiente del ámbito de aplicación por parte de los legisladores nacionales, ya que el procedimiento de constitución en línea difícilmente será compatible con la compleja estructura organizativa de las sociedades anónimas<sup>13</sup>.

## 2. Constitución nacional y transfronteriza

Incluso los Estados miembros que ya ofrecen procedimientos de constitución en línea han limitado esta posibilidad a sujetos pertenecientes al Estado miembro en cuestión<sup>14</sup>. Obviamente, si consideramos que el legislador de la UE tiene como objetivo promocionar la movilidad transfronteriza<sup>15</sup>, esta restricción no es compatible con la Directiva que, por el contrario, va dirigida precisamente a per-

<sup>10</sup> Como modalidad de la S.r.l. alemana también la *Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt* (sociedad empresarial de responsabilidad limitada) entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, cfr. NOACK, «Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Europa». En *Der Betrieb*, 2018, p. 1324. ISSN 0005-9935; BORMANN y STELMASZCZYK; »Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nach dem EU-Company Law Package». En *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, pp. 601 s. ISSN 0723-9416.

<sup>11</sup> Cfr. LIEDER; »Digitalisierung des Europäischen Unternehmensrechts». En *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, pp. 1081 s. ISSN 1434-9272.

<sup>12</sup> En Italia, la constitución en línea puede no contemplarse para la s.p.a. y la s.a.p.a.

<sup>13</sup> A este respecto, cfr. también BORMANN y STELMASZCZYK; *op. ult. cit.*, p. 602; KNAIER; «Digital first, Bedenken second?». En *Die GmbH-Rundschau*, 2018, vol. 11, pp. 560, 564. ISSN 0016-3570; LIEDER; *op. cit.*, p. 1082.

<sup>14</sup> TEICHMANN; »Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package». En *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, vol. 39, n.º 51-52, pp. 2451 ss., 2457, ISSN 0723-9416, en referencia a la constitución en línea según el derecho danés y estonio.

<sup>15</sup> Cfr. *considerando* 2.º de la Directiva.

mitir que los ciudadanos de la Unión constituyan sociedades de capital en otros Estados miembros con los instrumentos más sencillos posible.

### 3. Constitución de sociedades por parte de ciudadanos de la Unión

El elemento principal de las nuevas normas es la identificación de los solicitantes mediante el procedimiento de autenticación según el Reglamento UE n.º 910/2014 (llamado «eIDAS»)<sup>16</sup>. En cualquier caso, el apartado 1.º del art. 13 *ter* establece que este procedimiento puede ser utilizado en todo caso por los «solicitantes que sean ciudadanos de la Unión»<sup>17</sup>. En consecuencia, en el caso de constitución de sociedades por parte de ciudadanos de terceros países, la Directiva no es de aplicación y se requiere la presencia física del solicitante<sup>18</sup>.

## IV. GARANTÍAS PARA UN PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN EN LÍNEA SEGURO

En la transposición de la Directiva sobre digitalización, los legisladores de los Estados miembros deben concentrarse en el uso eficaz de los mecanismos de protección previstos en la Directiva, aprovechando al máximo su margen de discrecionalidad y minimizando así el riesgo de abusos que conlleva la constitución en línea. El apartado 2.º del art. 13 *octies* define el programa: «Los Estados miembros establecerán normas detalladas para la constitución en línea de sociedades...».

Las normas mínimas que se deben respetar están enumeradas en el apartado 3.º del art. 13 *octies*. Las normas nacionales deben incluir:

— los procedimientos para garantizar que los solicitantes tienen la capacidad jurídica y —en caso de constitución por parte de personas jurídicas (cfr. 7.1.)— el poder para representar a la sociedad (letra a);

— los medios para comprobar la identidad de los solicitantes (letra b);

— la obligación de los solicitantes de utilizar los servicios de confianza a que se refiere el Reglamento (UE) n.º 910/2014 (letra c) en combinación con el art. 13 *ter*,

<sup>16</sup> Reglamento (UE) n.º 910/2014, relativo a la identificación electrónica y a los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior; para un análisis del reglamento véase FINOCCHIARO; «Una prima lettura del Reg. UE n. 910/2014 (c.d. eIDAS)». En *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, p. 419 ss. ISSN 0391-3740.

<sup>17</sup> Cfr. art. 9 T.U.E. para la definición de la ciudadanía de la Unión.

<sup>18</sup> SCHMIDT; «EU Company Law Package 2018 (Teil 1)». En *Der Konzern*, 2018, pp. 229, 231. ISSN 1611-2296; TEICHMANN; *op. ult. cit.*, p. 2456; LIEDER; *op. cit.*, p. 1087.

- los procedimientos para comprobar la legalidad del objeto de la sociedad (letra *d*) y la denominación de la sociedad (letra *e*), y
- los procedimientos para comprobar el nombramiento de los administradores (letra *f*).

## V. RIESGO DE ABUSOS INHERENTE A LA IDENTIFICACIÓN DE LOS FUNDADORES DE LA SOCIEDAD CON PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS SEGÚN EL REGLAMENTO eIDAS

Como ya era el caso en la propuesta de directiva que no tuvo continuidad<sup>19</sup> sobre la *Societas Unius Personae*<sup>20</sup> (art. 14, apartado 5.º), la fiabilidad de la constitución en línea de una sociedad por parte de personas físicas debe garantizarse basándose principalmente en el llamado Reglamento eIDAS<sup>21</sup>.

El art. 6 del Reglamento eIDAS establece que cada Estado miembro deberá reconocer los medios de identificación electrónica de los demás Estados miembros, que han sido notificados a la Comisión y publicados en una lista de conformidad con el art. 9 del Reglamento<sup>22</sup>. El apartado 2.º del art. 13 *ter* de la Directiva permite a los Estados miembros rechazar el reconocimiento de los medios de identificación electrónica, si los correspondientes niveles de seguridad no respetan los requisitos establecidos por el art. 6 del Reglamento eIDAS. Esto concretamente se produce si el nivel de seguridad de los medios de identificación extranjeros está por debajo del que garantizan sus medios. Los requisitos para la notificación de los sistemas de identificación electrónica están contemplados en el art. 7 del reglamento eIDAS. En Alemania consisten en el carné de identidad electrónico (§ 18 *PAuswG*, apartado 5.º del § 78 *AufenthG*), la tarjeta sanitaria electrónica (§ 291 a *SGB V*) y el servicio de confirmación de la identidad según el § 6 *DeMailG*<sup>23</sup>. Hasta ahora, Alemania sólo ha notificado el documento de identidad electrónica (o el permiso de residencia electrónico)<sup>24</sup>. También Croacia,

<sup>19</sup> Cfr. D.O.U.E. de 4 de julio de 2018, C 233/7.

<sup>20</sup> COM (2014) 212 def. de 9 de abril de 2014,; véase al respecto KINDLER; «Die Einpersonasnkapitalgesellschaft als Konzernbaustein — Bemerkungen zum Kompromissvorschlag der italienischen Ratspräsidentschaft für eine Societas Unius Personae (SUP)». En: *Zeitschrift für das gesamte Handels— und Wirtschaftsrecht*, 2015, p. 330. ISSN: 0044-2437; ID., «Unternehmen im Binnenmarkt — Transparenz und Nachhaltigkeit». En: *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2016, pp. 75, 81 ss. ISSN 0340-8604; ID.; *The Single-Member Limited Liability Company (SUP) — A Necessary Reform of EU Law on Business Organizations?* Múnich: Beck/Hart, 2016. ISBN 9781509907199.

<sup>21</sup> Reglamento UE n.º 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (eIDAS).

<sup>22</sup> Véase al respecto KINDLER; *Die Einpersonasnkapitalgesellschaft als Konzernbaustein*, cit., p. 342; ID., *Unternehmen im Binnenmarkt*, cit., p. 85.

<sup>23</sup> ROßNAGEL; «Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen, en *Neue Juristische Wochenschrift*». En: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, vol. 67, n.º 51, pp. 3686-3688. ISSN 0341-1915.

<sup>24</sup> D.O.U.E. 26 de septiembre de 2017, C 319/3.

Estonia, España y Luxemburgo han notificado varios sistemas de identificación electrónica (todos con un nivel de seguridad «elevado»)<sup>25</sup>. Actualmente hay otros sistemas en proceso de notificación<sup>26</sup>.

Por lo que respecta a Italia, se ha notificado como medio de reconocimiento electrónico el Sistema Público para la gestión de la identidad digital (SPID)<sup>27</sup>. La tarjeta de identidad electrónica todavía está en proceso.

Hay bastantes dudas sobre si los sistemas de identificación del Reglamento eIDAS cumplen los requisitos para un registro de empresas fiable<sup>28</sup>. Todavía hoy faltan normas uniformes en materia de control, seguridad y registro de los medios electrónicos de identificación. La Comisión no examina el fondo de los procedimientos notificados en el contexto de la notificación. A la luz de lo expuesto, no sorprende que el Reglamento eIDAS excluya expresamente los registros públicos de su ámbito de aplicación (cfr. apartado 3.º del art. 2 y el *considerando* 21.º del Reglamento eIDAS)<sup>29</sup>. La identificación en línea de los socios fundadores en combinación con la obligación (limitada) de reconocer los medios de identificación extranjeros, representa por tanto un riesgo no despreciable de cara a la exactitud de las inscripciones en el registro mercantil<sup>30</sup>. Por otra parte, un procedimiento de identificación electrónica según el Reglamento eIDAS no está en condiciones de revelar la identidad de la persona que efectivamente actúa, aunque el procedimiento técnicamente no presente errores, de forma que no se detectan, por ejemplo, la representación indirecta (por parte de testaferros), la amenaza, la coacción y la incapacidad de obrar<sup>31</sup>. Ni siquiera una hipotética aplicación en los registros públicos de la tan debatida tecnología *Blockchain*<sup>32</sup> eliminaría estos peligros, en cuanto que el riesgo para la seguridad se introduce en el momento en el que se entra en el sistema y no en la simple transmisión de la información<sup>33</sup>.

<sup>25</sup> D.O.U.E. 7 de noviembre de 2018, C 401/7.

<sup>26</sup> Cfr. la tabla disponible en [www.ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/EID-COMMUNITY/Overview+of+prenotified+and+notified+eID+schemes+under+eIDAS](http://www.ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/EID-COMMUNITY/Overview+of+prenotified+and+notified+eID+schemes+under+eIDAS).

<sup>27</sup> Cfr. D.P.C.M. de 24 de octubre de 2014, publicado en D.O. n.º 285 de 9 de diciembre de 2014.

<sup>28</sup> KINDLER; «Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Digitalisierung». En: SCHNAUDER (coord.); *Digitalisierung im Gesellschaftsrecht*. Wien: MANZ'sche, 2018, pp. 39-54. ISBN: 978-3-214-02115-3.

<sup>29</sup> KINDLER; *Unternehmen im Binnenmarkt* cit., p. 86; BORMANN; «Die digitalisierte GmbH». En: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2017, vol. 46, n.º 5, pp. 621-643. ISSN 0340-2479; BORMANN y STELMASZCZYK; *op. ult. cit.*, p. 608.

<sup>30</sup> Cfr., al respecto, también críticamente, BORMANN y STELMASZCZYK; *op. ult. cit.*, p. 607 s.; LIEDER; *op. cit.*, p. 1087.

<sup>31</sup> KINDLER; *Unternehmen im Binnenmarkt* cit., p. 86; WOLF; «Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa». En: *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*, 2018, pp. 510-522. ISSN 0941-4193; BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 609.

<sup>32</sup> Véase al respecto PAULUS y MATZKE; «Smart Contracts und das BGB. Viel Lärm um nichts?». En: *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 2018, pp. 431-436. ISSN 2363-4960.

<sup>33</sup> Cfr. SPINDLER; «Gesellschaftsrecht und Digitalisierung». En: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2018, vol. 47, n.º 1, pp. 17, 49 ss. ISSN 0340-2479; SÄTTLER; «Der Einfluss der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht». En: *Betriebs-Berater*, 2018, pp. 2243, 2245. ISSN 0340-7918; en este mismo sentido se expresa también la doctrina italiana: LICINI; «Il notaio



Sin embargo, los legisladores de los Estados miembros tienen la posibilidad de prevenir, mediante mecanismos adicionales, el riesgo de abusos que conlleva la puesta en marcha obligatoria del procedimiento de identificación según el Reglamento eIDAS. El *considerando* 20.º de la Directiva deja a los Estados miembros «el desarrollo y la adopción de los medios y los métodos para llevar a cabo esos controles».

## 1. Intervención vinculante (en línea) del notario

En primer lugar, el legislador debería contemplar la participación de un notario también en el procedimiento de constitución en línea (cfr. arts. 2328, 2463 del Código Civil; en Alemania § 2, punto 1 *GmbHG*). La constitución mediante escritura pública no solo protege al público en general, garantizando la exactitud material de la operación jurídica certificada, sino que también ejerce una importante función de filtro, ya que el examen en dos fases, por parte del notario, la primera, y por parte de la oficina del registro mercantil, la segunda, evita sobrecargar a la administración de justicia<sup>34</sup>.

En línea con la Directiva hay una disposición nacional al respecto. El art. 10 de la Directiva 2017/1132/UE, que precede a las nuevas disposiciones, contempla el principio que establece que la escritura de constitución y los estatutos sociales deben constar en escritura pública, si no están sujetos a un control preventivo administrativo o judicial en el respectivo Estado miembro. Las nuevas reglas no han intervenido en este punto. El apartado 4.º, letra c, del art. 13 *octies* más bien especifica que las disposiciones nacionales pueden exigir en todas las fases del procedimiento en línea la intervención de un notario (cfr. el *considerando* 20.º) habilitado «para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de una sociedad». A la luz del apartado 2.º del art. 13 *quater*, ciertamente no se puede exigir una presencia física (constante). La intervención del notario debe limitarse a la pura participación en línea y, al mismo tiempo, debe compensar las deficiencias de seguridad del procedimiento de identificación electrónica según el Reglamento eIDAS<sup>35</sup>.

La combinación de la identificación eIDAS con un procedimiento de videoconferencia notarial resulta especialmente convincente<sup>36</sup>. Los socios fundadores efectuarían primero el procedimiento de identificación eIDAS y demostrarían así la autenticidad de sus medios de identificación. Los datos, así como una fotografía, se pondrían a disposición de un notario, que podría recurrir a la videocon-

dell'era digitale: riflessioni gius-economiche». En: *Notariato*, 2018, n.º 2, pp. 142, 146. ISSN 1591-2019.

<sup>34</sup> NOACK; *op. cit.*, p. 1328; BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 609.

<sup>35</sup> BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 609; LIEDER; *op. cit.*, p. 1088.

<sup>36</sup> LIEDER; *op. cit.*, p. 1088; BORMANN; *op. cit.*, p. 642 ss.; BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 609; KLUMPEN; *Die elektronische Gesellschaftsgründung über die Grenzen*. Baden Baden: Nomos, 2018, p. 271 ss. ISBN 978-3-8487-4672-9.

ferencia para comprobar si el solicitante coincide con la persona compareciente a través de la imagen de vídeo (cfr. § 10, apartado 1, *BeurkG* para Alemania y el art. 49 de la ley notarial italiana). Aunque una videoconferencia en absoluto es lo mismo que un encuentro presencial, a efectos de comprobar la credibilidad de una persona<sup>37</sup>, de esta manera se podrían cumplir los requisitos del legislador europeo, y al mismo tiempo se podría alcanzar un nivel de seguridad aceptable respecto al simple procedimiento de identificación eIDAS.

## 2. Posibilidad de exigir la presencia física del solicitante

El apartado 4.º del art. 13 *ter* permite a los Estados miembros adoptar medidas que requieran la presencia física del solicitante en casos excepcionales. Esta medida debe justificarse «por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad». En prevención de que la disposición pueda ser utilizada por los Estados miembros como argumento, a la hora de desarrollar la Directiva, para imponer, de forma general, una obligación de presencia física, el apartado 4.º del art. 13 *ter* aclara que la presencia del solicitante se puede exigir «solo caso por caso»<sup>38</sup>. Deberá concurrir el requisito de que existan «razones para sospechar de una falsificación de identidad». Además, es necesario garantizar, también en este caso, que cualquier otra fase del procedimiento se pueda completar en línea.

La comprobación de la identidad deberá llevarse a cabo ante «cualquier autoridad o persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea» que participen en el procedimiento de constitución en línea, en concreto el notario (véase más arriba) y la oficina del registro mercantil. En el procedimiento en línea, el notario alemán debe comprobar que el objeto de la sociedad que se constituye no es ilícito (cfr. en Alemania § 4 *BeurkG*). Además, también la oficina del registro mercantil alemán tiene la facultad de comprobar que se cumplen las condiciones legales para la constitución de la sociedad<sup>39</sup>. En Italia, el notario autorizante debe comprobar el respeto de los requisitos legales por parte de la sociedad que se pretende constituir, lo que según la opinión mayoritaria incluye no solo un control formal sino también sustancial<sup>40</sup>. En caso de que el notario solicite la inscripción en el registro mercantil de escrituras de constitución que, de forma manifiesta, no cumplan los requisitos legales, el apartado 3.º del art. 138 *bis* de la ley notarial prescribe también sanciones. Los poderes de control del encargado del registro mercantil

<sup>37</sup> Cfr., al respecto, KINDLER; *Unternehmen im Binnenmarkt*, cit., p. 83 s.; KINDLER; *Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Digitalisierung*, cit., p. 61 s.

<sup>38</sup> Cfr. también considerando 21.º de la Directiva.

<sup>39</sup> KINDLER; *Grundkurs Handels— und Gesellschaftsrecht*<sup>9</sup>. München: C.H.BECK, 2019. ISBN 978-3-406-73475-5.

<sup>40</sup> Cfr. GINEVRA, Enrico; *Manuale di diritto commerciale*, CIAN (cur.), Giappichelli, 2016, p. 342 y ss. ISBN: 9788892102118; VIGGIANI; *sub* «art. 2330 c.c.». En ABBADESSA y PORTALE (dirección); *Le società per azioni*, vol. I. Milán: Milano Giuffrè Editore, 2016, p. 230. ISBN: 9788814170447; CAMPOBASSO, Mario; *Diritto commerciale — Vol. II: Diritto delle società*. Turín: Utet Giuridica, 2015, p. 156 y ss. ISBN: 9788859813309.



se limitan, sin embargo, a un control de la regularidad de la forma (cfr. art. 2.330, apartado 2.º, del Código Civil).

En ambos países el notario está, por tanto, obligado a negarse a recibir escrituras de constitución si los socios fundadores persiguen fines ilícitos. El notario puede llevar a cabo su función de control solo si conoce todas las circunstancias relativas a la constitución de la sociedad. Con el fin de comprobar la ilegalidad, los legisladores nacionales deberán dar a los notarios implicados en el procedimiento y —en Alemania— a la oficina del registro mercantil la posibilidad de exigir la comparecencia personal de los solicitantes en caso de duda sobre su identidad o capacidad jurídica.

### 3. Registro de administradores inhabilitados e intercambio de información entre las autoridades nacionales

Otro instrumento para aumentar la fiabilidad del procedimiento de constitución en línea consiste en la interconexión a nivel europeo de los registros de «administradores inhabilitados» (art. 13 *decies*). La constitución en línea a distancia hará (aún) más fácil para las personas, sujetas a una prohibición de actividad en un Estado miembro, que puedan procurarse una nueva fórmula para su actividad en forma de sociedad de capitales extranjera. Por ejemplo, se ha observado que, desde la introducción del procedimiento de constitución en línea en Estonia, ha ido en aumento la constitución de sociedades estonias por parte de ciudadanos finlandeses para eludir la prohibición de desempeñar una actividad en Finlandia<sup>41</sup>.

La Directiva trata de limitar dichos riesgos mejorando el intercambio de información en la materia. Mientras la formulación originaria de la propuesta de directiva contemplaba simplemente una facultad para los Estados miembros<sup>42</sup>, el apartado 1.º del art. 13 *decies* en su versión definitiva exige la existencia de normas nacionales sobre las causas de inelegibilidad de los administradores. Además, se debe contemplar la posibilidad de tener en cuenta la inhabilitación en otro Estado miembro (cfr. apartado 1.º, frase 2 del art. 13 *decies*). En el sentido del apartado 3.º del art. 13 *decies*, la información sobre los administradores «inhabilitados» deberá ser registrada, de manera que se pueda poner a disposición de otros Estados miembros, en caso de que así lo soliciten, a través del sistema de interconexión de los registros mercantiles dentro de la Unión («*business registers interconnection system*»).

El derecho nacional deberá adaptarse, por tanto, en este sentido. El art. 2.382 del Código Civil, en materia de causas de inelegibilidad e inhabilitación, dispone

<sup>41</sup> BORMANN; *op. cit.*, p. 644 s.

<sup>42</sup> NOACK; *op. cit.*, p. 1327; BOCK; «Online-Gründung und Digitalisierung im Gesellschaftsrecht». En: *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2018, pp. 643, 654 s. ISSN 0340-8604; KNAIER; *op. cit.*, p. 565.

a este respecto que no se puede nombrar administrador y, si ha sido nombrado, se le retirará su condición de tal, a una persona inhabilitada, incapacitada, en quiebra, o que haya sido condenada a una pena que implique la inhabilitación, incluso temporal, para el ejercicio de cualquier cargo público o la incapacidad para el ejercicio de cualquier cargo directivo. Análogamente, la frase 2 del apartado 2.º del § 6 *GmbHG* alemán prevé que las personas que han sido inhabilitadas para el ejercicio de una profesión o actividad comercial (en concreto el § 35 *Gewerbeordnung*<sup>43</sup>) o que han sido condenadas por determinados delitos, no pueden ser administradores de una *GmbH*<sup>44</sup>. Por una parte, en contra de lo dispuesto en el apartado 1.º del art. 13 *decies*, se pueden tener en cuenta las condenas extranjeras (para delitos análogos), pero no otros motivos de inhabilitación de los administradores<sup>45</sup>. Y por la otra, no se garantiza que la información sobre los administradores inhabilitados se pueda aportar «sin retraso» a los demás Estados miembros. Al no estar contemplado en Alemania que las autoridades puedan declarar inelegibles a los administradores, no existe ni siquiera un registro de administradores inhabilitados<sup>46</sup>. Cuando otro Estado miembro solicite información sobre habilitación de administradores, la respuesta supondrá una solicitud previa de información a varios registros, concretamente al registro federal alemán de antecedentes penales (*Bundeszentralregister*) y al registro de actividades industriales (*Gewerberegister*). El trámite del registro mercantil normalmente se cumple con la autodeclaración del administrador, que es objeto de sanción en caso de ser falsa (cfr. apartado 3.º del § 8 *GmbHG*). Solamente se efectuarán otros exámenes (cfr. § 26 de la ley sobre el procedimiento de jurisdicción voluntaria, *FamFG*) si hay motivos para dudar de la corrección de la información<sup>47</sup>.

## VII. MODALIDADES ESPECIALES DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES Y PREVENCIÓN DE ABUSOS

El procedimiento de constitución en línea, según los arts. 13 y 14 de la propuesta de Directiva SUP<sup>48</sup> de 2014, solo se refería, obviamente, a la constitución de sociedades con un solo socio. Esta limitación no está prevista en la nueva Directiva, por tanto, los legisladores nacionales deben permitir procedimientos en línea en el desarrollo de la Directiva también para el caso de constitución de sociedades pluripersonales. Además, la Directiva admite no solo la constitución por parte de personas físicas, sino también por parte de personas jurídicas y sus

<sup>43</sup> Texto consolidado en materia de comercio.

<sup>44</sup> NOACK; *op. cit.*, p. 1327; para un análisis profundo de dicha norma véase SCHULTE; «Der strafrechtlich, inhabile« GmbH-Geschäftsführer». En: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, p. 646. ISSN 1434-9272.

<sup>45</sup> FASTRICH; *sub* «§ 6». En BAUMBACH y HUECK; *GmbHG Kommentar*. Múnich: C.H.BECK, 2017. ISBN 978-3-406-74039-8.

<sup>46</sup> NOACK; *op. cit.*, p. 1327; BOCK; *op. cit.*, p. 654 s.

<sup>47</sup> HERRLER; *sub* «§ 8». En *Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz*. Múnich: CH BECK, 2018, Rn. 65. ISBN 978-3-406-70320-1.

<sup>48</sup> COM (2014) 212 def.

representantes. Sin embargo, puede ser excluida del procedimiento en línea la constitución mediante aportaciones en especie.

## 1. La constitución de sociedades por parte de personas jurídicas

La Directiva no contempla explícitamente quiénes pueden ser fundadores. El *considerando* 11 incluido en el texto definitivo establece que «los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de decidir qué persona o personas han de considerarse solicitantes en virtud del Derecho nacional por lo que respecta a los procedimientos en línea». Sin embargo, dicha libertad de decisión se explica solo «siempre que no se limite el ámbito de aplicación ni el objetivo de la presente Directiva». Dado que el texto adoptado no distingue respecto a los solicitantes entre personas físicas y personas jurídicas sería inadmisibles una limitación del procedimiento de constitución en línea a las personas físicas<sup>49</sup>. Además, del apartado 7.º del art. 13 *octies* se deduce indirectamente que las personas jurídicas pueden ser fundadoras: de hecho, según esta disposición, los Estados miembros velarán por que el procedimiento de constitución en línea se complete dentro del plazo de cinco días laborables, cuando la sociedad se constituya exclusivamente por personas físicas, que utilicen los modelos para la constitución en línea de sociedades (cfr. 8.), o diez días laborables en los demás casos.

La normativa nacional (art. 2.463, apartado 2.º, n.º 1, c.c.; § 1 *GmbHG*) permite actualmente la constitución de sociedades por parte de personas jurídicas. Esto es válido también para las personas jurídicas extranjeras con capacidad jurídica en virtud de los estatutos sociales<sup>50</sup>. Las dificultades residen en que, en caso de constitución en línea de una sociedad alemana por parte de una persona jurídica extranjera, a diferencia de las personas físicas, no solo se debe verificar su existencia, sino también el poder de representación del solicitante (cfr. § 12 *BeurkG*)<sup>51</sup>. En caso de constitución por parte de una sociedad alemana, esta información se puede verificar consultando el registro mercantil. Para las empresas extranjeras, sin embargo, esto puede ser más difícil. La fiabilidad de los registros mercantiles de los Estados miembros varía todavía de forma notable y, a veces, no alcanza los niveles actuales de Alemania. Esto es especialmente válido para la *Companies House* del Reino Unido, que todavía está luchando contra la usurpación y el robo de identidad debidos a la ausencia de comprobación de la información aportada por los fundadores<sup>52</sup>. Además, el poder de representación de los

<sup>49</sup> El Consejo Federal Alemán (*Bundesrat*), sin embargo, en su dictamen sobre el proyecto de directiva de la Comisión, considera que la constitución en línea por parte de personas jurídicas no debe permitirse, cfr. BR-Drs. 163/18, p. 5 s.; muestra dudas también TEICHMANN; *op. cit.*, p. 2457.

<sup>50</sup> BAYER, Walter; *sub* «§ 2». En LUTTER y HOMMELHOFF (a cargo de); *GmbH-Gesetz Kommentar*. Colonia: Otto Schmidt. 2016, RN.13. ISBN: 978-3-504-32489-6; HECKSCHEN; en HECKSCHEN y HEIDINGER (a cargo de); *Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis*. Colonia: Carl Heymanns, 2018, Cap. 2, Rn. 19. ISBN: 978-3-406-70320-1.

<sup>51</sup> BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 603.

<sup>52</sup> KINDLER; *Die Einpersonas-Kapitalgesellschaft als Konzernbaustein* cit., p. 339 s.; id.; *Unternehmen im Binnenmarkt*, cit., p. 80; LIEDER; *op. cit.*, p. 1083.

órganos sociales no se puede comprobar basándose en la información contenida en el *Companies House*<sup>53</sup>. La constitución de una sociedad alemana solo en base a la información aportada por un registro mercantil extranjero comporta, por tanto, un riesgo para la publicidad del registro mercantil alemán<sup>54</sup>. Por este motivo, se pide, en general, un factor de autenticación más en el caso de constitución de sociedades por parte de sociedades de capital extranjeras<sup>55</sup>. La hipótesis de que una consulta electrónica a través del sistema de interconexión de los registros mercantiles dentro de la Unión («*business registers interconnection system*»)<sup>56</sup> pueda sustituir este planteamiento en el contexto de la creación en línea es errónea<sup>57</sup>. El sistema de interconexión de los registros mercantiles no comporta ni la creación de un único registro mercantil europeo, ni la armonización del contenido de los registros nacionales, sino solo su coordinación<sup>58</sup>. La capacidad del solicitante para representar a la sociedad no se puede, en ningún caso, acreditar de esta manera. Sin embargo, se menciona su comprobación en el apartado 3.º, letra a, del art. 13 *octies* como condición mínima que se debe garantizar. Hay dudas de que esto pueda hacerse por vía electrónica (cfr. apartado 2.º, frase 2 del art. 13 *octies*). En la práctica, el poder de representación se acredita mediante la certificación de los poderes de representación de los administradores. La autenticidad de los documentos extranjeros, de conformidad con el apartado 1.º del § 438 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO), es evaluada libremente por el juez. Algunos tribunales alemanes exigen que el certificado de representación esté dotado de *Apostilla*, que sustituye al requisito de legalizar los documentos expedidos por autoridades extranjeras<sup>59</sup>. En este caso, el legislador debería establecer una excepción para la presentación en línea de documentos. Esta se puede basar en el apartado 3.º del art. 13 *quater*, según el cual no se ven afectados los requisitos establecidos por el derecho nacional aplicable referidos a la autenticidad, la exactitud, la fiabilidad, la credibilidad y la forma jurídica adecuada de los documentos<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 604, con nuevas referencias.

<sup>54</sup> Para un examen de la propuesta de directiva SUP, cfr. KINDLER; *Unternehmen im Binnenmarkt*, cit., p. 80 ss.; id.; *Die Einpersonas-Kapitalgesellschaft als Konzernbaustein*, cit., p. 340 s.

<sup>55</sup> HECKSCHEN; *op. cit.*, Cap. 2, Rn. 71 ss.

<sup>56</sup> Directiva (UE) 2012/17/UE de 13 de junio de 2012, traspuesta en el derecho alemán del § 9 b HGB (en derecho italiano cfr. el Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico de 8 de junio de 2017, GU Serie General n.º 200 de 28 de agosto de 2017).

<sup>57</sup> El apartado 5.º del art. 28 *bis* prevé al menos para el registro en línea de las sucursales en otro Estado miembro que la información sobre la sociedad se compruebe a través del sistema de interconexión de los registros mercantiles de la Unión.

<sup>58</sup> ROTH; *sub* «§ 9 b», en KOLLER, KINDLER, ROTH y DRÜEN (a cargo de); *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: C.H.Beck, 2019, Rn. 1.

<sup>59</sup> Una persona procedente de un país que ha suscrito el Convenio sobre la supresión de la legalización de actos públicos extranjeros, adoptado en La Haya el 5 de octubre de 1961, ratificada por Italia mediante la Ley de 20 de diciembre de 1966, n.º 1253 (en G.U. n.º 26, de 30 de enero de 1967) no necesita solicitar la legalización en la representación consular, pero puede dirigirse a las autoridades internas competentes designadas por cada Estado para extender la *Apostilla* sobre el documento; cfr., sobre el procedimiento, CASU, *In tema di deposito di atto estero presso notaio*, en *Riv. not.*, 2006, II, pp. 1542 ss., 1544 s.; cfr. para referencias de la jurisprudencia alemana dubitativa al respecto HECKSCHEN; *op. cit.*, Cap. 2, Rn. 73 ss.

<sup>60</sup> Cfr. BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 604.

## 2. La constitución por parte de representantes

Según el apartado 2.º del § 2 *GmbHG*, la legislación alemana contempla la posibilidad de que pueda constituirse una *GmbH* mediante la comparecencia de un representante en el acto de constitución, en cuyo caso el poder deberá ser formalizado ante notario. En caso de constitución transfronteriza de sociedades, el poder notarial extranjero generalmente necesita como mínimo una *Apostilla*<sup>61</sup>. Por tanto, tampoco en este caso se puede aportar con medios electrónicos la prueba del poder de representación<sup>62</sup>. Como la posibilidad de la constitución en línea a través de poder no es obligatoria en la Directiva, por el momento se debería evitar su transposición al Derecho alemán<sup>63</sup>. Contrariamente a lo establecido por el apartado 2.º, frase 2 del art. 13 *octies*, no sería posible admitir la presentación en línea de los poderes (extranjeros).

## 3. La constitución con aportaciones no dinerarias

Aunque la propuesta inicial de la Comisión no era clara sobre este punto<sup>64</sup>, el apartado 4.º, letra *d* del art. 13 *octies* permite explícitamente a los Estados miembros la exclusión de la constitución en línea en los procedimientos de constitución con aportaciones en especie. Teniendo en cuenta los riesgos existentes relativos a la fiabilidad de los procedimientos de constitución en línea, el legislador alemán debería hacer valer la opción del *opt-out* y continuar exigiendo la presencia física de los fundadores en caso de constitución con aportaciones en especie, que en cualquier caso se ve más expuesta a abusos. El procedimiento de constitución en línea debe, por tanto, limitarse a la constitución con aportaciones dinerarias<sup>65</sup>.

## VIII. POSIBILIDAD DE RECURRIR A MODELOS DE ESTATUTOS PREVIAMENTE FACILITADOS

Según el apartado 1.º del art. 13 *nonies*, se deben poner a disposición «modelos» de constitución al menos para los tipos de sociedades enumerados en el anexo II *bis*. Según la nueva definición contemplada en el número 6 del art. 13 *bis*, esto implica «modelo de la escritura de constitución de una sociedad elaborado por los Estados miembros de conformidad con el Derecho nacional y que se utiliza para la constitución en línea de sociedades con arreglo al artículo 13 *octies*». La obligación de poner a disposición modelos de estatutos tiene por objeto

<sup>61</sup> HEINZE; *sub* «§ 2». En *Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz*, III ed. Múnich: C.H.Beck, 2018, Rn. 67. ISBN 978-3-406-70320-1.

<sup>62</sup> BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 605 s.; LIEDER, *op. cit.*, p. 1084 s.

<sup>63</sup> En este sentido, cfr. también BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 606.

<sup>64</sup> Cfr. LIEDER; *op. cit.*, p. 1085.

<sup>65</sup> LIEDER; *op. cit.*, p. 1085; BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 606; TEICHMANN; *op. cit.*, p. 2453.

facilitar la constitución de sociedades, en concreto, las PYMES<sup>66</sup>. A diferencia de la fallida propuesta de Directiva SUP<sup>67</sup>, no es obligatorio utilizar modelos de estatutos (cfr. apartado 2.º del art 13 *nonies* y *considerando* 18.º). El apartado 2.º del art. 13 *nonies* aclara también que el uso de modelos no menoscaba el requisito, contemplado en la legislación nacional, de que las escrituras de constitución sean objeto de elevación a documento público notarial (cfr. el principio contemplado en el art. 10)<sup>68</sup>.

La ventaja efectiva de los modelos de estatutos será probablemente escasa. Dadas las complejas estructuras, concretamente de las sociedades pluripersonales, éstos no garantizarán una constitución que ofrezca a todos los miembros un marco normativo suficientemente seguro<sup>69</sup>. En la ley alemana sobre la modernización del derecho de las *GmbH* y la lucha contra los abusos societarios de 2008 (llamada *MoMiG*), ya se han incluido los modelos de estatutos en la *GmbHG* en el anexo, apartado 1.º, letra *a* del § 270. Estos modelos no ofrecen una ayuda efectiva, en cuanto que faltan disposiciones esenciales como el derecho de separación de los socios o la cláusula generalizada de autorización en caso de cesión de una cuota (cfr. apartado 5.º del § 15 *GmbHG*)<sup>71</sup>. La Directiva, en cualquier caso, podría dar lugar a una revisión de los modelos alemanes<sup>72</sup> y del carácter imperativo de las cláusulas de los estatutos de la s.r.l. innovadora (start-up) contemplada en el D.M. de 17 de febrero de 2016<sup>73</sup>. Según el apartado 3.º del art. 13 *nonies*, los modelos deben también facilitarse, aunque sea a título meramente informativo, al menos, en una lengua oficial de la Unión ampliamente conocida por el mayor número posible de usuarios transfronterizos. Esta será también en el futuro la lengua inglesa<sup>74</sup>.

## IX. MEDIDAS DE DIGITALIZACIÓN A FAVOR DE SOCIEDADES CONSTITUIDAS

La Directiva no se contenta solo con la constitución en línea. La sociedad, durante toda su vigencia, una vez constituida, seguirá beneficiándose de las ventajas

<sup>66</sup> *Considerando* 18.º de la Directiva.

<sup>67</sup> KINDLER; *Die Einpersonasn-Kapitalgesellschaft als Konzernbaustein*, cit., p. 346 s.

<sup>68</sup> En este sentido incluso antes de la introducción de esta aclaración, cfr. TEICHMANN; *op. cit.*, p. 2460; LIEDER; *op. cit.*, p. 1089.

<sup>69</sup> KINDLER; *Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Digitalisierung*, cit., p. 60; id., *Grundkurs Handels— und Gesellschaftsrecht*, cit., § 14, Rn. 12; WOLF; *op. cit.*, p. 523; RIES, *Alles online, alles Muster, alles gut?*, en *Zeitschrift für die notarielle Beratungs— und Beurkundungspraxis*, 2019, pp. 25, 26.

<sup>70</sup> Cfr. KINDLER; *Grundkurs Handels— und Gesellschaftsrecht*, cit., § 14, Rn. 12.

<sup>71</sup> KINDLER; *Grundkurs Handels— und Gesellschaftsrecht*, cit., § 14, Rn. 13; id., *Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Digitalisierung*, cit., p. 60 con nuevas referencias.

<sup>72</sup> En este sentido, cfr. también KNAIER; *op. cit.*, p. 566 s.; BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 611.

<sup>73</sup> Cfr., sobre la inderogabilidad y la limitadísima autonomía concedida con las alternativas expresamente contempladas dentro del modelo estándar contenido en el D.M. de 17 de febrero de 2016 y de 28 de octubre de 2016 las observaciones de LA SALA; *op. cit.*, 1118 ss., 1136 ss.

<sup>74</sup> NOACK; *op. cit.*, p. 1326.



de la digitalización, pudiendo comunicarse electrónicamente con los registros nacionales.

## 1. Presentación en línea de documentos societarios

Según el art. 13 *undecies*, debe existir la posibilidad de efectuar la presentación de documentos e información en línea ante el registro, de conformidad con el art. 14. Esto no incluye obviamente el negocio jurídico en el que se basa la solicitud de inscripción en el registro mercantil en línea (por ejemplo, la modificación de los estatutos)<sup>75</sup>. Las normas nacionales siguen siendo aplicables en este caso, a efectos de que se pueda seguir exigiendo la certificación notarial, cuando se dé una negociación presencial (cfr. §§ 8 ss. *BeurkG*). En Italia, con el D.L. de 2 de julio de 2010, n.º 110 (en Diario Oficial (*G.U.*) n.º 166, de 19 de julio de 2010), en vigor desde el 3 de agosto de 2010, se han adoptado disposiciones en materia de documentos públicos electrónicos redactados por notario, en aplicación de la delegación contemplada en el art. 65 de la Ley de 18 de junio de 2009, n.º 69, de conformidad con las disposiciones de carácter general contenidas en el código de la administración digital (D.L. n.º 82/05). La solicitud de inscripción en el registro mercantil y la presentación de documentos es efectuada electrónicamente por el notario (arts. 2.463 y 2.330 del Código Civil en combinación con el art. 31 l. n.º 340/00, aplicado con la circular del Ministerio de Actividades Productivas de 30 de octubre de 2001, n.º 3.529/C, posteriormente modificada por la circular de 15 de noviembre de 2001, n.º 3.532/C; en Alemania cfr. § 12 *HGB* en combinación con el apartado 3.º, frase 2, del § 378 *FamFG*). Estas disposiciones no son compatibles con la Directiva, dado que la firma de los solicitantes es legalizada previamente por el notario<sup>76</sup>. Según el principio contemplado en el apartado 1.º, segundo punto y seguido, del art. 13 *undecies*, no se puede exigir la comparecencia de una persona ante una autoridad nacional. Por lo que respecta a los niveles de seguridad que hay que respetar en el proceso de presentación en línea, el apartado 4.º del art. 13 *undecies* se refiere a los apartados 2.º a 5.º del art. 13 *octies*. La identificación de las personas que presentan los documentos debería ser efectuada, también en este caso, por el notario, utilizando la combinación de la identificación eIDAS con un procedimiento de videoconferencia notarial (cfr. 4.).

## 2. El procedimiento en línea para las sucursales

Las normas relativas al registro y cierre en línea de las sucursales y la presentación de los correspondientes documentos en línea están contempladas en los artículos de 28 *bis* a 28 *quater*. También el registro de la sucursal de una sociedad regulada por el Derecho de otro Estado miembro debe poder efectuarse

<sup>75</sup> TEICHMANN; *op. cit.*, p. 2461; LIEDER; *op. cit.*, p. 1090; BORMANN y STELMASZCZYK; *op. cit.*, p. 611 s.

<sup>76</sup> Cfr. ROTH; *op. cit.*, sub § 12, Rn. 3.

enteramente en línea. La comparecencia personal del solicitante se puede exigir solo en casos excepcionales y debidamente justificados con base en los motivos contemplados en el apartado 1.º del art. 28 *bis* [cfr. más arriba VI.2.]. Los requisitos para el procedimiento en línea son sustancialmente idénticos a los de la constitución en línea o los de la presentación de documentos en línea. En concreto, la intervención vinculante (en línea) del notario se puede exigir también en estos procedimientos.

## X. OBSERVACIONES FINALES

La Directiva amplía notablemente el uso de las tecnologías digitales en el campo del derecho societario. Lo que debe ser motivo de celebración, en líneas generales, en cuanto que va en línea con la eliminación de obstáculos burocráticos superfluos y permite una constitución transfronteriza de sociedades eficiente. Derecho societario no debe verse privado de las ventajas derivadas del progreso de la digitalización de otros sectores de la vida. Pero, al mismo tiempo, es necesario garantizar que la prevención de abusos no termine siendo letra muerta con el paso del sistema analógico al sistema digital. Esto debería llamar la atención de los legisladores de los Estados miembros de cara a la aplicación de la Directiva. En concreto, la Directiva contempla la posibilidad de exigir la intervención (electrónica) del notario en las fases decisivas de la constitución en línea. Si hay sospecha de abuso, se puede exigir la comparecencia personal del solicitante. Los legisladores de los Estados miembros deberán también hacer uso de este instrumento para que en el futuro el público pueda seguir teniendo confianza en las inscripciones en el registro mercantil.

## BIBLIOGRAFÍA

BAUMBACH y HUECK; *GmbHG Kommentar*. Múnich: C.H.BECK, 2017. ISBN 978-3-406-74039-8.

BAYER, Walter; *sub* «§ 2». En LUTTER y HOMMELHOFF (a cargo de); *GmbH-Gesetz Kommentar*. Colonia: Otto Schmidt. 2016, RN.13. ISBN; 978-3-504-32489-6.

BAYER y SCHMIDT; «BB-Gesetzgebungs— und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 — Teil I: Company Law Package». En *Betriebs-Berater*, 2019, vol. 34, p. 1922 ss. ISSN 0340-7918.

BORMANN; «Die digitalisierte GmbH». En: *Zeitschrift für Unternehmens— und Gesellschaftsrecht*, 2017, vol. 46, n.º 5, pp. 621-643. ISSN 0340-2479.



- BORMANN y STELMASZCZYK; «Grenzüberschreitende Verschmelzung nach dem EU-Company Law Package». En *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2019, vol. 4, p. 300 ss.. ISSN 0723-9416.
- BOCK; «Online-Gründung und Digitalisierung im Gesellschaftsrecht». En: *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2018, pp. 643, 654 s. ISSN 0340-8604.
- BORMANN y STELMASZCZYK; »Digitalisierung des Gesellschaftsrechts nach dem EU-Company Law Package». En *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, pp. 601 s. ISSN 0723-9416.
- BUNGERT y BECKER; «Der finale EU-Richtlinienentwurf zu grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen». En *Der Betrieb*, 2019, vol. 29, p. 1609 ss. ISSN 0005-9935.
- CAMPOBASSO, Mario; *Diritto commerciale — Vol. II: Diritto delle società*. Turín: Utet Giuridica, 2015, p. 156 y ss. ISBN: 9788859813309.
- FINOCCHIARO; «Una prima lettura del Reg. UE n. 910/2014 (c.d. eIDAS)». En *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, p. 419 ss. ISSN 0391-3740.
- GINEVRA, Enrico; *Manuale di diritto commerciale*, CIAN (cur.), Giappichelli, 2016, p. 342 y ss. ISBN: 9788892102118.
- HECKSCHEN; en HECKSCHEN y HEIDINGER (a cargo de); *Die GmbH in der Gestaltungs— und Beratungspraxis*. Colonia: Carl Heymanns, 2018, Cap. 2, Rn. 19. ISBN: 978-3-406-70320-1.
- HEINZE; sub «§ 2». En *Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz*, III ed. München: C.H.Beck, 2018, Rn. 67. ISBN 978-3-406-70320-1.
- HERRLER; sub «§ 8». En *Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz*. München: CH Beck, 2018, Rn. 65. ISBN 978-3-406-70320-1.
- KINDLER; «Die Einpersonasnkapitalgesellschaft als Konzernbaustein— Bemerkungen zum Kompromissvorschlag der italienischen Ratspräsidentschaft für eine Societas Unius Personae (SUP)». En *Zeitschrift für das gesamte Handels— und Wirtschaftsrecht*, 2015, p. 330. ISSN: 0044-2437.
- KINDLER; «Unternehmen im Binnenmarkt — Transparenz und Nachhaltigkeit». En: *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2016, pp. 75, 81 ss. ISSN 0340-8604.
- KINDLER; *The Single-Member Limited Liability Company (SUP) — A Necessary Reform of EU Law on Business Organizations?* München: Beck/Hart, 2016. ISBN 9781509907199.

KINDLER; «Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Digitalisierung». En: SCHNAUDER (coord.); *Digitalisierung im Gesellschaftsrecht*. Wien: MANZ'sche, 2018, pp. 39-54. ISBN: 978-3-214-02115-3.

KINDLER; *Grundkurs Handels— und Gesellschaftsrecht*<sup>9</sup>. München: C.H.BECK, 2019. ISBN 978-3-406-73475-5.

KINDLER y JOBST; «Die Online-Gründung nach dem Company Law Package — Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht». En *Der Betrieb*, 2019, vol. 27-28, p. 1550 ss. ISSN 0005-9935.

KLUMPEN; *Die elektronische Gesellschaftsgründung über die Grenzen*. Baden Baden: Nomos, 2018, p. 271 ss. ISBN 978-3-8487-4672-9.

KNAIER; «Digital first, Bedenken second?». En *Die GmbH-Rundschau*, 2018, vol. 11, pp. 560, 564. ISSN 0016-3570.

LA SALA; «Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.». En *Riv. soc.*, 2017, vol. 5/6, pp. 1118 ss., 1136 ss. ISSN 0008-0497.

LICINI; «Il notaio dell'era digitale: riflessioni gius-economiche». En: *Notariato*, 2018, n.º 2, pp. 142, 146. ISSN 1591-2019.

LIEDER; »Digitalisierung des Europäischen Unternehmensrechts». En *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, pp. 1081 s. ISSN 1434-9272.

NOACK; «Das Company Law Package — Vorschläge der Europäischen Kommission zur Harmonisierung des materiellen Schutzes der Minderheitsgesellschaften bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen». En *Die Aktiengesellschaft*, 2018, vol. 21, p. 780 ss. ISSN 0002-3752.

NOACK; «Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Europa». En *Der Betrieb*, 2018, p. 1324. ISSN 0005-9935.

NOACK y KRAFT; «Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität — der Richtlinienvorschlag im Company Law Package». En *Der Betrieb*, 2018, p. 1577 ss. ISSN 0005-9935.

PAULUS y MATZKE; «Smart Contracts und das BGB. Viel Lärm um nichts?». En *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 2018, pp. 431-436. ISSN 2363-4960.

—ROßNAGEL; «Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen, en *Neue Juristische Wochenschrift*». En: *Neue Juristische Wochenschrift*, 2014, vol. 67, n.º 51, pp. 3686-3688. ISSN 0341-1915.

- ROTH; *sub* «§ 9 b», en KOLLER, KINDLER, ROTH y DRÜEN (a cargo de); *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Múnich: C.H.Beck, 2019, Rn. 1.
- SATTLER; «Der Einfluss der Digitalisierung auf das Gesellschaftsrecht». En *Betriebs-Berater*, 2018, pp. 2243, 2245. ISSN 0340-7918.
- SCHMIDT; «EU Company Law Package 2018 (Teil 1)». En *Der Konzern*, 2018, pp. 229, 231. ISSN 1611-2296.
- SCHULTE; «Der strafrechtlich, inhabile« GmbH-Geschäftsführer». En *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, p. 646. ISSN 1434-9272.
- SPINDLER; «Gesellschaftsrecht und Digitalisierung». En *Zeitschrift für Unternehmens— und Gesellschaftsrecht*, 2018, vol. 47, n.º 1, pp. 17, 49 ss. ISSN 0340-2479.
- TEICHMANN; «Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package». En *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2018, vol. 39, n.º 51-52, pp. 2451 ss., 2457, ISSN 0723-9416.
- TEICHMANN; «Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts». En *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2019, vol. 7, p. 241 ss.. ISSN 1434-9272.
- VIGGIANI; *sub* «art. 2330 c.c.». En ABBADESSA y PORTALE (dirección); *Le società per azioni*, vol. I. Milán: Milano Giuffrè Editore, 2016, p. 230 y ss. ISBN: 9788814170447.
- WOLF; «Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa». En *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*, 2018, pp. 510-522. ISSN 0941-4193.

(Trabajo recibido el 13/02/2020  
y aceptado para su publicación el 22/05/2020)



# **SOBRE LA FUSIÓN TRANSFRONTERIZA EN LA DIRECTIVA EUROPEA 2019/2121 Y SU POSIBLE REPERCUSIÓN EN LA LEY ESPAÑOLA DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES**

**RICARDO CABANAS TREJO**

*Notario de Fuenlabrada*

## **RESUMEN**

La UE ha dado un paso decidido en la senda de favorecer la libertad de movimiento de las empresas con la Directiva 2019/2121, de 27 de diciembre, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, también conocida como Directiva de movilidad. De las tres operaciones que regula, las mayores novedades se refieren a la transformación y a la escisión de sociedades, destacando especialmente la primera de ellas, que viene a proporcionar un marco jurídico completo a la operación de traslado del domicilio estatutario dentro de la UE, concebido en realidad como un simple cambio de forma jurídica, con la posibilidad de elegir entre todas las variantes tipológicas que, dentro de la categoría genérica de las sociedades de capital, el derecho nacional de cada uno de los Estados miembros pone a disposición de los operadores económicos. En este marco, la fusión transfronteriza se presenta como la operación más compleja, ya que involucra, por lo menos, a dos sociedades ya existentes, pero, además, cuenta en su haber con una experiencia práctica suficientemente contrastada gracias a la previa Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre, hace años traspuesta —y aplicada— en todos los Estados miembros. El presente trabajo, tomando como principal referencia la legislación española, pero no única, pasa revista a la forma en que se traspuso por los Estados miembros aquella Directiva, y a los problemas que pueden surgir cuando determinada legislación extranjera se cruza con la española. Sobre esta base analiza los cambios que introduce la nueva Directiva y apunta por dónde deberían ir, a juicio de autor, los cambios que será necesario introducir en nuestra Ley para su adaptación.

**Palabras clave:** Directiva 2019/2121, fusión transfronteriza, régimen jurídico, novedades, derecho nacional, trasposición.

## CROSS BORDER MERGER IN EUROPEAN DIRECTIVE 2019/2121 AND ITS POSSIBLE REPERCUSSIONS ON THE SPANISH LAW OF STRUCTURAL AMENDMENTS

RICARDO CABANAS TREJO

*Notary Public of Fuenlabrada*

### ABSTRACT

The EU has taken a further step in promoting the free movement of businesses with Directive (EU) 2019/2121 of 27 November 2019 on cross-border conversions, mergers and divisions also known as the Mobility Directive. Of the three operations that the Directive regulates, the main innovations refer to the transformation and spin off of companies, highlighting in particular the first of these, which provides a complete legal framework for the operation of transferring the statutory domicile within the EU, that in fact has been devised as a mere change of legal form, with an option to choose from among all the variants and categories which, within the generic sector of corporations, the national law of each member state has made available to financial operators. Within this framework, cross border merger is presented as the most complicated operation as it involves at least two companies already in existence, however it does have the benefit of sufficient practical experience gained from implementation of the earlier Directive 2005/56/EC of 26 October, transposed several years previously -and applied - in all member states. This paper takes Spanish law as its main reference, although it is not the only one considered, and provides a review of the way in which the directive was transposed by Member States, and the problems that can arise when a specific foreign legal precept contrasts with Spanish law. This provides the basis for an analysis of the changes introduced by the new Directive and the author highlights the changes needed in his view to adapt the Directive to Spanish law.

**Keywords:** Directive 2019/2121, cross border merger, legal system, innovations, national law, transposition.

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN.—II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES PREVIAS. 1. El papel del Tribunal de Justicia de la UE. 2. Separación, elección y acumulación «selectiva». 3. Un control por fases y de alcance restringido. 4. Mecanismos de aplicación *ex ante* o *ex post*. 5. ¿Trato distinto a la fusión doméstica? 6. Dificultades en la práctica de la normativa actual.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 1. Objetivo. 1.1. Marco legal español y europeo. 1.2. La Directiva y su repercusión en la legislación española. 2. Subjetivo. 2.1. Marco legal español y europeo. 2.2. La Directiva y su repercusión en la legislación española. 3. Territorial. 3.1. Marco legal español y europeo. 3.1.1. El Estado miembro de constitución de la sociedad. 3.1.2. El Estado donde se desarrolle la actividad. 3.1.3. La sociedad extranjera aparente. 3.1.4. La intervención de una sociedad extracomunitaria. 3.2. La Directiva y su repercusión en la legislación española. 4. Acotamiento adicional del ámbito de las fusiones transfronterizas. 4.1. Marco legal español y europeo. 4.2. La Directiva y su repercusión en la legislación española. 5. Oposición por motivo de interés público. 5.1. Marco legal español y europeo. 5.2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—IV. PROYECTO

COMÚN DE FUSIÓN. 1. Marco legal español y europeo. 1.1. Autoría y firma del proyecto común. 1.2. Contenido del proyecto común. 1.3. La incidencia de las distintas legislaciones nacionales en el contenido del proyecto común. 1.4. Efectos de la suscripción del proyecto común. 1.5. Idioma del proyecto común. 1.6. Forma del proyecto común. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—V. PUBLICIDAD. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—VI. INFORME DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—VII. INFORME PERICIAL INDEPENDIENTE. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—VIII. APROBACIÓN POR LA JUNTA GENERAL. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—IX. PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS. 1. Marco legal español y europeo. 1.1. Derecho de separación. 1.2. Derecho a una compensación complementaria al canje. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española. 2.1. Derecho de separación. 2.2. Derecho a una compensación complementaria al canje.—X. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—XI. CERTIFICADOS PREVIOS A LA FUSIÓN. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—XII. Control de legalidad de la fusión. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.—XIII. Registro, fecha de efectos y nulidad. 1. Marco legal español y europeo. 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española.





## I. PRESENTACIÓN

Los próximos años serán testigos de una frenética actividad legislativa en nuestro país para incorporar tres Directivas de la UE que inciden en el Derecho de Sociedades. Dos de ellas son propiamente societarias y suponen una reforma de la Directiva 2017/1132, de 14 de junio, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, también conocida como Directiva codificadora —en adelante, DS—. Se trata de la Directiva 2019/2121, de 27 de diciembre, sobre transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (Directiva de movilidad), y de la Directiva 2019/1151, de 20 de junio, sobre utilización de herramientas y procesos digitales (Directiva de digitalización). La tercera no es propiamente societaria, pero también percute sobre el Derecho de Sociedades de forma muy significativa, se trata de la Directiva 2019/1023, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones (Directiva sobre reestructuración/insolvencia).

El presente trabajo sólo presta atención a una de ellas, la Directiva 2019/2121, y, además, deja de lado las que se podrían considerar sus dos novedades más destacadas, la regulación de la transformación y la de la escisión, para centrarse sólo en la Fusión Transfronteriza (en lo sucesivo FT). Son varias las razones para esta restricción. La primera, porque el esquema de un procedimiento que —en general— podemos llamar «transfronterizo», ya que pone en relación la legislación de, al menos, dos Estados Miembros —EM—, se repite en las tres variantes, y por eso ahora basta con tomar una de ellas como referencia, pues la «plantilla» también sirve para las otras dos. En segundo lugar, la FT es, de las tres, la operación que presenta mayor complejidad, pues implica como mínimo a dos sociedades ya existentes, aunque, de intervenir más sociedades, algunas puedan compartir nacionalidad. Está claro que no es el caso de la transformación, donde es una misma y única sociedad la que cambia de forma «jurídica», por razón del traslado de su domicilio estatutario y, por esta vía, de su nacionalidad, transformándose en una sociedad con la forma jurídica que corresponda en la nueva legislación. Pero

la identidad de la sociedad no cambia, no es una nueva sociedad, es la misma, sujeta a otro régimen jurídico. Pero, también, de la escisión, ya que la Directiva 2019/2121 se construye a la que da como resultado la formación de nuevas sociedades, excluyendo la que tiene como beneficiaria a una o varias sociedades ya existentes. Y lo hace, precisamente, por la elevada complejidad de esta última variante de la escisión, que no aconseja acometer ahora su regulación a nivel de la UE (cdo. 8 Directiva 2019/2121). Por razón de esa superior complejidad inherente a una FT que necesariamente involucra más de una sociedad «existente», su estudio resulta así algo más «provechoso», pues enfrenta un mayor número de problemas. Por último, en la FT esos problemas se examinan con la perspectiva de una experiencia práctica suficientemente contrastada, de un lado, desde el plano legislativo, porque la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre, relativa a las FFTT de las sociedades de capital, ya ha sido traspuesta por todos los EEMM, y nos permite saber «cómo» lo han hecho sus legisladores, pero, de otro lado, al haberse completado hace ya años esa adaptación, también sabemos cómo se vienen aplicando esas reglas, tanto por las autoridades competentes de los EEMM, como por las sociedades llamadas a utilizarlas. En gran medida, la nueva «plantilla» que ahora se quiere aplicar a estas tres operaciones incorpora muchos cambios sugeridos al rebufo de la experiencia real de la Directiva 2005/56.

El examen de la FT se aborda ahora desde un doble plano nacional y comunitario. No se trata únicamente de analizar la nueva Directiva 2019/212, sino de confrontarla con la situación anterior, pero esta situación no puede limitarse a la previa Directiva 2005/56, pues ha de incluir también la forma en que se traspuso aquella por los legisladores nacionales. Por razones obvias, el interés se vuelca en el Derecho español, y más precisamente en la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles —en lo sucesivo, LME— de 2009. No obstante, es necesario prestar atención a lo sucedido en otros EEMM, no por el mero afán de comparar legislaciones, sino para constatar algunos de los problemas de coordinación que surgen en el momento presente cuando se pretende una FT en la que interviene una sociedad española. En cada apartado estos temas se abordan bajo el epígrafe «*Marco legal español y europeo*». A continuación, una vez identificada la situación de partida, bajo el epígrafe «*La Directiva y su repercusión en la legislación española*» se analizan los cambios que introduce la nueva Directiva 2019/2121, para sugerir, a continuación, algunas de las modificaciones que, en mi opinión, habrían de hacerse en la LME española, pero estrictamente para dar cumplimiento a la misma, pues el legislador también podría incorporar otros cambios, especialmente en relación con el ámbito de aplicación de la norma, en línea con lo que han hecho otros EEMM antes de la Directiva 2019/2121.

Dos últimas aclaraciones. Para simplificar dejo fuera todos los temas relacionados con la legislación laboral y la participación de los trabajadores. El estudio se centra en los aspectos societarios. Por otro lado, surge un pequeño problema a la hora de identificar la regulación comunitaria anterior y posterior a la Directiva 2019/2121, pues siempre se trata de la DS, ya que ésta incorporó a su capítulo II del título II la regulación de la FT, derogando la Directiva 2005/56, igual

que ahora incorpora la reforma de la Directiva 2019/2121. Por eso, para dejar claro cuándo se trata de una o de otra regulación, en general hablaré de la Directiva 2005/56 cuando se trate del texto de la DS anterior a la Directiva 2019/2121, y directamente de la DS para la nueva versión reformada, salvo en aquellos casos en los que me quiera referir a sus considerandos -cdo-, donde lo haré de la D. 2019/2121. Algo parecido ocurre con la Fusión Nacional -FN-, pues, por razón de fechas, entonces estaba vigente la tercera Directiva 78/855/CE, de 9 de octubre, derogada en su momento por la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril, y cuyo contenido se recoge ahora en el capítulo I del título I de la DS<sup>1</sup>. Por eso, en ocasiones, para referirme a la situación inmediatamente anterior a la Directiva 2019/2121, hablaré de la Directiva 2005/56 para la FT, aunque realmente se trate de la DS, y solo de esta última cuando aluda al marco comunitario de la FN.

## II. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES PREVIAS

1. El papel del Tribunal de Justicia de la UE: de la doctrina del TJUE parece extraerse un auténtico derecho de cualquier sociedad con finalidad lucrativa a tomar parte en una FT, y no solo en una fusión, con fundamento en la misma libertad de establecimiento de los arts. 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—. En relación con la absorción de una sociedad luxemburguesa por otra alemana, y ante la rígida aplicación por parte de las autoridades de este segundo país del principio de *numerus clausus*, tan característico de su legislación en materia de modificaciones estructurales (la *UmwG*), que no contemplaba la fusión con intervención de una sociedad extranjera, la STJUE de 13/12/2005 (*Sevic*) C-411/2003 sostiene que el derecho de establecimiento incluye cualquier medida que permita, o se limite a facilitar, el acceso a un EM distinto del establecimiento y el ejercicio de una actividad económica en el mismo, en idénticas condiciones que las aplicables a los operadores nacionales. Y este derecho, que con carácter general no se limita en su proyección subjetiva a las sociedades de capital (no solo ellas disfrutaban de la libertad de establecimiento), ni en la objetiva a la modalidad reestructuradora de la fusión, tampoco está condicionado a la existencia de normas armonizadoras. Ha de ser posible, en ausencia de Derecho derivado de la UE. Desde la perspectiva del EM que quisiera poner el inconveniente, en un primer momento los efectos de la sentencia en el caso *Sevic* se quisieron limitar a la fusión donde entra en ese EM una sociedad extranjera (*hereinumwandlung, inbound*), dejando fuera la que supondría la salida de la sociedad nacional de ese EM (*hinausumwandlung, outbound*)<sup>2</sup>, pero las posteriores SSTJUE de 6/12/2008 (*Cartesio*) C-210/2006 y de 12/07/2012 (*Vale*) C-378/2010, dejaron claro que el mismo principio también se aplica en este segundo caso, idea que remacha la STJUE de 25/10/2017 (*Polbud*) C-106/2016. Sin embargo, en la práctica, la ausencia de un procedimiento claro y seguro hace

<sup>1</sup> En realidad, tendría que ser el capítulo II —otra opción, I.bis— y el de la FT el capítulo III, pero la transformación también aparece como capítulo I, que se duplica. Por eso, siempre que hable de capítulo I, salvo que indique otra cosa, es el referido a la fusión de SSAA (arts. 87 y ss. DS).

<sup>2</sup> Amplia información en KULENKAMP, Sabrina; *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EU*. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 97. ISBN: 978-3-8329-4100-0.

muy difícil respecto de otras sociedades, o de otro tipo de operaciones (escisión), que puedan llevarse a cabo, precisamente porque se superponen distintas legislaciones nacionales, y en ausencia de un marco claro de coordinación pueden colisionar sus pretensiones de aplicación. Este marco de seguridad es el que quiso instaurar la Directiva 2005/56, pero en un ámbito limitado.

2. Separación, elección y acumulación «selectiva»: la solución seguida en su momento por la Directiva 2005/56 fue sobre todo conflictual. Aunque armonizaba algunas materias, su principal objetivo era designar la ley nacional aplicable en cada fase de la FT, y en ese sentido la regla general de la que parte es un estricto criterio de separación (art. 4.1: «*salvo que la presente Directiva disponga lo contrario: ... una sociedad que participe en una fusión transfronteriza deberá cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta*»). Resulta comprensible la observancia simultánea y separada de varias leyes, cada una en su respectivo ámbito nacional, toda vez que sus destinatarios, atendida la finalidad de esas mismas normas, nunca contaron con verse sometidos a un ordenamiento extraño, aunque les resultara ahora más favorable —en teoría—. Sobre esta base, las disposiciones y trámites de cada legislación nacional eran los relativos al proceso de toma de decisiones sobre la fusión en su sociedad y a la protección de los acreedores, trabajadores y socios de la misma<sup>3</sup>. Pero, solo con esto, tampoco se dice algo muy distinto a lo que es propio del Derecho Internacional Privado de muchos países que ya admitían antes la FT (así, en España, art. 9.11.2 Código Civil —CC—). Para facilitar la FT era necesario avanzar más.

En particular, hay fases del procedimiento en las que no cabe la aplicación separada de varias leyes, pues se impone un resultado único y común a todas las sociedades, por el riesgo de que cada ley nacional aplique soluciones disímiles, haciendo inviable el proyecto. La Directiva 2005/56 tuvo que elegir entonces entre una de las leyes en concurrencia, que acabara sobrepuesta a las demás. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la fecha de efectividad de la FT, donde sólo se puede aplicar una ley nacional y, en este caso, por tratarse del tramo final, prevalece la legislación del EM de la sociedad resultante. Exigencia de uniformidad que no se restringe a la fecha, pues al ordenamiento de la resultante también incumbe cuanto esté relacionado con el tramo final de la FT, incluida su posible declaración de nulidad posterior. No obstante, en relación con la validez de la fusión, y para hacer más «digerible» por cada EM la solución unitaria, la misma Directiva 2005/56 impone una regla uniforme de carácter material, precisamente al objeto de impedir su declaración de nulidad.

A pesar de ello, ni siquiera en la fase sujeta a una estricta separación «nacional» es posible una plena endogamia, pues en un procedimiento de fusión hay numerosos puntos de encuentro de todas las sociedades que intervienen, y en

<sup>3</sup> Por eso, al haber armonizado la materia relativa a la protección de los socios y acreedores, según veremos *infra*, el nuevo art. 121.2 DS los omite en su remisión a la legislación nacional (cfr. art. 4.2 D. 2005/56).

una FT esos puntos de encuentro «subjettivos» acaban siendo también puntos de encuentro «normativos», pues cada sociedad arrastra su propia ley nacional. Es inevitable la interdependencia recíproca entre ordenamientos, pues hay requisitos y formalidades que concurren en una legislación, pero no en la otra, o que no lo hacen del mismo modo, y será necesario comprobar en cada caso la función que desempeñan para decidir sobre su posible aplicación acumulada («*Vereinigungstheorie*»), o simplemente para ignorarlos. Aun así, la eventual observancia de la norma más estricta presupone una cierta homogeneidad para graduar los requisitos exigidos por las distintas leyes en presencia, que puede no darse, sobre todo cuando cada ley siga una técnica regulatoria diferente. En esos casos habrá que buscar una solución de compromiso que resulte aceptable a todas las sociedades, como ocurre cuando las leyes nacionales implicadas establecen métodos diferentes para el cálculo de la relación de canje<sup>4</sup>.

De todos modos, aunque la confluencia resulte inevitable, hay que insistir en la compartimentación a escala nacional, no sólo para reducir el número de requisitos y formalidades que una ley pueda imponer a una sociedad «extranjera», aunque sea de modo indirecto, también para evitar que la documentación propia de una sociedad siempre tenga que ser accesible a todos los posibles interesados en otro país, con el correspondiente trasiego de documentos y los costes de traducción asociados. Esto último se ha de tener muy en cuenta en países como España, que en gran medida remite para la FT a la regulación general de la FN. Ahora bien, mientras en el ámbito doméstico no plantea mayor problema que la accesibilidad documental sea general para todas las sociedades y para todos los documentos, la situación es muy distinta en la FT.

3. Un control por fases y de alcance restringido: en un procedimiento que necesariamente ha de quedar sujeto a control externo, tan importante como identificar la regla material aplicable, o resolver el eventual solapamiento entre ellas, es identificar a la autoridad encargada de ese control y, sobre todo, acotar el alcance del mismo. Se habla en ese sentido de un control en dos escalones o por tramos separados («*zweistufige Rechtmäßigkeitskontrolle*»). El primero de alcance estrictamente nacional circunscrito a la legalidad de la FT para la parte del procedimiento sujeta a cada una de las leyes en concurrencia y a cargo de la autoridad designada por esa misma ley. Sólo aplica la normativa nacional correspondiente y tiene su plasmación en el certificado previo a la fusión.

La segunda fase sería propiamente el control de legalidad de la FT, a cargo de una autoridad del EM de la sociedad resultante. Este ya es un control general porque afecta a cada una de las sociedades, también a las extranjeras, pues solo así

<sup>4</sup> Algún ordenamiento prefiere anticiparse y prevé expresamente que, en caso de conflicto, prevalecerá la ley aplicable a la sociedad resultante (Italia, art. 4.2 DL 108/2008). Aunque en España carecemos de una norma parecida, siempre que el problema se plantee en la fase ejecutiva, final o de realización conjunta de la fusión, parece lógico seguir el mismo criterio, sin excluir otras exigencias suplementarias cuando no haya incompatibilidad, sino mero refuerzo, y así esté justificado por la *ratio* de la norma.

se verifica la legalidad del procedimiento en su conjunto. En teoría esa autoridad situada al final habría de comprobar la regularidad del proceso seguido en cada una de las sociedades con arreglo a la variada normativa propia de todas ellas, con los inevitables problemas de prueba del Derecho extranjero, más los adicionales que provoca la necesidad de su aplicación por una autoridad que no es perita en el mismo. Para evitarlos está el anterior certificado previo, pues corresponde a cada autoridad nacional comprobar la legalidad de la parte del procedimiento que le corresponde. La autoridad del EM de la sociedad resultante habrá de centrarse así en las cuestiones de Derecho nacional propias de su sociedad, pero con algunas comprobaciones añadidas que singularizan su control último frente al más acotado de las certificaciones previas. Aquí está la clave que facilita la FT en el ámbito de la UE<sup>5</sup>, en eximir a la autoridad que interviene en último lugar de tener que controlar buena parte del procedimiento desplegado en otro EM según su legislación propia. Tal vez por conocimiento propio le conste el error padecido por la autoridad foránea en la aplicación de su ley nacional, pero no está autorizado para revisar la certificación previa, aunque la inscripción convierta a la FT posteriormente en no anulable<sup>6</sup>.

Se explica así que, fuera del ámbito de la DS, el principal inconveniente práctico para llevar a cabo una FT normalmente vendrá por la legítima pretensión de la autoridad nacional competente de verificar la regularidad, también de la parte del procedimiento sujeta al Derecho extranjero, y aunque allí hubiera intervenido una autoridad equivalente. Que se apliquen por separado los Derechos nacionales no significa que lo actuado bajo el imperio de cada uno deje de incidir sobre la validez de la operación valorada en su conjunto, y que la autoridad final correspondiente a la sociedad resultante esté impedida de cerciorarse de la regularidad de todo el proceso, también de la parte sujeta a otra normativa. Este inconveniente se supera con el sistema instaurado por la Directiva 2005/56 al atribuir dicho control a la autoridad más próxima, lógicamente la nacional, plasmando su resultado positivo en un documento específico que la otra autoridad de destino sólo ha de comprobar formalmente.

4. Mecanismos de aplicación *ex ante* y *ex post*: respecto de los mecanismos de protección de los socios y de los acreedores, especialmente de estos segundos, se plantea un serio problema de coordinación ante la posibilidad de que un EM operen mecanismos *ex ante*, es decir, frente a la misma sociedad de la que se es socio/acreedor, normalmente antes del acuerdo de la Junta general —JG—, y en todo caso antes de su eficacia, y en otro EM mecanismos que lo hagan *ex post*, es decir, después de la JG, y en su caso después de que haya surtido efectos la FT y frente a la sociedad resultante. No solo obligan a que los plazos para su ejercicio se deban suceder en una y otra sociedad, sin posibilidad de que corran de forma simultánea, con el riesgo, entonces, de que pasen los seis meses del art. 11.2,

<sup>5</sup> En realidad, en el ámbito del Espacio Económico Europeo, pero, por simplificar, hablaré de Unión Europea —UE—.

<sup>6</sup> En Italia, el art. 3.3 del DL 108/2008, en relación con el art. 25.3 L 218/1995, lo recuerda expresamente.



Directiva 2005/56, también porque los mecanismos *ex ante* pueden conferir al interesado la posibilidad de bloquear la fusión, ya que la autoridad competente del EM no podrá expedir la certificación previa hasta que el procedimiento haya concluido (*late date/no veto, early date/veto*).

5. ¿Trato distinto a la fusión doméstica?: una cuestión que resulta problemática es hasta qué punto el legislador nacional puede implantar requisitos o limitaciones específicas para la FT, distintas de las previstas para la Fusión Nacional (en adelante, FN), en especial, fuera de aquellos casos en los que la misma Directiva 2005/56 habilite una previsión de ese tipo. De la STJUE del caso *Sevic* parece desprenderse que cualquier diferenciación, para no ser discriminatoria, y por tanto contraria a la libertad de establecimiento, debería estar justificada por razones de interés general, y entre ellas incluía la protección del interés de los acreedores<sup>7</sup>. No obstante, la STJUE de 07/04/2016 (*KA Finanz*) C-483/14, considera que esas disposiciones y trámites han de ser los propios de la FN, sin margen para establecer una regulación diferente para la FT<sup>8</sup>. Esta limitación que soporta el mismo legislador también ha de servir a la hora de resolver las dudas interpretativas que pueda suscitar la legislación nacional aplicable. Se ha de admitir, no obstante, que esa interpretación *in dubio pro FT* tendrá como contrapartida que otros intereses resulten menos protegidos. Pero se ha de entender que en ese conflicto prevalece la valoración institucional de la figura como una manifestación de la libertad de establecimiento.

6. Dificultades en la práctica de la normativa actual: en el marco del plan de acción de 2012, la Comisión UE encargó un completo estudio sobre la aplicación de la Directiva 2005/56 a un consultor externo (*Bech-Bruun/Lexidale*), que fue publicado en septiembre de 2013<sup>9</sup>. Siguió otros dos estudios en 2016, uno a cargo de la profesora SCHMIDT<sup>10</sup>, y el otro de la profesora TRULI<sup>11</sup>. A grandes rasgos

<sup>7</sup> Dice la sentencia: «no cabe excluir que existan razones imperiosas de interés general, como la protección de los intereses de los acreedores, de los socios minoritarios y de los trabajadores ..., así como la preservación de la eficacia de los controles fiscales y de la lealtad de las transacciones comerciales ..., que, en determinadas circunstancias y respetando ciertos requisitos, puedan justificar una medida que restrinja la libertad de establecimiento».

<sup>8</sup> La sentencia se basa en el cdo. 3 Directiva 2005/56, que dice: «con el fin de facilitar las operaciones de fusión transfronteriza, resulta oportuno establecer que, si la presente Directiva no dispone lo contrario, cada sociedad que participe en la fusión transfronteriza, así como cada tercero interesado, sigan estando sometidos a las disposiciones y los trámites de la legislación nacional que serían aplicables en caso de una fusión nacional. Las disposiciones y trámites de la legislación nacional a que se refiere la presente Directiva no deben en ningún caso imponer restricciones a la libertad de establecimiento o de circulación de capital, a menos que dichas restricciones se puedan justificar de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, por razones de interés general, y sean necesarias y proporcionadas para el respeto de dichas exigencias imperativas».

<sup>9</sup> BECH-BRUUN/LEXIDALE; *Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive*. EU publications, septiembre 2013. ISBN: 978-92-79-29930-8.

<sup>10</sup> SCHMIDT, Jessica; *Cross-border mergers and divisions, transfer of seat: is there a need to legislate?* [en línea] European Parliament, Directorate General for Internal Policies, 2016. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020.] Disponible en: [www.europarl.europa.eu/cmsdata/105634/Presentation\\_J\\_Schmid](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/105634/Presentation_J_Schmid).

<sup>11</sup> TRULI; *Ex-post analysis of the EU framework in the area of cross—border mergers and*

y de forma muy esquemática estos estudios han señalado tres grandes grupos de problemas.

— En relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/56 y su incorporación por los EEMM, sobre todo porque algunos EEMM han optado por un ámbito mayor.

— En relación con la protección de socios, acreedores y trabajadores, en particular por la falta de armonización de las medidas protectoras —cuando existen— de los dos primeros.

— Numerosas dificultades en relación con el procedimiento, destacando, en particular: la necesidad de permitir la renuncia a ciertos documentos (un *fast track*); divergencias en las reglas contables; divergencias en las reglas de valoración; problemas con la documentación y la comunicación entre autoridades; la pretensión de algunas autoridades nacionales de que las sociedades extranjeras se sometan de algún modo, aunque sea indirecto, a su legislación nacional en cuanto al cumplimiento de ciertos requisitos y trámites.

Todos estos problemas se dejarán ver en el estudio que sigue, especialmente en relación con el Derecho español, puesto en contacto con otras legislaciones. Con ese trasfondo se entienden mejor muchas de las novedades de la Directiva 2019/2121.

### III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Se impone una observación previa en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 2005/56. A la luz de lo visto en el epígrafe anterior, estar dentro del mismo es una ventaja, pues los EEMM están obligados a facilitar la FT, especialmente al tener que coordinar entre ellos sus procedimientos en la forma vista. Esto no excluye que un EM quiera ir algo más allá, e incluya otras variantes de fusión en su regulación de FT, no expresamente previstas en la Directiva 2005/56. Como dije antes, esto no es necesario para su mera «posibilidad», pues está amparada por la doctrina del caso *Sevic*, pero sí puede serlo para su «practicidad», que siempre estará condicionada —además— a una previsión análoga en el otro EM involucrado, o a la disposición a colaborar de sus autoridades competentes. Pero, supuesto lo anterior, estar fuera del ámbito de la Directiva 2005/56 también puede ser una ventaja, pues el legislador nacional no estará compelido entonces por algunas de las reglas materiales o de procedimiento que establece la Directiva 2005/56, haciendo posible, por ejemplo, la renuncia a algunos de sus requerimientos.

---

*divisions European Implementation Assessment* [en línea]. European Parliament Research Service, diciembre 2016. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020] Disponible en: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/E](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/E).



## 1. Objetivo

### 1.1. Marco legal español y europeo

Expuesto de forma esquemática, el art. 2.2 Directiva 2005/56 define la operación de fusión como la transferencia a otra sociedad ya existente, o de nueva creación, de la totalidad del patrimonio de una o varias sociedades, disueltas sin liquidación, mediante la atribución a sus socios de títulos/participaciones representativas del capital social de la otra sociedad y, en su caso, de una compensación en efectivo que no supere el 10 % de su valor nominal/contable. También incluye la transferencia de todo el patrimonio a la sociedad que posea la totalidad de sus títulos/participaciones, pero no menciona la participación indirecta. Es esencial que las sociedades absorbidas/fusionadas dejen de existir (art. 14 Directiva 2005/56).

Ningún problema plantea esta identificación básica en nuestro Derecho, pues las tres modalidades son reconocibles en la LME (arts. 22, 23 y 53). Pero en la variante internacional hay que comprobar si las otras leyes nacionales comparten el mismo concepto de fusión de sociedades, como la integración de los antiguos socios en la resultante (salvo participación al 100 %), o que la transmisión en bloque del patrimonio social provoque la extinción de la transmitente, con la consiguiente cancelación o baja en su Registro Mercantil —RM— nacional<sup>12</sup>. Para la ley española no sería fusión una operación donde subsistiera una sociedad partícipe distinta de la resultante, cualquiera que sea el lugar ocupado por la sociedad española en dicho proceso. La observación es pertinente porque, para la FN, contempla la DS que la legislación de un EM permita una de las operaciones que regula, sin que todas las sociedades transferidas dejen de existir, disponiendo entonces una aplicación selectiva de sus normas (art. 117 DS, como operación asimilada). Pero la Directiva 2005/56 no recogió aquella excepción y, por eso, no obliga a los otros EEMM a tener en cuenta esa posible especialidad de uno de ellos. Por consiguiente, si la ley personal de alguna de las otras sociedades tolerara aquella subsistencia no se trataría de una FT, y en Derecho español ni siquiera de una fusión, no siendo aplicable la LME, ni siquiera en la variante extracomunitaria del art. 27.2 LME. El problema estará en la comprobación desde el lado español, pues los controles de legalidad no informan sobre el estado de

<sup>12</sup> Cuestión distinta y de índole menor es la posibilidad de una subsistencia limitada en el tiempo, sólo para el cumplimiento póstumo de ciertos trámites especiales para hacer oponible a terceros la transferencia de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las sociedades fusionadas. Igual que el art. 14.3 D. 2005/56, también el nuevo art. 131.3 DS dispone que dichos trámites se aplicarán y serán ejecutados por la sociedad resultante de la FT, pero el art. 105.3 DS del capítulo I señala para la FN que la legislación de los EEMM podrá permitir a la sociedad absorbida continuar, procediendo a estas formalidades durante un período limitado que no podrá fijarse, salvo casos excepcionales, en más de seis meses después de la fecha en que hubiera surtido efectos la fusión. Por mucho que nos sorprenda esa vigencia espectral de una sociedad que ya damos por extinta, y aunque el capítulo II no prevea análoga posibilidad en la FT, precisamente porque no se revela incompatible de modo absoluto con el efecto extintivo propio de la figura, se ha de admitir que algunas de las sociedades extranjeras sigan por un tiempo, también cuando la resultante sea española.

la legislación extranjera y mucho menos sobre la baja definitiva en el registro de origen de la sociedad llamada a extinguirse<sup>13</sup>.

Por la integración de los antiguos socios también quedan fuera modalidades como la fusión triangular, donde aquellos reciben acciones/participaciones de una tercera sociedad<sup>14</sup>, la fusión gemelar sin contrapartida<sup>15</sup>, o los supuestos de *squeeze-out* (art. 114.II DS)<sup>16</sup>. Aquí resulta más fácil el control por las autoridades españolas, al menos respecto de esas especialidades que nuestra LME no contempla para la FT, pues se harán visibles en el proyecto común (como se indica a continuación, la gemelar sí que está prevista en la LME).

## 1.2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

La DS mantiene la tipología de la Directiva 2005/56, pero añade la conocida como fusión gemelar, donde las dos o más sociedades participantes carecen entre ellas de una relación de dominación, pero están participadas íntegramente por un tercero que las controla a todas por medio de una participación directa o indirecta, en cuyo caso la transmisión patrimonial se produce, sin que la sociedad absorbente emita nuevas acciones/participaciones (art. 119.2.d))<sup>17</sup>. A diferencia del art. 52.1 LME, que solo alude a un socio único, la DS también incluye el supuesto de varios socios, cuando sean titulares de los valores/participaciones en la misma proporción en todas las sociedades que se fusionen. No obstante, el supuesto también se considera admisible actualmente en España por razón de clara similitud, pero convendría incluir una mención expresa al supuesto de varios socios, en su caso para la FN en el art. 52 LME, aplicable a la FT por la remisión del art. 55 LME. Fuera de eso, no parece necesario cambiar mucho más en la LME.

<sup>13</sup> Fundamental es esa cancelación, aunque se quiera ver en la FT una forma de reorganización, por la cual la sociedad preexistente de algún modo continúa en la resultante. Es una opinión extendida en Italia, pues en la reforma de 2003 el art. 2504.bis CC dejó de hablar de sociedad «extinta», para hacerlo de sociedades «fusionadas», y por eso se niega la alteridad subjetiva entre la empresa incorporada y la resultante, con la consiguiente continuación de la legitimidad procesal de la empresa que, durante el juicio, se fusionó con otra; a pesar de ello, una vez cancelada, ya no tiene legitimación procesal para iniciar un procedimiento (v. *Cass. Sent.* 23641/2019, de 24/09/2019). Con esa cancelación nos basta.

<sup>14</sup> Sí se regula por algún EM, como Holanda, pero sólo en la fusión *inbound* si el grupo está sometido a la ley holandesa, y la ley nacional de la sociedad que se extingue también lo permite.

<sup>15</sup> Otra vez, Holanda, que la ha previsto para la FN, pero se considera extensible a la FT.

<sup>16</sup> Un caso curioso es el de la «disolución-confusión» o «disolución instantánea» del art. 1844-5 CC francés, y a semejanza suya del art. 1856.bis CC luxemburgués, cuando todas las acciones están en poder de una sociedad y se procede a su disolución, sin liquidación, con transmisión de todo su patrimonio al socio único, aplicándose ciertas normas en protección de los acreedores. Como tal no es una fusión, y no estaría en el ámbito de aplicación de la D. 2005/56, pero si se tratara precisamente de dos sociedades, una de Francia y la otra de Luxemburgo, no está tan claro que entonces se puedan eludir las exigencias de la D. 2005/56.

<sup>17</sup> El supuesto contempla la participación indirecta, a diferencia del previsto en la precedente letra c).

## 2. Subjetivo

### 2.1. Marco legal español y europeo

Según su art. 2.1, la Directiva 2005/56 solo es aplicable a las sociedades de capital, las cuales se identificaban entonces mediante una llamada a la Directiva 68/151CEE, reemplazada después por la Directiva 2009/101/CE y ésta, a su vez, por la DS. La noción de sociedad de capital en la DS viene actualmente delimitada por una remisión a la lista de formas sociales nacionales del anexo II, mas una norma de cierre que aspira a precisar los caracteres generales de la categoría y así permitir la inclusión de otros tipos nacionales que puedan surgir en el futuro (art. 119.1 DS)<sup>18</sup>. En la actualidad, las sociedades de capital españolas que aparecen en ese anexo II y pueden, por tanto, participar en una FT intracomunitaria son la Sociedad Anónima —SA—, la Sociedad Comanditaria por acciones —SCpA— y la Sociedad de Responsabilidad Limitada —SRL— (art. 54.2 LME)<sup>19</sup>.

Un primer problema de orden tipológico es si en la FT pueden cruzarse formas sociales no equivalentes. De la normativa española no se desprende una exigencia expresa de homogeneidad en la FT, y como la regulación general de la FN no impide la fusión heterogénea, también ha de admitirse ahora esta variante, al menos desde la perspectiva del Derecho español. Pero el criterio de la Directiva 2005/56 era algo más matizado, al exigir en su art. 4.1.a) que la legislación de los EEMM permitiera la FT, siempre que la legislación nacional también permitiera las fusiones entre dichos tipos de sociedades. Es decir, un EM podía no permitir la FT intracomunitaria heterogénea, si tampoco la aceptaba en el ámbito nacional<sup>20</sup>. De nuevo, sin embargo, es una limitación cuyo control corresponde a

<sup>18</sup> Esta norma de cierre es la que permitió la inclusión de nuevas formas sociales no previstas en la primera Directiva, como la *kleine Aktiengesellschaft* o la *Unternehmergesellschaft* —UG— alemanas.

<sup>19</sup> Como regla se tratará de sociedades nacionales, en cuanto contrapuestas a la Sociedad Anónima Europea —SE—, y no porque lo prohíba la Directiva 2005/56, sino por razón de compatibilidad con la normativa propia de esta última. El art. 17 del Reglamento 2001/2157, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, dispone que una SE podrá constituirse mediante la fusión de SSAA, bien sea porque una absorbe a otra, con simultánea adopción de la forma SE, bien por constitución de una nueva sociedad con esa forma. Puesto que las disposiciones legales de los EEMM referidas a la SA sólo se aplican a la SE respecto de las materias no reguladas por el Reglamento, o por las disposiciones legales que adopten los EEMM en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a la SE, no resultaría muy coherente que se pudiera constituir una SE desde fuera de este procedimiento, por ejemplo, con intervención de una SRL. Por tanto, cuando se trate de la constitución de una SE por alguna de esas vías, se habrán de aplicar el Reglamento y la LSC, situándonos en el exterior de la LME, y también de la posible mezcla con formas sociales distintas de la SA. Pero así será en caso de constitución, no de absorción de otra sociedad por parte de una SE ya existente, pues el supuesto quedaría entonces dentro de este ámbito, aunque la resultante sea una SE, y entonces sin limitación por la naturaleza de las sociedades absorbidas. No olvidemos que la SE merece la consideración de SA regulada por el ordenamiento jurídico del EM en el que tenga su domicilio social (art. 3 R. 2001/2157) y debe ser tratada como tal a efectos de una fusión, también de este tipo.

<sup>20</sup> Puede ocurrir que la otra legislación vete el mestizaje entre determinadas formas sociales, también en la doméstica (Lituania), o sólo en la doméstica, como ocurre en Grecia (art. 2.4 Ley

la autoridad nacional afectada, no a la española, pues nuestro país no conoce esa limitación por razón de la heterogeneidad y ningún inconveniente podría poner por ese motivo.

Un segundo problema existe cuando alguna legislación nacional extranjera incluye en el ámbito de la FT otras formas sociales, especialmente las sociedades de personas<sup>21</sup>. Surge entonces una duda acerca de la admisibilidad de la operación para el Derecho español, dando por supuesto que la sociedad española participante siempre ha de ser una sociedad de capital, y que la propia normativa extranjera no lo condicione a su aceptación simétrica por los otros EEMM involucrados en la operación (caso italiano). Pero la incidencia también puede ser meramente colateral, como ocurriría en el caso de una sociedad de capital de ese país extranjero que absorba simultáneamente a una coteránea sociedad de personas y a otra de capital española. Los socios de la española realmente no se verían entonces afectados por ese cambio de forma, pues salen de una sociedad de capital para seguir en otra. La manera en que se expresa el art. 54 LME al insertar la exigencia de que las sociedades fusionadas sean de capital para que se pueda hablar de FT, y no sólo la sociedad española involucrada, podrían inclinar por la respuesta negativa. Esto no significa que la fusión sea imposible, sólo que deberá hacerse al margen del capítulo II y con mayores dificultades de orden práctico. Pero creo que la doctrina del TJUE impone una interpretación más flexible del art. 54 LME para dar cabida a cualquier forma social extranjera aceptada por su legislador nacional, siempre que la resultante no sea española.

Junto a estos condicionantes tipológicos pueden concurrir otros por la situación de alguna de las sociedades participantes. Mientras en el ámbito de la FN de SA el art. 89.2 del capítulo I DS deja abierta la posibilidad de admitir la fusión

---

3777/2009), o en Holanda, que admite la heterogeneidad en la FT, pero no en la FN, lo que sería un problema cuando hubiera más de una sociedad de esa nacionalidad involucrada en el proceso de fusión, aunque minorado por la equiparación a estos efectos que establece la ley holandesa entre la SA y la SRL (art. 2:310 CC). Análoga equiparación establece la legislación sueca, que también impone la homogeneidad, pero con alguna excepción. También puede ocurrir que se tenga en cuenta la posición que una determinada forma social ocupa en el proceso para admitir la fusión, como en Polonia donde la SCpA no puede ser la resultante (art. 491 CCC), mientras que en Eslovaquia una SA puede fusionarse con una SRL, pero sólo como resultante.

<sup>21</sup> Es el caso de Italia, pero a condición de que se haya previsto igualmente en las leyes de cada uno de los EEMM de las sociedades que participan en la fusión (art. 2.2 DL 108/2008). En Bélgica el art. 12:106 *Cod. Soc.* remite sin más a las normas de la fusión interna, cuyo art. 12:1 se refiere a todas las sociedades dotadas de personalidad jurídica, lo que incluye a la *société en nom collectif* y a la *société en commandite simple*. También en Luxemburgo se ha ido más lejos, hasta el extremo de incluir a la sociedad civil, en cuanto dotada de personalidad jurídica (art. 1020-1 de la Ley modificada de 1915). En el Reino Unido también las «unregistered companies». Pero, quizá, el caso más curioso sea el de la legislación alemana que en 2019, para facilitar después del Brexit el regreso a Alemania de sociedades con sede real en este país, pero constituidas como «Companies» de Derecho Inglés, ha modificado el § 122b *UmwG* para incluir a las sociedades de personas con menos de 500 trabajadoras. El objetivo es que puedan fusionarse con una comanditaria alemana, donde el socio colectivo sea una SRL (*GmbH&Co.KG*), o su variante simplificada la UG; pero al tratarse de una modalidad que no está dentro del ámbito de la D. 2005/56, se les ofrece la posibilidad de renunciar al informe de fusión (§ 122e *UmwG*).

cuando una sociedad esté en liquidación, siempre que no haya comenzado aún el reparto de sus activos entre los accionistas, nada se establecía al respecto en la Directiva 2005/56. En el caso español la fusión de sociedades en liquidación está expresamente admitida en el art. 28 LME, precepto aplicable a la transfronteriza por la remisión del art. 55 LME. Ningún problema, por tanto, desde la vertiente española, pero puede ocurrir que la otra legislación ponga ese inconveniente<sup>22</sup>. Surge entonces la duda de su forzada importación, justamente cuando la sociedad española se encuentre en dicho estado, pues en el otro la autoridad de su país ya se encargaría de vetarla. De nuevo la respuesta ha de ser favorable a la operación, pues la hipotética prohibición atiende exclusivamente a intereses endémicos de la sociedad afectada, y si la ley española no los considera suficientemente relevantes para impedirla, carece de sentido que así se haga por la valoración de una ley extranjera que no está llamada a tutelarlos.

También el art. 87.2 DS permite que los EEMM no apliquen el capítulo I cuando alguna de las sociedades absorbida o que desaparezca sea objeto de un procedimiento concursal, un convenio o cualquier otro procedimiento análogo. En España no ofrece dudas la posibilidad de que una sociedad declarada en concurso de acreedores tome parte en una fusión, normalmente como absorbida, siendo una opción que se menciona incidentalmente junto a la escisión y la cesión global en el artículo 100.3 LC al tratar del contenido de la propuesta de convenio, y en general las modificaciones estructurales en el art. 190.2 LC. Pero algunas otras legislaciones excluyen esta posibilidad<sup>23</sup>. No hay razón para entender que en España no pueda ser una FT. El contacto con alguna de estas leyes más restrictivas con la española ha de resolverse en los términos vistos para la sociedad en liquidación.

## 2.2. *La Directiva y su repercusión en la legislación española*

El condicionante a la fusión heterogénea del art. 4.1.a) D 2005/56 desaparece en la nueva versión del art. 121.1.a), que ahora ha quedado sin contenido. Por tanto, cualquier restricción a la fusión intracomunitaria entre sociedades de capital, solo por razón de la forma, ha de considerarse contraria a la DS. Y así será, aunque esa restricción exista para la FN. Realmente, en el plano internacional hablar de tipos sociales homogéneos no deja de ser algo ficticio, pues el cambio de régimen jurídico que supone el paso de una SA española a otra extranjera quizá resulte de mayor calado que la conversión de SA en SRL dentro de un mismo or-

<sup>22</sup> Es el caso, por ejemplo, de Bélgica, donde puede participar en la FN como sociedad transferente (art. 12:12 C. Soc.), pero no en la FT (art. 12:106 C. Soc.). También de Polonia, de Hungría, de Chipre o del Reino Unido, pero en estos casos la limitación igualmente se aplica a la FN.

<sup>23</sup> Caso de Malta cuando la sociedad está sujeta a una «court ordered liquidation», de Portugal (art. 97-3 CSC), o de Polonia (art. 491 CCC). Otras lo admiten, pero con ciertos límites, como es el caso de Bélgica, donde sólo puede intervenir como transferente, o de Luxemburgo (arts. 1020-1 y 1030-1 Ley modificada de 1915), y otras muchas guardan silencio, aunque en la práctica se admite su posibilidad al no haber una prohibición expresa.

denamiento. Siendo así, carece de sentido condicionar aquella por una pretensión de homogeneidad que solo resulta coherente en el estricto ámbito doméstico. Con buen criterio se suprime en la DS, aunque no afecta a la LME española, pues no conocía esa limitación.

En cambio, el nuevo art. 120.4.a) DS dispone para la FT que los EEMM «*velarán*» porque el capítulo II no se aplique a la sociedad que «*está en liquidación y haya comenzado a repartir los activos entre sus socios*». La duda es si esta prohibición proyecta un mandato de inclusión en sentido contrario cuando el reparto no haya comenzado, o simplemente se deja a la decisión del EM. Me inclino por lo primero, pues una sociedad de capital disuelta no deja de ser una sociedad de ese tipo, con todo el derecho a beneficiarse de esta operación<sup>24</sup>. En el ámbito español, donde esa posibilidad ya estaba admitida, el único problema puede ser una hipotética superposición de regímenes jurídicos por razón de tutela de los socios, pues en la fusión doméstica claramente se tendría que hablar de reactivación, con el derecho de separación previsto en el art. 370.3 LSC. Creo, no obstante, que ha de aplicarse el especial previsto para la FT, igual que ocurre con el derecho de oposición de acreedores (Res. de 4/11/2015).

A su vez, el art. 120.5 DS deja a criterio de los EEMM que el capítulo II no se aplique a las sociedades que sean objeto de procedimientos de insolvencia o marcos de reestructuración preventiva, o de procedimientos de liquidación distintos del antes señalado, sin referirse expresamente a la posición que ocupe la sociedad. De hacer uso de esta exclusión (*opt out*), se supone que el EM querría evitar un *forum shopping* en perjuicio de los acreedores, pero esta prevención puede tener más sentido en el simple cambio de domicilio social (donde cuenta, además, con una norma específica, art. 3.1 Reglamento 2015/848, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia) que en la fusión. Con mayor razón en el caso de los procedimientos de reestructuración preventiva, ya que la fusión puede ser un mecanismo idóneo de reestructuración, y no tendría sentido obstaculizarla por su carácter transfronterizo<sup>25</sup>. Por otro lado, esta regla se aplica con independencia de que dichos procedimientos formen parte de un marco nacional de insolvencia o estén regulados al margen de dicho marco (cdo. 9 Directiva 2019/2121; la D. 2019/1023 no excluye otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, además de las que se prevean en el correspondiente marco de reestructuración preventiva).

<sup>24</sup> PÉREZ TROYA, Adoración; «La regulación europea de las fusiones de sociedades». En *Derecho de Sociedades Europeo* (AA.VV.). Pamplona: Aranzadi, 2019, pp. 304-324, especialmente, p. 328. ISBN: 978-84-1308-138-0.

<sup>25</sup> A favor de no aplicarles la exclusión, v. PULGAR, Juana; «Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores», *Diario La Ley*, n.º 9568, Sección Tribuna, 6 febrero 2020, p. 30. ISSN:1989-6913.



### 3. Territorial

#### 3.1. Marco legal español y europeo

##### 3.1.1. EL ESTADO MIEMBRO DE CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Es necesario que se trate de sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un EM (art. 1 D 2005/56). El tenor del precepto al hablar de sociedades «*constituidas*», de conformidad con una determinada legislación, llama la atención por un doble motivo. De entrada, porque nada se opone a que el elemento extranjero venga precisamente por la nueva sociedad que se deba constituir, siendo las sociedades que se fusionan y extinguen de una misma nacionalidad, en cuyo caso todavía no está constituida una sociedad con arreglo a esa ley, pero la habrá. Además, porque el dato de la constitución con arreglo a la legislación de un EM tampoco ha de ser relevante. Importa que la sociedad esté sometida a su legislación, aunque se haya constituido con arreglo a la de un Estado no miembro, pero después haya traslado su domicilio a un EM, acogiéndose a su normativa. La norma ha de ser interpretada con esta doble corrección.

Para determinar entonces la nacionalidad de la sociedad de capital cada EM habrá de aplicar sus propias reglas, y en el caso de España los arts. 8 y 9 LSC, en particular el primero de ellos, pues el art. 9 LSC, sobre todo su segundo apartado, sólo es aplicable a las sociedades completa y objetivamente conectadas con España, pero constituidas con arreglo a un Derecho extranjero de un Estado no miembro y con su domicilio estatutario en un tercer Estado fuera de la UE. Aunque *expressis verbis* esas normas sólo indican en qué casos la sociedad ostenta la nacionalidad española, las mismas deben bilateralizarse y, en consecuencia, ser utilizadas para determinar qué ley estatal, española o extranjera, rige la sociedad. En el ámbito de la UE se ha de estar entonces al criterio de la constitución, a estos efectos sustituido por el del domicilio estatutario o registral, como forma de expresar la voluntad de constituirse conforme al Derecho de un EM determinado. Por tanto, al menos dos de las sociedades han de estar domiciliadas registralmente en EEMM diferentes.

##### 3.1.2. EL ESTADO DONDE SE DESARROLLE LA ACTIVIDAD

Como requisito añadido, su domicilio social, administración central o centro de actividad principal se ha de encontrar dentro de la UE. El art. 1 Directiva 2005/56 se expresa en términos de disyuntiva respecto de los tres datos mencionados, y como el domicilio social equivale al estatutario/registral, realmente el primer elemento se solapa con el requisito anterior de la ley a la cual está sometida la sociedad. Por eso, no sólo será posible que la administración central o el centro de actividad estén emplazados en un EM que no sea el del registro, también que ese Estado de situación de la administración o de la actividad no forme parte de la UE, siempre que la sociedad conserve la nacionalidad europea correspondiente al domicilio de los estatutos. Por eso, el Derecho español no puede impedir que

una sociedad española participe en una FT donde la resultante sea una sociedad extranjera, aunque al final la actividad siga radicada en España, y no en el EM de la resultante. Cuestión distinta, a la que luego me refiero, es si el Derecho español puede exigir que la resultante española, en especial cuando sea una sociedad de nueva creación, tenga en España su principal establecimiento o explotación.

### 3.1.3. LA SOCIEDAD EXTRANJERA APARENTE

De acuerdo con las teorías de la sede real (*Sitztheorie*) y la de la incorporación/constitución (*Grundungstheorie*), y el aparente posicionamiento del TJUE a favor de esta última, pudiera ocurrir que la sociedad constituida con arreglo a la legislación de un EM tenga su domicilio real en otro distinto, incluso en el territorio de la otra sociedad que se fusiona. Para los países que siguen la primera doctrina se trataría de una sociedad extranjera sólo en apariencia (*Scheinauslandsgesellschaften, pseudo-foreign corporations*), o de una sociedad sujeta a dos legislaciones que simultáneamente se reconocen competentes (*société binationales*, doble nacionalidad). En cualquiera de los dos casos se pondría en duda la extranjería de la sociedad y con ello el fundamento mismo de la FT. Pero esta circunstancia no impide la fusión y se deberá tener en cuenta la legislación correspondiente al Estado de constitución, y no de la ubicación efectiva<sup>26</sup>.

### 3.1.4. LA INTERVENCIÓN DE UNA SOCIEDAD EXTRACOMUNITARIA

Algunos EEMM han llevado esta regulación más allá de los límites de la UE, y admiten que siga siendo a estos efectos FT, aunque participe la sociedad de un estado no miembro<sup>27</sup>. Se vuelve a plantear entonces el problema de la viabilidad en España de una FT con espectro espacial superior, cuando interfiera una legislación nacional más espléndida, especialmente si es la correspondiente a la sociedad resultante. Indudable la respuesta negativa cuando esta última se sitúe fuera de la UE, pero puede ocurrir que en la FT intervengan tres sociedades, y que tanto la española —absorbida— como la absorbente —extranjera, de un EM que lo admite— cumplan este requisito espacial, pero no la tercera sociedad

<sup>26</sup> Sería el caso de una fusión entre una sociedad holandesa con sede real en Luxemburgo (Holanda aplica doctrina de la constitución y Luxemburgo de la sede real), y otra luxemburguesa, ya que estrictamente para Luxemburgo se trataría de una FN. Por obvias exigencias de seguridad jurídica se ha de tratar como una FT.

<sup>27</sup> Es el caso de Luxemburgo donde el art. 1020-1 de la Ley modificada de 1915 dispone que la fusión transfronteriza es posible, tanto por emigración como por inmigración de la sociedad, siempre que la normativa extranjera no se oponga a ello, aunque falte una autorización expresa. También de Bélgica donde el campo de aplicación del *Titre 6 Chapitre 1er* del *Code des Sociétés* no está limitado a los EEMM de la UE. Mientras que en el caso de Italia el DL 108/2008 se aplica a la fusión transfronteriza en la cual participa o resulta una sociedad que no tenga «*nella Comunità europea né la sede statutaria, né la amministrazione centrale, né il centro de attività principale*» (art. 2.2), siempre que esté igualmente prevista en la normativa del otro Estado, y con una aplicación selectiva de sus normas.



absorbida. Desde la perspectiva estricta del procedimiento el Derecho español no está afectado, pues el control de legalidad último corresponde al EM de la resultante, que sí admitiría esta posibilidad, limitándose el RM español a certificar sobre la legalidad de la parte del proceso llevada a cabo en nuestro país<sup>28</sup>. Como en el caso del presupuesto subjetivo anterior, aunque el elemento espacial infiltra en nuestro Derecho el concepto mismo de fusión transfronteriza del art. 54 LME, creo que no siendo española la sociedad resultante se debe admitir esta variante de FT, siempre que la legislación del EM de la sociedad resultante la acepte.

### 3.2. *La Directiva y su repercusión en la legislación española*

En este punto no hay cambio en la DS.

## 4. Acotamiento adicional del ámbito de las fusiones transfronterizas

### 4.1. *Marco legal español y europeo*

El art. 3.2 Directiva 2005/56 autorizó a los EEMM a excluir a la sociedad cooperativa, posibilidad de la que hizo uso el legislador español en el art. 56.1 LME. Pero algunos EEMM no lo han hecho así e incluyen expresamente a la sociedad cooperativa, o no la excluyen cuando cumple las condiciones prescritas para ser considerada sociedad de capital<sup>29</sup>. Dando por supuesto que una cooperativa española nunca podría participar en una FT de este tipo, el problema se plantea cuando la cooperativa extranjera es la sociedad resultante, o simplemente una más de las que se extinguen. Quizá se deba admitir este segundo supuesto, pero no el primero, pues pasar de socio de una sociedad de capital a miembro de una cooperativa implica una transformación que en nuestra legislación interna se somete requisitos especiales (art. 7 LME), los cuales habrían de aplicarse por identidad de razón a una fusión heterogénea de esta naturaleza. Por consiguiente, de pretenderla con proyección internacional, el procedimiento a seguir no puede ser el armonizado del capítulo II.

Más problemática se presenta la posible admisión de una compensación en metálico superior al 10%<sup>30</sup>. No es un tema menor, pues una ampliación desme-

<sup>28</sup> Puede ocurrir, incluso, que el desvío del paradigma legal español se produzca de forma bastante oblicua, cuando la sociedad extracomunitaria tenga su sede real en la UE, y tal vez en un EM que aplica la *Sitztheorie*, de forma que para este mismo EM se trataría de una sociedad nacional y por tanto comunitaria.

<sup>29</sup> Caso de Italia, Bélgica, Luxemburgo, Chipre, Chequia, Hungría, Suecia o Eslovaquia, mientras que Holanda excluye la cooperativa nacional, pero incluye la europea, o Finlandia, que la admite en ciertas fusiones intragrupo.

<sup>30</sup> Hay EEMM que ignoran esta limitación, como Dinamarca, Finlandia o el Reino Unido. Otros sólo la aplican a unas formas sociales, pero no a otras (Letonia, sólo para la SA). Un caso especial es Suecia, donde basta con que las acciones/participaciones representen más del 50% y el resto sea en dinero (art. 23:2 y art. 23:36 CA 2005).

dida del pago en metálico puede conducir a la desvirtuación de la figura, ya que la fusión está destinada a integrar por medio del canje en la resultante a los socios de la sociedad que se extingue. Así habría de ser, aunque los socios de la sociedad española no estuvieran afectados por tal modalidad especial de canje, o ni siquiera haya todavía sociedad española, por ser de esta nacionalidad sólo la de nueva creación. Para evitarlo, y acogiendo expresamente la facilidad que entonces formulaba el art. 3.1 Directiva 2005/56, dispone el art. 57 LME que ese hecho no será obstáculo para la realización de una FT intracomunitaria, cuando la legislación de, al menos, uno de los EEMM afectados permita que la compensación en efectivo supere aquel límite. En este caso la norma comunitaria favorece al ordenamiento más liberal, pues constriñe al más riguroso a tener que aceptar la modalidad internacional de la fusión, aunque idéntica operación no sea posible en el plano doméstico. La duda está entonces en el alcance de la excepción, es decir, si como socios de la sociedad española que se extingue han de aceptar acciones/participaciones de la sociedad resultante en una proporción inferior a la correspondiente al valor real del patrimonio de su sociedad, a cambio de una compensación en dinero más alta. No parece que la norma española se exprese en términos que supongan la aplicación extraterritorial de la ley extranjera, pues realmente sólo desbloquea una operación, inviable de otro modo por falta de adecuación al concepto nacional de fusión. Los socios sujetos a la otra legislación sí que han de recibir ese pago superior al 10 % cuando su ley lo permita, pero no los de la española. En cambio, ningún problema habrá cuando española sólo sea la resultante, pues la finalidad de la norma es proteger a los socios de las sociedades que se extinguen.

Por último, tampoco se aplica a las sociedades de inversión (art. 3.3 Directiva 2005/56 y art. 56.2 LME)<sup>31</sup>.

#### 4.2. *La Directiva y su repercusión en la legislación española*

El art. 120.2 DS se reitera la posibilidad de excluir a la sociedad cooperativa, y en la exclusión imperativa de las sociedades de inversión. Respecto de la compensación en metálico mantiene el mismo criterio de antes en el art. 120.1 DS.

### 5. **Oposición por motivo de interés público**

#### 5.1. *Marco legal español y europeo*

El art. 4.1.b) Directiva 2005/56 establece que las disposiciones legales de un EM que permitan a sus autoridades nacionales oponerse a una FN «*por motivos de interés público*» también serán aplicables a una FT. En España, el art. 58 LME

<sup>31</sup> No obstante, algunos EEMM las incluyen, como Hungría o Irlanda, a pesar de que la norma es imperativa y no da opción.

acoge esta regla, pero habla de «*imponer condiciones*» en lugar de oposición<sup>32</sup>. Esta disposición tiene una excepción, ya que las normas que permiten al Gobierno español imponer esas condiciones a una FN no podrán invocarse cuando resulte aplicable el art. 21 del Reglamento 139/2004, de 20 de enero, es decir, cuando se haya obtenido la oportuna autorización, en las fusiones dimensión comunitaria, de la Comisión para llevarla a cabo.

## 5.2. *La Directiva y su repercusión en la legislación española*

Mantiene la regla sin cambios en el art. 121.1.b) DS.

# IV. PROYECTO COMÚN DE FUSIÓN

## 1. Marco legal español y europeo

### 1.1. *Autoría y firma del proyecto común*

El órgano competente es asunto de cada legislación nacional, por eso el art. 5 Directiva 2005/56 alude a órganos de dirección o de administración, pues, en ocasiones, también es necesaria la intervención del Consejo de vigilancia (Holanda). Por idéntica razón, el control con ocasión de su depósito en el RM corresponde a la autoridad de cada país, sin que el RM español deba entrar en qué representantes suscriben el proyecto común por las sociedades extranjeras. En ese sentido, nada se dice en la Directiva 2005/56 sobre la firma del proyecto, a diferencia de lo que hace la ley española para la FN (art. 30.1 LME)<sup>33</sup>. Por eso, para su depósito en el RM español, se ha de estar a la exigencia de firma del documento por los administradores de todas las sociedades, con independencia de que alguna de las legislaciones implicadas se muestre más benévola. Tema distinto es que se trate de la firma de todos los administradores, con indicación entonces de la causa por la que falte una de ellas (art. 30.1 LME). Aquí ya entramos en una cuestión de orden interno, pues sólo respecto de la sociedad española será necesario advertirlo para su verificación por el RM, no así respecto de las sociedades extranjeras, aunque dicha normativa conozca una exigencia análoga para la FT, como es el caso de Holanda. Basta con la presencia de alguna firma en representación de la sociedad y la consignación del cargo del firmante, pero el control de su número, o de la competencia para suscribir el proyecto<sup>34</sup>, sólo corresponde a la autoridad de su nacionalidad y tal comprobación se hará visible con la certificación previa<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Algunos EEMM no la han traspuesto, así Grecia o Luxemburgo.

<sup>33</sup> En la normativa de otros Estados sí que se habla expresamente de la firma del proyecto, como es el caso de Finlandia o Dinamarca, fuera de los que ya exigen la forma notarial (Alemania, Austria) o expresamente la legitimación de la firma (Rumanía).

<sup>34</sup> En Malta, por ejemplo, se exige la firma, al menos, del director y del secretario de la compañía, pero no es un extremo que deba conocer, ni controlar el RM español.

<sup>35</sup> En ocasiones puede figurar la firma de un tercero, como ocurre en Austria cuando la oferta

## 1.2. Contenido del proyecto común

El art. 5 Directiva 2005/56 detalla el contenido del proyecto común de fusión, que tiene su reflejo en España en los arts. 31 y 59 LME. Este es un punto donde no siempre resulta fácil coordinar en un mismo documento los requerimientos y las exigencias propias de cada legislación nacional. Así, por ejemplo, con el tipo de canje surge la dificultad de dar una aplicación estricta a la norma del art. 25.1 LME, que atiende expresamente al valor real del patrimonio, cuando las otras legislaciones aplicables no establezcan una condición análoga, de hecho tampoco impuesta por la Directiva 2005/56<sup>36</sup>. La aplicación acumulada puede forzar a las otras sociedades a tener que respetar ese límite para la española, pero no priva a las sociedades participantes de la posibilidad de elegir el método de valoración que consideren más adecuado, aconsejándose que los administradores de las sociedades acuerden previamente aplicar el mismo para todas<sup>37</sup>. También, respecto de la mención 4.<sup>a</sup>, relativa a los derechos especiales, se han de tener en cuenta las más que probables diferencias existentes entre las diferentes legislaciones, pues unos derechos pueden estar reconocidos en una ley, pero no en la otra<sup>38</sup>. Por este medio también se informa a los socios de la resultante sobre la situación de esos sujetos, al objeto de que puedan verificar así con tiempo suficiente la manera en que les afectará ese estatuto especial. En cuanto a la referencia a la fecha de efectos contables, de acuerdo con lo previsto en el Plan General de Contabilidad de la mención 7.<sup>a</sup>, lógicamente se habrá de adaptar al régimen contable de cada una de las sociedades participantes, con posibilidad de establecer fechas distintas para cada sociedad transferente según su legislación nacional cuando sean varias, pues una correlación exacta entre las fechas sólo ha de existir con la sociedad resultante<sup>39</sup>. Respecto de la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio de cada sociedad que se transmita a la sociedad resultante (mención 9.<sup>a</sup>) suele destacarse la ascendencia francesa del requisito, que plantea, como se destaca sobre todo en Alemania, la exigencia de tener que recoger en el proyecto los valores por los cuales se contabilizarán dichos elementos en el balance de la resultante. No se trataría, por tanto, de informar sobre el valor real del patrimonio tenido en cuenta para fijar el tipo de canje, ya que para eso hay otros

de compensación en metálico se hace por un tercero, pues dicho ofrecimiento puede recogerse en el plan de fusión, o en una declaración independiente de tipo notarial o judicial.

<sup>36</sup> Es el caso alemán, donde se considera que no hay un método único, sino distintos métodos, que deberán ser aplicados en función de las circunstancias (sentencia del BGH de 29/09/2015-II ZB 23/14).

<sup>37</sup> En Bulgaria el tipo de canje se ha de referir a una determinada fecha, y respecto de los pagos en metálico se ha de especificar la fecha del mismo.

<sup>38</sup> Pensemos, por ejemplo, en las acciones de voto doble del Derecho de Francés (art. L225-123 *Code de Commerce*), que no podrían subsistir en la SA española resultante.

<sup>39</sup> Hay que tener en cuenta dos fechas relevantes, la de efectividad de la fusión, que se rige por el art. 12 D. 2005/56, y la de efectos contables, que se debe reflejar en el proyecto (art. 5.f) D. 2005/56), pero queda sometida al criterio de las distintas legislaciones nacionales. El problema surge porque algunos EEMM disponen que la fecha contable debe preceder a la de efectividad, mientras que otros imponen su coincidencia. Sería el caso, por ejemplo, de la absorción una sociedad alemana (primer grupo) por una rumana (segundo), al haber un tiempo durante el cual ninguna de las dos contabiliza las operaciones.

documentos, sino de anticipar los criterios de contabilización. Sin embargo, no es un requisito que en España para la FN se venga interpretando de este modo, pues muchas veces se cumple con una mera remisión al balance de fusión, o con una mención a las valoraciones especiales que se hayan tenido que realizar para determinar el tipo de canje. Por otro lado, consideraciones de orden práctico exigirán introducir contenidos adicionales en el proyecto, en términos no muy distintos a como ocurre en una FN. Así, por ejemplo, cuando sean varias las sociedades que se extingan y de distinta nacionalidad, parece conveniente prever fechas distintas en la mención 6.<sup>a</sup> del artículo 31 LME, respecto del momento a partir del cual se tiene derecho a participar en las ganancias de la sociedad resultante, pues no todas las sociedades pueden contar con la misma fecha de cierre del ejercicio social, y esta circunstancia resulta de gran importancia si el cambio de ejercicio se produce antes de la culminación del proceso.

c) La incidencia de las distintas legislaciones nacionales en el contenido del proyecto común no estuvo exenta de polémica la posibilidad en el marco de la Directiva 2005/56 de imponer en las distintas legislaciones nacionales nuevas y adicionales exigencias al contenido del proyecto común de FT. Ciertamente el art. 5 de la misma se inclina por esa posibilidad al disponer que el proyecto contendrá «al menos» las menciones que indica, pero el cdo. 4 de aquella parecía atribuir la libertad de incorporar otros elementos en el proyecto sólo a las sociedades, no a los EEMM. De todas formas, al final algunos EEMM así lo han hecho. Por eso, con independencia de que siga siendo necesario acotar una publicidad específica en cada territorio, cuando la legislación de un EM haya optado por la inclusión dentro del proyecto de una determinada mención no quedará más remedio que llevarla al mismo. Esto no significa que todas las exigencias singulares previstas en una legislación deban afectar también a las sociedades extranjeras. Simplemente serán menciones concretas que han de figurar en el proyecto común, sólo para la sociedad de esa nacionalidad. Se impone así el criterio acumulativo por razón del documento, no de los sujetos obligados. En cambio, si la normativa propia permite cumplir ese requerimiento al margen del proyecto por tratarse de una cuestión de mera publicidad o informativa quedará como un requisito documental endémico de esa sociedad, por completo extraño al proyecto común. En cada caso habrá que estar a lo dispuesto por la normativa nacional y al tipo de documento o información demandada<sup>40</sup>. En ocasiones esas asimetrías en la información también surgen porque ciertos requerimientos informativos, comunes en su enunciado dentro el proyecto, después no deben ser satisfechos con el mismo

<sup>40</sup> Con carácter general la situación ya se contempla en Italia, donde el artículo 6.1.h) DL 108/2008 se refiere expresamente a «*le ulteriori informazioni la cui inclusione nel progetto comune è prevista dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera*». Normalmente esa información sólo afectará a la sociedad cuya legislación personal la reclama, provocando una asimetría informativa, pues no se recogerán las mismas explicaciones o datos para todas las sociedades, ya que las demás podrán prescindir de darla, como es el caso para España del impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. También de Portugal, donde se exige, por remisión de la norma sobre la FT (art. 117-C CSC) a la regulación de la FN (art. 98 CSC), que el proyecto informe sobre los motivos y objetivos de la fusión, requerimiento que sólo habría de cumplir la portuguesa en el proyecto común.

detalle y extensión por cada una de las sociedades implicadas, pues en cada una se ha de estar a las exigencias de la normativa nacional respectiva<sup>41</sup>. Esta incorporación por arrastre de requisitos extraños a la legislación española puede provocar al final el sometimiento de la sociedad española a requerimientos informativos algo novedosos, cuando la información requerida por la legislación del otro país se refiera a todas las sociedades participantes en la FT y sea necesario suministrarla para permitir que la autoridad de ese EM cumpla con su propia norma<sup>42</sup>.

Distinta de la mera superposición de nuevas menciones es la interconexión recíproca entre las distintas legislaciones nacionales que hagan necesaria la inclusión en el proyecto de nuevos apartados. En este sentido no es infrecuente que se deban destacar en el proyecto común de fusión ciertas obligaciones que recaen sobre la sociedad absorbente, por razón de los mecanismos de tutela de socios/acreedores de alguna de las sociedades extranjeras que se extinguen. Así será, no obstante, por razón de la normativa nacional reguladora de esos mecanismos de protección, ya que, si ésta permite diferir en el tiempo su cumplimiento, normalmente será como contrapartida a la inmediata realización de la FT, convirtiéndose en un requisito sujeto a control en la certificación previa. Desde esta perspectiva no deja de ser una consecuencia del mecanismo de la sucesión universal, pues la obligación previamente asumida por la sociedad extinta, simplemente se traslada a la resultante, aunque con la particularidad de haberse activado por el mismo proceso de fusión. El proyecto común suele ser el mecanismo normalmente escogido por la ley nacional para hacer explícitos los compromisos asumidos por la sociedad resultante. Esta aclaración adquiere especial relevancia en el nuevo escenario de la DS, al haberse armonizado para todos los EEMM los mecanismos de protección de socios/acreedores en los términos que examino *infra*, y lo ha hecho en términos que proyectan hacia la sociedad resultante sus consecuencias.

d) Efectos de la suscripción del proyecto común: en España la suscripción del proyecto de fusión impone a los administradores el deber de abstención respecto de los actos o contratos que pudieran comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje de las acciones/participaciones (art. 30.2 LME). Puede que las reglas de las distintas legislaciones no sean

<sup>41</sup> Pensemos que en Derecho alemán los trabajadores o sus representantes no reciben la información de las consecuencias de la fusión sobre el empleo a través del plan de fusión, sino en la FT por el informe de los administradores (§ 122e UmwG), de ahí que la información de aquél se limite a los aspectos laborales que resultan de interés para los socios. Aunque en Derecho español los trabajadores también reciben información por el proyecto (art. 39.1 LME), no hay motivos para aplicar un criterio diferente. En cambio, cuando participe una sociedad austriaca, la situación cambia, ya que el proyecto habrá de informar respecto de la misma sobre las consecuencias de la fusión sobre el empleo, pero especialmente sobre la situación laboral de los trabajadores y las condiciones de trabajo (§ 5.1.4 EU-VerschG).

<sup>42</sup> Sería el caso, de fusionarse con una sociedad holandesa, de tener que informar en el proyecto sobre la continuación o la terminación de las actividades de cada sociedad que desaparece, o sobre el impacto de la fusión en las reservas disponibles y en el valor del fondo de comercio de la sociedad resultante de la fusión. También en Portugal de la información sobre las participaciones recíprocas en el capital de las sociedades, pues se entiende que cada sociedad también ha de informar en el proyecto sobre sus participaciones propias, en este caso, aunque fuera española.



coincidentes, y en general vendrán muy condicionadas por la postura de cada una sobre la naturaleza del proyecto, ya sea en general para cualquier clase de fusión, bien para la modalidad específica de FT. Los administradores de la sociedad española no han de quedar sometidos sin más a las reglas de conducta previstas en una legislación extraña, de ahí que, si se considera conveniente, lo mejor sea su imposición a todas las sociedades por la vía de un pacto expreso incorporado al proyecto de fusión, o recogido en un documento complementario. Ahora bien, respecto de la española, sí que parece aplicable la limitación temporal de los seis meses para la aprobación del proyecto de fusión por la JG de todas las sociedades que participen en la fusión del art. 30.3 LME, con independencia de las otras leyes nacionales. Se trata de una norma singular que impide la continuación de la fusión desde la parte española, aunque es posible encontrar limitaciones temporales parecidas en otras leyes nacionales, que también habrán de ser tenidas en cuenta<sup>43</sup>.

e) Idioma del proyecto común: es de suponer que habrá tantas versiones lingüísticas como idiomas propios de los EEMM implicados, debiendo suscribirse todas ellas por los administradores. En cada RM se presentará entonces el ejemplar propio en ese idioma. También es posible, normalmente cuando solo sean dos los idiomas implicados, el empleo de la doble columna. Pero nada impide que el proyecto se redacte en una sola lengua, y que ésta no sea española, en cuyo caso para el depósito en el RM español será necesario un ejemplar en nuestro idioma. También conviene indicar en el proyecto qué versión ha de prevalecer en caso de discordancia, siendo lo más razonable que se trate de la correspondiente a la nacionalidad de la sociedad resultante, pero sin descuidar que algunas leyes extranjeras tienen normas propias al respecto que no podrán ser ignoradas<sup>44</sup>.

f) Forma del proyecto común: nada dice la Directiva 2005/56 y tampoco el Derecho español establece una exigencia especial de forma para el proyecto de fusión y su posible depósito en el RM. En España el RM verifica entonces el nombre, cargo y número de los firmantes para su confrontación con los datos del mismo RM, con las limitaciones ya indicadas para los de las sociedades extranjeras, pero el proyecto, ni es elevado a escritura pública para este fin, ni ha de presentarse con sus firmas legitimadas, o al menos esta legitimación no se exige de

<sup>43</sup> Así, en el caso de Malta son tres meses desde la publicación del proyecto para el acuerdo de la Junta general de la sociedad de esa nacionalidad. En Dinamarca cuatro semanas desde la firma para su presentación ante la autoridad competente. Otras veces el problema no vendrá tanto por la imposición de un límite análogo en la ley extranjera, como por la exigencia de un plazo de antelación para la JG tan prolongado que ponga en peligro la observancia del previsto en la ley española, ya que éste tiene en cuenta el acuerdo de las JJGG de todas las sociedades, aunque sólo sea para impedir la continuación de la fusión por la nuestra. Por ejemplo, aunque la ley rumana establece un plazo máximo de dos meses para el acuerdo, en caso de oposición de los acreedores aquél no empieza a correr hasta que se hayan resuelto las reclamaciones sobre el pago o la garantía, lo que quizá termine por demorarse más de seis meses desde la firma del proyecto.

<sup>44</sup> Por ejemplo, la legislación checa da prevalencia a su versión lingüística cuando es la nacionalidad de la sociedad resultante; en Dinamarca el texto danés será preferido para los aspectos sometidos a su Derecho.

manera expresa. Otras legislaciones no se muestran tan benévolas y exigen, bien que el proyecto se eleve a escritura notarial, bien alguna forma de autenticación de las firmas<sup>45</sup>. Pero al constituir el proyecto de fusión un punto de encuentro de todas las sociedades participantes, y por aquí de sus leyes nacionales, se impone la aplicación de la norma más rigurosa, pues ninguna razón hay para deducir del silencio de la Directiva 2005/56 sobre este tema un posicionamiento contrario a la exigencia de algún requisito de forma. Esta interpretación contradiría abiertamente la remisión del artículo 4 .1.b) de la Directiva 2005/56 a las disposiciones y trámites de cada legislación nacional. Tampoco el carácter común del proyecto permite suscribir documentos separados, cada uno con sus requisitos de forma, o atender sólo a la normativa de la sociedad resultante, pues su aplicación preferente se ha previsto para el tramo final. La única solución pasa por la aplicación acumulada de las distintas legislaciones y, por tanto, la imposición de la norma más rigurosa en cuanto a la forma, aunque la Directiva 2005/56 no prevea requisitos al respecto (un supuesto *gold plating*). Puesto que la ley española no se caracteriza en este punto por su rigurosidad, son las otras leyes aplicables las que impondrán la forma notarial para el proyecto de fusión, aunque pueda llevar a una intervención notarial duplicada, al ser necesario después el otorgamiento de una escritura pública de fusión que dé cumplimiento a las exigencias propias del Derecho español.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

El art. 122 DS detalla el contenido del proyecto común de fusión, manteniendo la locución «*al menos*» antes destacada. Aparte de algún cambio menor, pero significativo, como el hecho de añadir una referencia al «*instrumento de constitución de la sociedad resultante*», junto a los estatutos, cuando fueron objeto de un acto separado (i)), en lo que supone un claro reconocimiento de la formalidades propias del EM afectado, el cambio más relevante es la inclusión de dos nuevas letras, m) y n), la primera sobre los detalles de la oferta de compensación en efectivo para los socios, y la segunda sobre la garantía ofrecida a los acreedores, tales como fianzas y prendas. Ambas indicaciones plasman en el proyecto común uno de los cambios más importantes de la DS, cual es la armonización respecto de la protección de socios y de acreedores, a través de mecanismos que operan *ex ante*, pero pueden producir efecto *ex post*, una vez inscrita la fusión en el RM de la sociedad resultante. La nueva situación generaliza lo antes dicho sobre la interconexión recíproca entre las distintas legislaciones nacionales, pues deberán detallarse en el proyecto común, para cada una de las sociedades involucradas, las circunstancias de unos mecanismos de tutela que, pensados para los socios/acreedores de cada una, terminan repercutiendo en la sociedad resultante.

<sup>45</sup> Uno de los casos más claros es el alemán, donde ha de documentarse notarialmente el plan de fusión, pero no el posible proyecto (§ 122c *UmwG*).



Vale la pena recordar cómo en la propuesta de Directiva se quisieron resolver algunos de los problemas antes indicados, como los relativos a la lengua del proyecto común, autorizando a los EEMM a que permitieran la utilización de una lengua habitual en el ámbito de los negocios y las finanzas internacionales (eufemismo para referirse al inglés) y la necesidad de especificar la versión lingüística prevalente, así como una regulación muy detallada de la fecha contable, disponiendo que ésta sería la de eficacia de la fusión, salvo acuerdo de las sociedades, sujeto a ciertos límites. No prosperaron.

La LME habrá de incorporar a las menciones del proyecto común las dos nuevas indicadas y habrá de hacerlo solo para la FT, al no coincidir los mecanismos protectores con los previstos en la FN.

## V. PUBLICIDAD

### 1. Marco legal español y europeo

El modelo publicitario del art. 6 Directiva 2005/56, después de su reforma por la Directiva 2009/109, de 16 de septiembre, sobre obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones/escisiones, sigue basculando sobre la publicidad registral, pero no modo exclusivo. En principio, el proyecto común de FT debe ser objeto de publicidad en el RM nacional en la forma prescrita por cada EM, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la primera Directiva 68/151 (ahora, art. 16 DS), como mínimo un mes antes de la JG<sup>46</sup>. No obstante, la sociedad queda exenta de esta publicidad si, durante el mismo plazo, pone a disposición «*del público*» aquel proyecto en su página web. A pesar de esto último, los EEMM podían exigir que la publicidad se realizara a través de la plataforma electrónica central del art. 3.4 D. 68/151, y en caso de utilizar otro sitio web, debería publicarse en dicha plataforma una referencia que diera acceso al mismo, siempre con la antelación indicada. Además de lo anterior, con carácter general y para cualquier modalidad divulgadora del proyecto, debía publicarse determinada información en el boletín oficial de cada EM. En particular, había de recogerse una indicación, «*para cada una de las sociedades que se fusionen, de las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores y, cuando proceda, de los socios minoritarios de las sociedades que se fusionan, así como la dirección donde pueden obtener, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones*».

En su traslado al Derecho español dispone el artículo 66.1 LME que será aplicable a la sociedad sujeta a la legislación española lo dispuesto sobre publicación de las fusiones con carácter general, lo que demanda, en relación con el proyecto de fusión, y solo con él, la observancia del art. 32 LME. En la versión inicial de la LME de 2009 los administradores estaban obligados a presentar un ejemplar

<sup>46</sup> Algún EM alarga el plazo, así seis semanas en Bélgica (art. 12:112 *Cod. Soc.*); 40 días en Lituania.

del proyecto común de fusión para su depósito en el RM correspondiente a cada una de las sociedades sujetas a la legislación española que participa en la fusión. Tras la reforma de la LME por el RDL 9/2012, de 16 de marzo, no sólo se admite una alternativa al depósito registral del proyecto, también se ha eliminado del precepto toda alusión a la calificación del RM. Por consiguiente, su control es formal, circunscrito a la suscripción del documento en los términos antes indicados. El sistema opcional es la inserción del proyecto común de fusión en la página web de las sociedades españolas participantes en la fusión, página que ha de cumplir con una serie de requisitos para ser considerada a estos efectos como página corporativa (art. 11 bis Ley de Sociedades de Capital —LSC—). Queda al margen la posibilidad incorporada finalmente en la Ley 1/2012, de 22 de junio, de que el proyecto sea objeto de un depósito voluntario en el RM, aunque se hubiera difundido a través de la página web de la sociedad. Por último, la ley española no establece un plazo concreto para el depósito o inserción en la página web, pero alguna otra ley nacional sí que lo hace, lógicamente con trascendencia sólo para su propio RM<sup>47</sup>.

Verificado el depósito o la inserción en la página web, se comunicará al RMC para publicar inmediatamente y de forma gratuita en el BORME el hecho del depósito/inserción, la fecha en que hubiere tenido lugar y la página web en la que figure (art. 32.2 LME). En la primera versión del precepto el anuncio del BORME correspondiente al depósito debía reflejar la denominación, el tipo de sociedades y el domicilio de las sociedades que se fusionan, así como sus datos registrales. Con ocasión de la reforma por la Ley 1/2012 esta exigencia desapareció, pero son datos básicos que en todo caso deben aparecer, salvo los de RM en caso de inserción, pues la información se encuentra en la página web. En cualquier caso, esta interpretación es necesaria en la FT para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6.2.b) Directiva 2005/56.

Por otro lado, la LME ha separado los datos que deben publicarse en el boletín oficial del EM según el art. 6.2 Directiva 2005/56, pues los de los apartados a) y b) se incluyen en la información relativa al proyecto de fusión en general, mientras que las condiciones del apartado c) reclaman en apariencia una publicidad específica. Para cumplir con esta última el art. 66.2 LME dispone que deberá publicarse en el BORME una indicación de las condiciones relativas a los acreedores y los socios. No queda muy claro en nuestra ley si se trata de un anuncio específico, solo para esto, y en todo caso anterior al acuerdo de la JG, o si cabe utilizar alguna de las publicaciones/comunicaciones ya previstas legalmente, como la del proyecto de fusión, la convocatoria de la JG, o la del mismo acuerdo de fusión, que ha de ser objeto de una publicación específica en el BORME (y en un diario), donde ya se debe dar cuenta del derecho de oposición de los acreedores (art. 43.1 LME), en cuyo caso bastaría con añadir algunas indicaciones complementarias sobre los derechos de los socios en la sociedad española y —muy— escueta información sobre la legislación extranjera.

<sup>47</sup> Cuatro semanas desde la firma en Dinamarca; un mes desde la firma en Suecia.

La finalidad de la norma comunitaria es proporcionar a los socios y a los acreedores una información adelantada sobre las condiciones de la FT, y sobre la propia naturaleza internacional de la fusión, pero tengo la sensación de que en esta materia se han infiltrado exigencias propias de ordenamientos jurídicos donde sí que está justificada esa anticipación y exhaustividad de la información<sup>48</sup>. De todos modos hay que cumplir con ella<sup>49</sup>.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

En este punto los cambios que introduce la DS son importantes y tendrán repercusión en nuestro Derecho nacional. De entrada, con igual antelación de un mes respecto de la JG, habrá de ponerse a disposición del público en el RM del EM de cada una de las sociedades que se fusionen lo siguiente:

+ el proyecto común de fusión, que, no lo olvidemos, ahora incluye información detallada sobre la compensación ofrecida a los socios que se separen y sobre las garantías ofrecidas a —ciertos— acreedores;

+ un aviso por el que se informe a los socios, acreedores y representantes de los trabajadores de la sociedad que se fusiona o, cuando no existan tales representantes, a los propios trabajadores, de que pueden presentar a su sociedad respectiva, a más tardar cinco días laborables antes de la fecha de la JG, sus observaciones relativas al proyecto común.

En los supuestos de simplificación (titularidad del 100 % o fusión gemelar, cuando no haya asignación de acciones/participaciones de la absorbente) se elimina también del proyecto la oferta de compensación (art. 132.1 DS).

<sup>48</sup> Es el caso de Alemania, donde la FT registra importantes cambios en las condiciones de ejercicio de ciertos derechos en comparación con la FN. Así, en la FN es la sociedad resultante la que hace la oferta de compra de las participaciones del socio disidente (§ 29 *UmwG*), mientras que en la FT corresponde a la transferente (§ 122.i *UmwG*). La razón es obvia, pues el legislador alemán no puede imponer obligaciones a la sociedad extranjera, sin perjuicio de que al final sea ésta la que deba hacer frente a las mismas por razón de la sucesión universal. Otro tanto ocurre con el derecho de oposición de los acreedores, que en la FT se anticipa para ser ejercitado frente a la sociedad transferente antes de la inscripción (§ 122.j *UmwG*), mientras que en la FN lo es frente a la resultante y durante un plazo que cuenta desde el registro (§ 22 *UmwG*). En todos estos casos una información anticipada tiene mucho sentido. Pero la situación en España es algo distinta. El derecho de oposición se ejercita del mismo modo en la FN y en la FT, y en cuanto al derecho de separación del socio, los plazos y condiciones para su ejercicio son comunes con las otras modificaciones estructurales, aunque registran alguna diferencia.

<sup>49</sup> Crítica VERBRUGH, M. A.; «Implementation of the Cross-Border Merger Directive in the Netherlands». En PAPADOPOULOS (director); *Cross-Border Mergers*, (AA.VV.). Cham, Suiza: Springer, 2019, pp. 411-424, esp. p. 418. ISBN: 978-3-030-22752-4; que en la práctica muchos anuncios en la Gaceta Nacional solo mencionan los derechos de los acreedores según la ley holandesa, pues la información también ha de referirse a la ley extranjera.

Asimismo, los EEMM podrán exigir que el informe pericial independiente se publique y se ponga a disposición del público en el RM, aunque velarán porque la sociedad pueda excluir la información confidencial de la publicación del informe pericial independiente. También podrá accederse a los documentos así publicados a través del sistema de interconexión de registros<sup>50</sup>.

Como alternativa al RM, los EEMM podrá autorizar la difusión pública de lo anterior, durante el mes anterior a la JG, y hasta su conclusión, por medio de la web de la sociedad. Esta exención no puede condicionarse a más requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad del sitio web y la autenticidad de los documentos. Pero en tal caso la sociedad deberá presentar en el RM para su puesta a disposición del público, con idéntica antelación, una información específica sobre la forma jurídica e identificación de las sociedades implicadas, la web donde obtener la documentación anterior y una indicación para cada una de las sociedades que se fusionen, de las medidas tomadas para el ejercicio de los derechos de los acreedores, trabajadores y socios. Llama la atención esto último, que solo se exige para el caso de la web, pero no cuando la publicidad se haga por medio del RM, donde las únicas «indicaciones» serán las que resulten del proyecto común de fusión. Como no tiene mucho sentido la discrepancia, cabe entender que su contenido será el mismo, en su caso extractado cuando se trate de esa remisión, ya que el detalle figura en el proyecto.

Voluntariamente, los EEMM también podrán exigir, tanto en los casos de publicidad exclusiva por medio del RM, como en la variante de la web de la sociedad (en realidad, mixta con el RM), que el proyecto de fusión, o la información que se debe remitir al RM en los casos de difusión por medio de la web, se publiquen en su boletín nacional o mediante una plataforma electrónica central. Entiendo que los contenidos publicados están en función del principal medio de publicidad empleado, es decir, proyecto si ha sido por el RM, mientras que será la información específica antes reseñada cuando sea por la web, como resulta del hecho de que deba ser el mismo RM el que la remita, no la sociedad.

Por otro lado, y para evitar las dudas que surgían en el texto de la Directiva 2005/56 en los casos en que no se llegara a reunir la JG de la sociedad absorbente, aclara que, en ausencia de la misma, el plazo computará para esa sociedad teniendo en cuenta la fecha de la JG de las demás sociedades que se fusionan, en principio, parece que la de aquella celebrada en primer lugar. No obstante, puede ocurrir que tampoco la absorbida celebre JG cuando la absorbente sea titular de todas sus acciones/participaciones, o en los casos de fusión gemelar, situación en la que ninguna JG se celebraría (art. 132 DS). La solución en el art. 132.3

<sup>50</sup> El sistema de interconexión de registros consta de los registros de los EEMM, la plataforma central europea y el portal como punto de acceso electrónico europeo. Los EEMM han de garantizar la interoperabilidad de sus registros dentro del sistema de interconexión de registros, por medio de la plataforma. También podrán establecer puntos opcionales de acceso al sistema de interconexión de registros. Como novedad de la Directiva de digitalización, la Comisión también podrá establecer puntos de acceso opcionales al sistema de interconexión de registros.

DS, tanto para el proyecto como para los informes de los arts. 124 y 125 DS, es tomar como referencia la fecha en que «*la sociedad adopte la decisión sobre la fusión con arreglo al Derecho nacional*». En la ley española, tratándose de FN se toma entonces como referencia la fecha de formalización (art. 51.1.I LME), pero la DS no conoce propiamente este trámite. Cada EEMM habrá de identificar entonces esa fecha, normalmente por referencia a una actuación del órgano de administración.

Por último, los EEMM habrán de velar porque todos estos requisitos se puedan cumplir en línea, sin necesidad de que los solicitantes comparezcan ante las autoridades competentes de los EEMM. Asimismo, las tasas cobradas por los registros a la sociedad por la publicidad mencionada no podrá superar la recuperación del coste de prestar el servicio.

Esta nueva regulación repercutirá en el Derecho español, de entrada, por la necesidad de adecuar el depósito del proyecto en el RM a la nueva exigencia de acompañar un aviso público para que determinados sujetos puedan formular observaciones (art. 32 LME). Recordemos que, antes de la convocatoria de la JG, una amplia documentación que incluye, además del proyecto, los informes de administradores/experto, así como las cuentas de los últimos tres años y el balance de fusión, se debe publicar en la página web o, cuando no exista página web, y consiguientemente se haya verificado el depósito en el RM, se tendrá que poner a disposición de socios y trabajadores (no de los acreedores; art. 39 LME), comunicándose este hecho de manera pública mediante la convocatoria de la JG (art. 40.2 LME). Para adaptarse a la nueva DS, entre los destinatarios de esta publicidad se tendrá que incluir ahora a los acreedores, al menos respecto del proyecto y —en su caso— del informe de experto, pues también pueden formular observaciones, pero sin acceso a la documentación en el domicilio social o pedir su entrega/envío. Por otro lado, en los casos de difusión por la página web, decae la publicación específica del art. 66.2 LME a la que antes me referí, y que generaba algunas dudas en cuanto al momento de la misma, en particular si debía ser antes o después de la JG, pues ahora necesariamente ha de ser antes de su celebración, y solo cuando no haya depósito del proyecto en el RM. También será necesario ampliar la información que la sociedad debe suministrar al RM en los casos de utilización de la página web, para adecuarse a los datos del art. 123.3 DS. Aunque es una opción en la DS, es de suponer que esta información será remitida después al BORME, o una plataforma electrónica central. Además, tendrá que ajustarse el plazo en la forma indicada, en caso de no reunirse la JG de la sociedad absorbente. Por otro lado, no podrá operar en la FT la excepción del acuerdo unánime de fusión del art. 42 LME en cuanto a la publicidad y depósito del proyecto.

La duda es si algunos de estos ajustes se harán con carácter general en el régimen de la FN, o solo para la FT. Al respecto se ha de tener en cuenta que los mecanismos de protección de socios y acreedores que *infra* se examinan puede

que acaben siendo exclusivos de la FT, lo que probablemente repercuta también en el régimen de la publicidad.

## VI. INFORME DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

### 1. Marco legal español y europeo

Según el art. 7 Directiva 2005/56 los órganos de dirección/administración de cada una de las sociedades elaborarán un informe destinado a los socios, en el que se explicarán y justificarán los aspectos legales y económicos de la FT y se explicarán las implicaciones de dicha fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores. Este informe se pondrá a disposición de los socios y de los representantes de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores en un plazo no inferior a un mes antes de la fecha de la JG. Cuando se reciba una opinión de los representantes de los trabajadores, se anexará al informe. No es posible renunciar al mismo.

Con carácter general la LME optó por ampliar el contenido del informe en todas las modalidades de fusión, también en la FN (art. 33 LME). Por ello, el artículo referido exclusivamente a la FT se limita en este punto a una remisión al art. 33 LME y sólo añade como exigencia específica de la modalidad internacional que, si los administradores de la sociedad española reciben a tiempo una opinión de los representantes de los trabajadores, esa opinión se adjuntará al informe (art. 60.2 LME). Pero en la FT ciertos requerimientos informativos presentan mayor trascendencia que en la FN. En esta última no tiene mucho sentido convertir el informe en un dossier sobre la genérica situación legal de los socios en la sociedad resultante, pero esta información será necesaria en la FT, cuando los socios pasen a serlo de una sociedad sometida a un Derecho distinto. Otro tanto para los acreedores, pues conviene destacar los posibles cambios en materia de fuero judicial, nuevos mecanismos de protección de los acreedores, cifra de responsabilidad, y otros temas. Respecto de las cuestiones atinentes al tipo de canje y a la valoración de las sociedades es necesario que los criterios utilizados en los distintos informes sean idénticos.

Es indiferente el hecho de que alguna otra legislación demande más información, pues esta exigencia sólo afecta a la sociedad de esa nacionalidad. No obstante, a pesar del silencio de la Directiva 2005/56 en este punto, la ley española no parece impedir que todos los administradores opten por suscribir un solo informe, posibilidad que también se admite con claridad en otros sistemas (Eslovenia, Estonia, Austria, Dinamarca), aunque en otros se excluye de forma expresa (Chequia). Cuando el informe pueda ser conjunto su contenido gana en complejidad, pues un mismo documento habrá de cumplir las exigencias de todas las leyes aplicables, aunque algunas sólo se recojan para la sociedad afectada<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> En el caso del Reino Unido exige la regulation 8(2)(b) SI 2007/2974 que se declare en el informe, «(ii) any material interests of the directors (whether as directors or as members or as



A la inversa, será posible prescindir de cierta información para alguna sociedad cuando su ley nacional así lo consienta, porque pueda perjudicar a la sociedad y se dé razón de ello en el informe (Chequia, Estonia, Alemania). En ese caso, cada órgano de administración se hace responsable exclusivo de la información que no sea común, matización importante por cuanto algunas leyes nacionales han previsto sanciones específicas por las falsedades e inexactitudes recogidas en el informe (Reino Unido).

Cuestión menos clara es la de sus destinatarios. Obviamente debe ofrecerse a los socios de la sociedad cuyos administradores emiten el informe y a sus trabajadores. La puesta a disposición se hará en la forma prevista en el artículo 39 LME, nunca a través del RM, donde no es objeto de depósito previo con esa finalidad divulgadora<sup>52</sup>. El problema se plantea con los acreedores, pues, aunque el informe también debe analizar las implicaciones de la fusión para ellos, en cambio no están incluidos entre sus receptores (algún EM los incluye, Lituania). Aunque alguna legislación nacional ha optado por darles entrada<sup>53</sup>, se trata de una incoherencia procedente de la Directiva 2005/56 y que mantiene la ley española, con lo que la sociedad puede denegar a un acreedor el examen en el domicilio social de un informe, que en parte se ha redactado pensando en su situación.

Otro tema es si el acceso de los socios/trabajadores está limitado al informe de la sociedad española, o se hace extensivo a los de las otras sociedades, especialmente de las extranjeras. La cuestión tiene importancia práctica, pues en una interpretación extrema hasta obligaría a disponer de tantas versiones lingüísticas del informe, como idiomas presentes en la fusión. En términos generales, las leyes de los EEMM suelen exigir sólo la puesta a disposición del informe de la sociedad afectada sujeta a su legislación, y no pretenden que las demás sociedades remitan sus informes para ponerlos también a disposición de los socios/trabajadores. El problema se plantea en España por la aplicación del art. 39.1 LME, pensado para la FN, pues, en su tenor literal, parece abonar la tesis de la puesta a disposición conjunta de todos los informes en el domicilio de cada una de las sociedades. Se impone, no obstante, una interpretación del art. 60.1 LME ajustada a la naturaleza internacional de la fusión y a la falta de competencia de nuestro legislador para imponer obligaciones de información a las sociedades extranjeras. Por tanto, la puesta a disposición del informe ha de entenderse limitada a «cada una» de las sociedades que participen en la fusión, y que sean españolas.

---

*creditors or otherwise); (iii) the effect on those interests of the cross-border merger, in so far as it is different from the effect on the like interests of other persons».* Interesante el caso austríaco, donde el dato también se refiere a las otras sociedades, pues, cuando la sociedad resultante sea extranjera, el informe deberá recoger una declaración expresa sobre la cifra de capital nominal y de reservas vinculadas de las sociedades participantes (§ 6.2 EU-VerschG). En Bulgaria, información sobre los activos transferidos a la resultante búlgara.

<sup>52</sup> En algunos países sí que se ha previsto la entrega de un ejemplar en el registro, como en Grecia.

<sup>53</sup> Cuando la sociedad resultante es extranjera, en Austria los acreedores tienen derecho a solicitar la entrega de una copia del informe, entre otros documentos (§ 8.3 EU-VerschG por remisión al § 221a AktG).

No obstante, en alguna otra legislación esta obligación sí que se ha impuesto en relación con la convocatoria de la JG, en cuyo caso el informe de los administradores de la española deberá hacerse accesible a los socios de la extranjera en su propio idioma<sup>54</sup>.

Un problema parecido se plantea en relación con el balance de fusión de cada una de las sociedades, o con las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios. Ninguna norma recoge la Directiva 2005/56 en relación con el balance de fusión, fuera de la indicación en el proyecto común de las fechas de las cuentas de las sociedades que se fusionan utilizadas para establecer las condiciones en que se realiza la fusión transfronteriza (art. 5. 1)). En España se ha de estar así a las normas generales de los art. 36 y 37 LME para la fecha de cierre, la verificación, la aprobación del balance y las posibles excepciones en caso de sociedades cotizadas (art. 97.1.b) y c) DS). El problema está en la información contable que han de suministrar las otras sociedades extranjeras, pues el balance de fusión de todas las sociedades, junto con las cuentas anuales y los informes de gestión —auditoría, en su caso— de los tres últimos ejercicios, aparentemente también han de ser objeto de la información prevista en el art. 39 LME, para los socios y trabajadores de la sociedad española. Creo que se impone una interpretación más flexible que restrinja esa publicidad en España, solo a los documentos de la sociedad española, sin perjuicio del derecho de los socios/trabajadores a solicitar una información complementaria en ese sentido.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

En coherencia con su contenido, el nuevo art. 124.1 DS deja claro que los destinatarios del informe son los socios y los trabajadores de cada sociedad, motivo por el cual podrá dividirse en dos secciones, para cada uno de sus destinatarios, o directamente redactar dos informes separados. Como puede verse, ya no menciona a los acreedores, poniendo fin a la incoherencia anterior. A los socios se les deben explicar y justificar los aspectos legales y económicos de la FT, con el detalle que ahora indica el apartado 3 del artículo (compensación en efectivo y método empleado para su determinación; relación de canje y método/métodos empleados; consecuencias de la FT para los socios; derechos y vías de recurso a disposición de los socios de conformidad con el art. 126.bis DS). Los EEMM no exigirán este informe cuando todos los socios hayan convenido renunciar a él y, además, podrán excluirlo en las sociedades unipersonales (esto último no es imperativo para los EEUU, lo anterior sí). A los trabajadores se les deben explicar las consecuencias para ellos de la fusión, con el detalle del apartado 5 (consecuencias de la FT para las relaciones laborales, así como, en su caso, cualquier medida destinada a preservar dichas relaciones; cualquier cambio sustancial en

<sup>54</sup> Es el caso alemán cuando se trata de una SA, aunque la doctrina destaca la fricción entre el § 122e UmwG referido a ese informe, que sólo alude al de la sociedad respectiva, y el § 63.1 UmwG de la FN aplicable por la remisión general del § 122a.2 UmwG y del que resultaría la puesta a disposición de todos los informes.



las condiciones de empleo aplicables o en la ubicación de los centros de actividad de la sociedad; el modo en que lo anterior afecta a las filiales). Esta sección del informe no se exigirá —imperativo— cuando una sociedad que se fusione y sus filiales, de haberlas, no tengan más trabajadores que los que formen parte del órgano de administración/dirección. Obviamente, cuando concurra esta circunstancia de hecho y, además, la renuncia anterior de los socios, se podrá prescindir en esa sociedad completamente del informe. Asimismo, en los supuestos de simplificación (100 % y fusión gemelar) este informe no será exigible en las sociedades absorbidas (art. 132.1 DS). Por otro lado, este informe se pondrá a disposición de socios/trabajadores, en formato electrónico, en cualquier caso, como mínimo seis semanas antes de la JG. Si ya estuviera suscrito el proyecto común, junto con él, en otro caso, sin el proyecto, ya que éste tiene su propio mecanismo de divulgación. Igual que en el proyecto, cuando no se reúna la JG de la absorbente, el plazo toma como referencia para los socios/trabajadores de esa sociedad la fecha prevista para la JG de las demás sociedades que se fusionen. Además de las observaciones al proyecto común, cuando el órgano de administración reciba, en tiempo oportuno, una opinión sobre este informe —en la parte que les corresponda— de los representantes de los trabajadores o, cuando no existan tales representantes, de los propios trabajadores, conforme a lo dispuesto en el Derecho nacional, se informará a los socios de dicha opinión, que se adjuntará al informe.

Son varios los cambios que habrán de introducirse en la LME para cumplir con la DS, sobre todo porque se ha de regular con más detalle el contenido de las dos partes del informe, así como modificar el plazo y la forma de puesta disposición de los socios/trabajadores, que no podrá ser el mismo que el del proyecto, aunque en la práctica puedan coincidir. Un tema relevante es el de su renuncia, pues, en su actual configuración, el art. 42.1 LME permite renunciar al informe, para todas las sociedades, cuando el acuerdo sea unánime en todas ellas. Esto habrá de cambiar para la FT, pues la sociedad española, y solo ella, podrá prescindir por acuerdo unánime de sus socios del informe, o de la parte del mismo correspondiente a los socios, con independencia de lo que ocurra en las otras sociedades implicadas. Igualmente, será necesario modificar el art. 49.1.2.º LME en cuanto a la exigencia del informe de administradores, pues la excepción debe desaparecer respecto de la sociedad absorbida. Corresponderá al legislador español decidir si algunos de esos cambios se introducen en el régimen general de la fusión, o se separan en este punto la FN y la FT. En cualquiera de los dos casos se podría aprovechar, en línea con algunas de las cuestiones antes planteadas, para evitar ciertos malentendidos que pueden surgir en la FT sobre la necesidad de generalizar el acceso a la documentación de todas las sociedades, restringiéndolo a la propia sociedad, con arreglo a su legislación nacional —y en su idioma—. Restricción que ahora estaría más justificada, porque la información verdaderamente relevante ya se habrá suministrado por el órgano de administración en su informe.

## VII. INFORME PERICIAL INDEPENDIENTE

### 1. Marco legal español y europeo

El art. 8 Directiva 2005/56 regula el informe pericial independiente destinado a los socios y disponible al menos un mes antes de la JG. Como alternativa a peritos que operen por cuenta de cada una de las sociedades admite peritos designados, previa petición conjunta de las sociedades, por una autoridad judicial/administrativa del EM del que dependa una de las sociedades que se fusionen o la resultante, en cuyo caso redactarán un informe único destinado a la totalidad de los socios. El informe de los peritos deberá declarar en todo caso si la relación de canje es o no pertinente y razonable, y a tal fin indicar el o los métodos seguidos para la determinación de la relación de canje propuesta, si son los adecuados y los valores a los que conduce cada uno, e indicará además las dificultades particulares de evaluación, si es que las hubiere. No se exigirá un examen del proyecto común de FT por parte de peritos independientes, ni un informe pericial cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la FT, o cuando la absorbente sea titular de todas las acciones/participaciones de la absorbida. Tampoco se exige en el supuesto de simplificación por titularidad del 100 % (art. 15.1 Directiva 2005/56), y cuando sea superior al 90 %, solo en la medida en que lo exija alguna de las leyes nacionales (art. 15.2 Directiva 2005/56; para las condiciones en la legislación nacional, v. arts. 113 y 114 DS).

En la LME española ninguna regulación contiene al respecto el capítulo II, fuera de la alusión a las posibles ventajas particulares atribuidas a los expertos del art. 59.2.1.<sup>a</sup> LME. De acuerdo con la remisión al régimen general de la fusión, resultará que el informe sólo es preceptivo cuando alguna de las sociedades que participen en la fusión sea SA o SCpA (sólo la resultante en la versión de inicial 2009 del art. 34.1 LME), o una forma equivalente en la legislación extranjera aplicable, conclusión no muy conforme con lo dispuesto en el art. 8 Directiva 2005/56, que desconoce tal restricción por razón del tipo. Sin embargo, y de forma un tanto elíptica, el art. 63 LME obliga al acogimiento de una conclusión distinta para la SRL en línea con la Directiva 2005/56 haciendo necesario el informe<sup>55</sup>.

En cuanto al contenido del informe, el art. 34.3 LME cumple con la Directiva 2005/56, pero añade una segunda parte donde se deberá recoger también la manifestación de que el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, por lo menos, al capital de la nueva sociedad o al aumento del capital

<sup>55</sup> Cabe imaginar conflictos con legislaciones menos estrictas en relación con el informe, como ocurre en Eslovaquia con la SRL, donde sólo se exige este informe si es requerido por algún socio de alguna de las sociedades participantes (art. 152.a.6 CC). Aunque en este caso no hay renuncia, que entonces habría de ser formal y expresa de todas las sociedades, tiene prioridad la norma autóctona y por eso la sociedad eslovaca puede prescindir de su informe, no así las demás de los suyos. El problema viene porque en apariencia faltaría uno de los informes del art. 39.1 LME, pero el RM español simplemente ha de ser ilustrado sobre esta circunstancia, sin hacerse cuestión de la existencia y el cumplimiento de la norma extranjera, tarea que debe dejar a la autoridad de su país.

de la absorbente, según los casos. Esta segunda parte ya no integra el contenido propio del informe de fusión reclamado por la Directiva 2005/56, sino que resulta singular de las formas SA y SCpA por exigencia de la segunda Directiva (ahora, título I, capítulo IV DS), no siendo aplicable en cambio a la SRL. A esta segunda parte no cabe renunciar<sup>56</sup>.

Las mayores dificultades con este informe se dan a propósito del número de expertos y del sistema de designación. En ausencia de normas propias para el escenario internacional hay que acudir a las del ámbito doméstico, que en España sólo contemplan la intervención del RM como autoridad encargada de su nombramiento. Otros EEMM permiten que la designación corresponda al mismo órgano de administración de la sociedad<sup>57</sup>. Cuando sean varios los informes, entiendo que a los socios se ha de ofrecer el informe de su propia sociedad, sin perjuicio de que tengan derecho a reclamar información sobre los otros. Incluso, en caso de haber divergencias entre los peritos, los administradores deberían informar a los socios de todas las sociedades, pues la relación de canje afecta a todas las sociedades implicadas. La situación cambia cuando se quiere hacer uso

<sup>56</sup> En general, otros EEMM se han limitado a incorporar la norma de la Directiva 2005/56, aunque algunas legislaciones también han optado por exigir un pronunciamiento expreso en el informe sobre la cobertura del capital de la nueva sociedad o de la cifra aumento, cuando la resultante esté domiciliada en su territorio, como es el caso de Bulgaria, de Holanda, o de Dinamarca si la resultante es una SA. Otras veces, sin embargo, simplemente se deja abierta la aplicación de la norma general cuando la resultante es una SA, como es el caso francés, donde se exige un informe de este tipo cuando hay aportaciones *in natura* o ventajas particulares, redactado por el *commissaire à la fusion* o el *commissaire aux apports* (L 236-10.III Code de Commerce). Nuevamente es de gran interés el caso alemán, por los recelos que provoca la aplicación en la FT de las mismas reglas que en la FN. La ley alemana establece una serie de excepciones al régimen general en materia de aportaciones no dinerarias, según intervenga en la fusión una *AG* o una *GmbH*, o según sea la fusión por absorción o por creación de una nueva sociedad. Centrándonos en la *AG*, cuando sea necesario aumentar el capital social en la absorbente, el § 69.1 *UmwG* sólo exige el control externo de las aportaciones por un experto, cuando la sociedad transmitente tiene determinada forma (sociedad de personas), cuando concurren ciertas circunstancias que afectan a los valores del balance (elementos del patrimonio reciben en el balance de fusión un valor superior al que figura en el último balance de ejercicio), o porque el tribunal tiene dudas sobre la cobertura efectiva del capital. Fuera de estos casos un control adicional en forma de una *Sacheinlageprüfung* se considera innecesario. Otro tanto cuando se constituye una nueva *AG*, pues se prescinde del *Gründungsprüfung* siempre que la sociedad transmitente sea una sociedad de capital o una cooperativa inscrita (§ 75.2 *UmwG*). La aplicación de idénticas reglas en la FT por la remisión general del § 122a. *UmwG* provoca dudas en algunos autores, ya que la segunda Directiva en materia de capital sólo se refiere a la *AG*, no a todas las sociedades de capital.

<sup>57</sup> Así ocurre en Italia, donde la designación corresponde al tribunal, pero sólo cuando la resultante sea «una società per azioni o in accomandita per azioni, o società di altro Stato membro di tipo equivalente» (art. 9.2 DL 108/2008), ya que en otro caso puede ser nombrado por los administradores de la sociedad. En Bélgica es el auditor de la sociedad, mientras que en Holanda o en Lituania la designación corresponde a los administradores, y en el Reino Unido el experto designado por la sociedad, hasta puede buscar a un colaborador de su propia elección (Regulation 9.4 SI 2007/2974). En Austria es nombrado por el consejo de vigilancia (§ 220b G). Singular es el caso de Portugal, donde la sociedad debe nombrar para este fin un *oficial revisor de contas*, salvo que disponga de un *órgão de fiscalização* propio (art. 99 CSC, aplicable a la transfronteriza por la remisión del art. 117.D.1 CSC), y el de Austria donde lo nombra el consejo de vigilancia («*Aufsichtsrat*», § 220.b.2 AktG).

de la posibilidad de acudir a una designación de experto común a todas las sociedades, lógicamente para redactar un único informe. Nada dice nuestra ley en el capítulo dedicado a la FT, pero sí a propósito de la FN (art. 34.1.II LME). Ciertamente se puede sostener que el silencio del legislador es elocuente, en el sentido de no haber querido despojar en ningún caso de su competencia al RM español, aunque sea al precio de no aceptar el informe común, o de hacerlo sólo cuando el nombramiento corresponda al RM español, pero la Directiva 2005/56 no se refiere a una posibilidad que las legislaciones nacionales puedan desechar, sino que constituye una alternativa siempre utilizable por las sociedades, y por eso opta entonces por el sistema más riguroso, exigiendo siempre el nombramiento por una autoridad judicial/administrativa del EM donde se haga la solicitud, cuando se quiera el nombramiento común. Frente a otras legislaciones que expresamente han incorporado una norma similar a la comunitaria (Portugal), en su caso como excepción expresa a la propia de la FN, la ley española guarda silencio y por eso se hace necesario interpretar la remisión general del art. 55 LME en un sentido conforme a la Directiva 2005/56 para dar cabida al nombramiento conjunto, también con arreglo a la normativa del otro EM, en el cual ya se respetará la exigencia de una designación oficial<sup>58</sup>.

El contenido de este informe puede ser muy variado según la legislación de cada país. Es evidente que existe un mínimo común por imposición de la Directiva 2005/56, pero caben desviaciones por defecto y, sobre todo, por exceso. Por defecto sólo se contempla la posibilidad de omitir cierta información cuando pueda resultar perjudicial para la sociedad, y así se indique en el informe (Chequia, Estonia). Por exceso, hay legislaciones que requieren pronunciamientos adicionales<sup>59</sup>.

A la vista de esta diversidad, la duda es hasta qué punto la designación con arreglo a la normativa de un país también determina el contenido del informe para todas las sociedades implicadas, tanto para someter a alguna de ellas a requerimientos informativos extraños a su ley nacional, como por la posible ausencia en el informe común de algún dato que demande la ley de otro EM. Se puede entender que no rige la solución de acumular los requisitos de todas las leyes

<sup>58</sup> A pesar de ello no hay una correspondencia exacta con la regla del artículo 34.1.II LME para la fusión doméstica, que sólo atiende al RM del domicilio social de la resultante, mientras que la D. 2005/56 permite acudir a la normativa propia del EM del que dependa una de las sociedades que se fusionan o la sociedad resultante.

<sup>59</sup> Por ejemplo, en Estonia y en Hungría el informe debe pronunciarse sobre los posibles perjuicios que la fusión provoque a los acreedores; también Finlandia y Dinamarca exigen indicar si la fusión compromete el pago de las deudas sociales; otras veces se han recoger determinadas declaraciones sobre la cifra de capital y de reservas cuando la fusión es *outbound*, como ocurre en Austria (§ 7.3 *EU-VerschG*). En ocasiones este informe está muy vinculado al control de la compensación prevista para los socios minoritarios, como ocurre en Austria («*die Angemessenheit der Barabfindung zu prüfen*», § 7.3 *EU-VerschG*), Alemania (§ 30.2 y 122.1.1 *UmwG*) o Eslovenia. El tema se complica de extender el control externo también a ciertos aspectos del informe de los administradores, situación no prevista en nuestra ley, pero sostenida por un sector de la doctrina alemana. A veces se establece un límite temporal a la eficacia del informe, como en Dinamarca, que es de tres meses.

nacionales, sino un sistema de elección puro amparado por la Directiva 2005/56, en cuyo caso la designación de un único experto por una autoridad extranjera también implica la elección de la ley de ese EM para regular el contenido. Pero parece más razonable exigir el cumplimiento acumulado de los requisitos materiales previstos en todas las leyes aplicables<sup>60</sup>.

Sobre su posible renuncia, con carácter general, y consiguientemente también para la FT, dispone el artículo 34.4.a) LME que no será necesaria la primera parte del informe de expertos independientes sobre el proyecto común de fusión cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios con derecho de voto y, en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente el derecho de voto, de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión. Ha de existir, por tanto, renuncia por unanimidad en todas y cada una de las sociedades implicadas, pues la abdicación en una también interesa a las otras, y aunque la ley española sólo habla del informe, sin distinguir como el art. 8.4 Directiva 2005/56 entre éste y su examen (es decir, con revisión, pero sin texto escrito, pues las conclusiones se comunican verbalmente en la Junta), entiendo que lo incluye todo<sup>61</sup>. Cuando la otra legislación permita esa distinción, la misma se habrá de tener en cuenta para determinar si los acuerdos de las distintas sociedades presentan idéntico alcance, aunque si la renuncia de la sociedad extranjera sólo es al informe, implícitamente se admite la renuncia de las otras al hecho mismo de su acceso, al quedar como una información que no trasciende a la propia JG de esa sociedad. Ahora bien, cuando alguna de las sociedades participantes tenga la forma de SA o SCpA, sí que será necesaria la intervención de expertos para la comprobación de la efectiva cobertura patrimonial del capital de la nueva sociedad o del aumento del capital de la absorbente (segunda parte del informe). El problema surgirá cuando esa forma sea la correspondiente a la sociedad extranjera, especialmente si es la resultante. Parece que entonces se ha de estar a la normativa nacional de esa sociedad, que en algunos casos exigirá un informe especial parecido, pero en otros quizá prescinda de él.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

No se introducen cambios en el sistema de designación del perito y persisten, por eso, algunas de las dudas antes indicadas. No obstante, el cdo. 14 Directiva 2019/2121 señala, respecto a la independencia del perito, que los EEMM han de tener en cuenta los requisitos establecidos en los arts. 22 y 22.ter Directiva 2006/43/CEE, de 17 de mayo, sobre la auditoría legal de las cuentas anuales. El principal cambio se refiere al contenido del informe, que ahora se regula con más detalle, sobre todo en lo referente a la compensación en efectivo, tema del que me ocupo *infra*. También se aclara la forma de computar el plazo del mes

<sup>60</sup> En Italia, «la relazione unica contiene le eventuali ulteriori informazioni richieste dalla legge applicabile alle società partecipanti alla fusione transfrontaliera», art. 9.3.II DL 108/2008.

<sup>61</sup> Cfr. art. 1021-6 de la Ley modificada de 1915 de Luxemburgo, que distingue entre el «examen du projet commun» y el «rapport d'expert».

para la puesta a disposición de los socios cuando no se celebra la JG de la absorbente. Recordemos que no es obligatorio para los EEMM que este informe se difunda junto con el proyecto, aunque pueden disponerlo así, en cuyo caso habrán de velar —esto, obligatorio— porque la sociedad pueda excluir la información confidencial de su publicación. A diferencia del informe del órgano de administración, aquí los EEMM deberán eximir del informe, «*cuando así lo haya acordado la totalidad de los socios de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión transfronteriza*». Es decir, no cabe una renuncia individual solo para una de las sociedades, habrán de renunciar todas, pues a todas interesa. Respecto de la sociedad unipersonal, la renuncia solo es optativa para los EEMM. En los supuestos de simplificación por titularidad del 100 % o fusión gemelar se prescinde de este informe (art. 132.1 DS)

El legislador español tendrá que incorporar estos cambios, pero, también, podría aprovechar para prescindir de la segunda parte del informe sobre la cobertura del capital, y permitir así una renuncia completa, salvo que la resultante sea una SA o SCpA española, o lo exija la legislación nacional de la sociedad extranjera resultante.

## VIII. APROBACIÓN POR LA JUNTA GENERAL

### 1. Marco legal español y europeo

Según el art. 9 Directiva 2005/56 la JG se pronuncia sobre el proyecto común, después de que los socios tengan conocimiento de los informes de administradores y expertos. La JG podrá condicionar la realización de la FT a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la resultante, y caso de que se hubiera hecho uso en la FN de la posibilidad de prescindir de la JG de la sociedad absorbente, el mismo criterio habrá de aplicarse a la FT. En la absorción de sociedad donde el 100 % de acciones/participaciones está en poder de la absorbente, se prescinde del acuerdo de JG de la absorbida (art. 15.1 Directiva 2005/56).

La convocatoria, celebración y adopción del acuerdo de la JG en la sociedad española se rige por las normas generales propias de la FN, aplicándose los arts. 40 y 41 LME, que a su vez remiten implícitamente a los arts. 194 y 201 LSA para la SA y art. 199 LSC para la SRL<sup>62</sup>. La información previa a los socios se

<sup>62</sup> Indirectamente el Derecho español puede incidir sobre las mayorías necesarias en la sociedad extranjera. Así, en Holanda se requiere la unanimidad cuando los estatutos de la sociedad holandesa que se extingue excluyen la modificabilidad de algunas de sus disposiciones, salvo que la misma regla pase a los estatutos de la resultante [art. 2:317(3) DCC]. Como será difícil que el RM español admita en los estatutos tal excepción a la regla de la mayoría, el resultado será la exigencia de la unanimidad en Holanda. Pero el problema también es posible a la inversa, con el riesgo de que la circunstancia pase desapercibida al RM español, pues no cabe esperar la colaboración de la autoridad extranjera para informar sobre su Derecho, sobre todo si corresponde a la sociedad resultante. Pensemos en la responsabilidad secundaria de todos los socios de una GmbH alemana



concreta en el acceso a la pluralidad de documentos que detalla el art. 39.1 LME. Aunque en su literalidad el precepto parece referirse a todas las sociedades, incluidas las extranjeras, debe prevalecer una interpretación matizada respecto de la documentación foránea, que no la exija siempre para la sociedad española, pero dejando a salvo la posibilidad de que los socios reclamen documentación específica sobre las otras sociedades en uso de su derecho de información (arts. 196 y 197 LSC). Algunos EEMM sí que se refieren explícitamente a los documentos de todas las sociedades que se fusionan, en cuyo caso, y dependiendo de lo que demande la legislación del otro país, la sociedad española tal vez haya de proporcionar algunos documentos propios a la sociedad extranjera para que ésta cumpla con las obligaciones de información impuestas por su normativa, lo que hará necesaria la traducción, cuando aquella claramente la imponga (Eslovaquia). En ocasiones la puesta a disposición se hace a través del RM, lo que puede provocar la aplicación de los criterios más estrictos de traducción propios de este organismo<sup>63</sup>. También es posible que la colaboración de la sociedad española no se limite a la vertiente documental<sup>64</sup>. Por otro lado, la sociedad española tendrá la obligación de informar a las restantes en los términos del art. 39.3 LME sobre cualquier modificación importante del activo o del pasivo. Para que fuera aplicable a la sociedad española participante en la fusión la excepción del último inciso, será necesario el consentimiento de todas las sociedades participantes y obtenido además por unanimidad de sus socios.

Como norma específica de la FT el art. 61 LME incorpora el condicionante previsto en la Directiva 2005/56 de la futura ratificación. Esta reserva de aprobación forma parte del acuerdo sobre la fusión y requiere la misma mayoría. De resultas de la misma será necesario convocar una nueva JG, sólo con la finalidad de aprobar esas condiciones, reunión en la que habrán de observarse los requisitos de antelación, forma, información y mayorías propios del acuerdo fusión, ya que la aceptación es necesaria para la eficacia del acuerdo previo, y en cierta medida forma parte del mismo. En su defecto, la condición no se cumple y el acuerdo de

---

cuando existan participaciones finalmente no desembolsadas (§ 24 GmbHG), pues también afecta a los nuevos socios incorporados por la fusión a la sociedad absorbente. En atención a este riesgo el § 51.1 UmwG exige el consentimiento de todos los socios de la absorbida (con matices según la forma social), cuando en la absorbente haya participaciones sociales pendientes de desembolso. Tratándose de una absorbente alemana en esa situación y de una absorbida española, es claro que la norma alemana no está llamada a la protección de los socios de esta segunda, pero tampoco cabe desconocer que serán sujetos de aquella responsabilidad, sobre la cual debería informar a sus socios el órgano de administración de la sociedad española. Que además deba incidir en la posible exigencia de un acuerdo unánime de todos los socios, es algo que dependerá de cómo se interprete el art. 41.1 LME, aunque no parece encajar en el supuesto de hecho de la norma. En cualquier caso, el control de la situación, si es que consigue saberlo, corresponde al RM de nuestro país.

<sup>63</sup> Es el caso de Holanda, donde se admite, no obstante, que las cuentas anuales puedan estar redactadas en inglés, francés o alemán.

<sup>64</sup> Así, con carácter general en Austria se considera que algún representante de las otras sociedades ha de asistir a la Junta de la sociedad austríaca para proporcionar a los socios la información que pueden exigir respecto de ellas (§ 221a.6 AktG, aplicable a la fusión transfronteriza por la remisión del § 3.2 EU-VerschG). También en Estonia los socios pueden solicitar información relativa a las otras sociedades.

fusión es ineficaz. En esta segunda JG los socios no pueden modificar los términos del acuerdo logrado por los administradores y se limitan a su aceptación o rechazo en bloque. El problema es que el plazo de seis meses del art. 30.3 LME no queda en suspenso por el hecho de haber tomado el acuerdo de fusión sujeto a esa reserva.

No contempla la ley española la posibilidad de introducir modificaciones en el proyecto común de FT, y se debe estar por eso a lo dispuesto en el art. 40.1 LME, aunque la otra ley nacional implicada exhiba un criterio más flexible<sup>65</sup>. De todos modos, cualquier alteración del proyecto queda sometida a la exigencia obvia de su aprobación en idénticos términos por todas las sociedades, pues no resulta posible introducir cambios unilaterales en el mismo, aunque se trate de apartados del proyecto que sólo afectan a una de las sociedades por razón de su ley personal y sin equivalente en las otras.

Con carácter general, el legislador español solo ha hecho uso de la posibilidad de prescindir de la JG de la sociedad absorbente, cuando ésta es titular del 90 % o más del capital de la absorbida (art. 51 LME)<sup>66</sup>. Siendo española la absorbente, de forma indirecta la ausencia de su JG también percute sobre las otras sociedades, pues la ley española obliga a la publicación de un anuncio con determinado contenido en la página web de la sociedad, en el BORME, o en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en las que cada una de las sociedades tenga su domicilio. Esta posibilidad de una publicación plural por razón del territorio de las distintas sociedades participantes en la fusión se traduciría en la FT, por exigencia de la norma más rigurosa, en la necesidad también de una publicación en la página web, en el boletín oficial o en la prensa del país correspondiente a la sociedad extranjera absorbida, cosa que realmente no tiene mucho sentido. Parece que habría de bastar con la publicación referida a la sociedad española.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

La DS no introduce cambios relevantes en cuanto al acuerdo de la JG, salvo exigir que se dé conocimiento a los socios («*tomar nota*», dice), además de los informes administradores/expertos, de las opiniones de los trabajadores pre-

<sup>65</sup> Es el caso de Italia, donde el artículo 10.3 DL 108/2008 admite los cambios a condición de que todas las sociedades participantes deliberen las mismas modificaciones y que con arreglo al art. 2502.2 *Codice Civile* no incidan sobre derechos de los socios o de los terceros. En Portugal, las normas sobre la fusión nacional aplicables por remisión contemplan la posibilidad de renovación del proyecto cuando se ha producido una alteración de los elementos de hecho en que se basaba (art. 102 CSC, con una norma específica para los supuestos de acuerdo sujeto a condición o término en el art. 113 CSC). Mientras en Dinamarca se exige un nuevo depósito, salvo que el cambio sólo afecte al nombre de la nueva entidad por razón de su indisponibilidad.

<sup>66</sup> La tercera Directiva (ahora, art. 94 DS) admite que la legislación de un EM miembro no imponga la aprobación de la fusión por la JG de la sociedad absorbente, como simplificación autónoma no vinculada a la participación en el capital de la absorbida, y algunos Estados recogen esa posibilidad (Holanda).



sentadas de conformidad con el art. 124 DS y las observaciones presentadas de conformidad con el art. 123 DS (recordemos que incluye a los acreedores). Con más precisión que la Directiva 2005/56 señala que la aprobación está referida al proyecto común de fusión transfronteriza y a la adaptación correspondiente de la escritura de constitución, o de los estatutos cuando figuren en un acto separado, obviamente de la resultante. El cambio más relevante consiste en la imposibilidad de impugnar el acuerdo de la JG por los siguientes motivos: relación de canje; compensación en efectivo; información relativa a ambos extremos. Consiguientemente, la impugnación del acuerdo será posible por otros motivos, pero no por éstos. Sobre dicha relación/compensación y los mecanismos previstos para resolver una posible discrepancia, v. *infra*. En cuanto a la exención de la JG de la absorbida, se incluye ahora el supuesto de fusión gemelar (art. 132.1 DS). Conviene tener en cuenta, también, la regla del art. 86 *nonies* DS, en relación con la transformación transfronteriza, cuando la fusión suponga un aumento de las obligaciones económicas de un socio para con la sociedad o terceros, pues en ese caso los EEMM podrían exigir la aprobación por el socio afectado, salvo que pueda ejercer el derecho a enajenar sus acciones/participaciones a cambio de una compensación en efectivo adecuada.

En Derecho español, al margen de esos pequeños ajustes referidos al acuerdo de la JG y la información que debe suministrarse a los socios, que convendría aclarar, lo fundamental es la exclusión de esa impugnación, que no carece de precedentes en el derecho vigente en relación con la impugnación del balance de fusión (art. 38 LME).

## IX. PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS

### 1. Marco legal español y europeo

#### 1.1. *Derecho de separación*

Como regla, la protección de los socios se articula por medio de la información y de las mayorías reforzadas, pero el art. 4.2 Directiva 2005/56 ofrece a los EEMM la posibilidad de garantizar una protección adecuada a los socios minoritarios que se hayan pronunciado en contra de la FT, aunque igual tutela no exista en la FN. Permite una aparente discriminación que dificulta la FT por razón de sus especiales características migratorias, aunque es destacable que muchos EEMM no han hecho uso de tal posibilidad (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Bulgaria, Hungría, Lituania) y otros han optado solo por exigir una mayoría muy reforzada en ciertos casos (Suecia)<sup>67</sup>, o simplemente dejan que se aplique el mismo régimen de la FN<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> De los 9/10 cuando una SA sea absorbida por una SRL.

<sup>68</sup> Es el caso de Portugal, donde el art. 105 CSC permite que el contrato social atribuya al socio ese derecho (*direito de exoneração*).

El legislador español, en cambio, ha optado por conceder a los socios el derecho de separación, pero solo cuando la sociedad resultante es extranjera, y consiguientemente pasa a tener su domicilio —estatutario— en el extranjero (art. 62 LME). Queda excluido para la sociedad resultante que sea española, también para la otra sociedad española que desaparezca y respecto de los socios de ésta. El precepto habla exclusivamente de socios que voten en contra del acuerdo, mientras en otras situaciones análogas nuestra ley alude más en general a socios que no hubieran votado a favor del acuerdo (art. 15.1 LME). Cabe pensar que el derecho habría de corresponder a todos los socios que no hayan manifestado su adhesión al acuerdo por medio de un voto favorable (ausentes, voto en blanco, abstención), pero esto supondría una ampliación de lo dispuesto en la Directiva 2005/56. Si el derecho de separación se hubiera reconocido en esos términos a los socios en la FN resultaría defendible una aplicación equivalente en ambos supuestos, pero aquel derecho no existe en la doméstica, de ahí que deba prevalecer la interpretación más estricta de la norma<sup>69</sup>.

El derecho de separación se reconoce en España sin prestar atención a otras circunstancias añadidas, como un cambio en la forma social cuando se trate de fusión heterogénea<sup>70</sup>. Por eso, el régimen del art. 62 LME siempre es aplicable como norma especial, e impide así cualquier intento de extrapolación del régimen parcialmente distinto del derecho de separación propio de la transformación (art. 15 LME)<sup>71</sup>. Surge una duda por la norma específica para la FN del art. 41.1 LME, al disponer que el acuerdo exigirá el consentimiento de todos los socios que pasen a responder ilimitadamente de las deudas sociales, o asuman obligaciones personales en la sociedad resultante, pues pasarían a convertirse en titulares de un auténtico derecho de veto, pues en la FN no hay derecho de separación. No obstante, al haberlo en la FT, se ha de entender que prevalece este último (v. *supra* para el art. 86 *nonies* DS).

El régimen de ejercicio del derecho es el propio de las sociedades de capital (título IX LSC). Sin embargo, es necesario proceder a los oportunos ajustes con la normativa de la fusión, igual que en materia de transformación o de traslado al extranjero dicha coordinación está impuesta expresamente por el art. 346.3 LSC. Así, no parece necesaria una publicación específica sólo para activar este derecho, pues bastará con la general de la fusión del art. 43 LME, siempre que así se destaque en el anuncio para información de los socios. Igualmente, como son dos

<sup>69</sup> Algunas legislaciones nacionales equiparan expresamente la disidencia con ciertas irregularidades en el proceso de adopción del acuerdo, pero lo hacen por extensión de la norma prevista para la FN. Es el caso del § 122i.1 UmwG cuando remite al § 29.2 UmwG, pues la falta de oposición expresa no es imputable al socio, sino a circunstancias que dependen de la misma sociedad.

<sup>70</sup> En aquellos ordenamientos, como el alemán, donde la FN también admite la separación del disidente, entre otros casos por el carácter heterogéneo de la fusión, se destaca que en la FT el socio disfruta del derecho, aunque la fusión opere entre formas que deban considerarse homogéneas.

<sup>71</sup> Vale la pena compararlo con la situación en Italia, donde el art. 5 del DL 108/2008 reconoce el derecho de separación al socio «*non consenziente*» de la sociedad italiana, cuando la resultante sea extranjera, pero deja a salvo las otras causas de separación previstas en la ley o en los estatutos. Recordemos que en la SRL los socios siempre disfrutaban en Italia de este derecho en la fusión.

las publicaciones en la fusión, el plazo de un mes habrá de contar desde la última de ellas, aunque no sea la del BORME. Cuando se opte por la comunicación escrita (art. 348 LSC) parece que ésta habría de dirigirse a todos los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, con independencia de que sólo tengan derecho los que han votado en contra. Por la remisión específica al régimen de la LSC no sería aplicable la especialidad del art. 15.2 LME que permite contar desde la fecha del acuerdo cuando el socio hubiera asistido a la JG. El ejercicio de este derecho no se limita al hecho de haber votado en contra y será necesario manifestar la voluntad separadora de manera explícita mediante el correspondiente escrito dirigido a la sociedad dentro de plazo. Salvo que así se acepte por los administradores presentes, la mera declaración en la JG no equivale a su ejercicio.

A la hora de fijar la valoración de las acciones/participaciones el art. 353.1 LSC opta por otorgar la máxima preferencia al acuerdo que logren la sociedad y el socio afectado, o todos ellos cuando sean varios, pues no parece que la sociedad pueda aceptar valores distintos para los diferentes socios separados. A falta de acuerdo en la suma a reembolsar todavía es posible pactar sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir. Sólo en defecto de ambos acuerdos se deberá acudir a un experto independiente designado por el RM del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las acciones/participaciones objeto de valoración (con regla especial en caso de sociedad cotizada, art. 353.2 LSC).

Pero el dato fundamental es que el despliegue completo de este derecho es anterior (*ex ante*) a la realización de la FT con arreglo a nuestra legislación, o más concretamente a la expedición de la certificación previa por el RM español. Esta circunstancia podrá suponer en la práctica un retraso importante, pues, a diferencia de otras legislaciones extranjeras, o de la misma regulación española en algún supuesto de fusión especial (art. 50.2 LME), no cabe que la liquidación de la cuota del disidente tenga lugar una vez ejecutada la fusión. En el momento presente nuestra legislación no permite traspasar el pago a la sociedad resultante, ni siquiera habiendo prestado las oportunas garantías previas, pues sólo contempla el pago o la consignación de su importe, antes de llegar la fusión al RM español<sup>72</sup>. La sociedad extranjera soporta sus consecuencias como receptora de un patrimonio mermado por la separación de algunos socios, pero no hace frente directamente a su abono. En este punto el contraste es claro con otros sistemas donde la sociedad que se extingue ha de ofrecer a los socios discrepantes la adquisición de sus acciones/participaciones, pero al activarse el derecho realmente con la eficacia de la fusión, la correspondiente obligación se asume finalmente por la sociedad extranjera resultante en virtud de la sucesión universal. La pendencia de ese pago, incluso de un eventual procedimiento de revisión de la suma ofertada, no impide en estos países la expedición de la certificación previa, donde deberá indicarse esta circunstancia<sup>73</sup>. Por eso no es necesario que el derecho de

<sup>72</sup> En general, sobre la necesidad de hacer constar debidamente el pago o la consignación a favor del socio separado para practicar la inscripción, v. Res. DGSJFP de 7 de enero de 2016.

<sup>73</sup> El ejemplo alemán es muy significativo, sobre todo porque nos permite entender mejor el

separación se incluya en el proyecto de fusión, o se acepte de forma expresa por las demás sociedades, ya que está fuera del ámbito cubierto por el art. 10.3 Directiva 2005/56<sup>74</sup>.

## 1.2. Derecho a una compensación complementaria al canje

La posibilidad de que los socios que permanezcan —es decir, que no se hayan separado, cuando sea posible según la legislación nacional— reciban un compensación complementaria a la contrapartida prevista por sus acciones/participaciones, cuando no estén de acuerdo con la relación de canje establecida, se complica —mucho— cuando no todas las legislaciones involucradas en la FT conocen una compensación similar, en particular si se trata de la sociedad resultante. El art. 10.3 Directiva 2005/56 contempla esta situación en los siguientes términos: *«cuando el ordenamiento jurídico del Estado miembro al que esté sujeta una sociedad que se fusione establezca un procedimiento para controlar y modificar la proporción aplicable al canje de los títulos o las participaciones o un procedimiento para compensar a los socios minoritarios, sin impedir la inscripción de la fusión transfronteriza, tal procedimiento sólo se aplicará cuando las demás sociedades participantes en la fusión, situadas en Estados miembros que no la prevean, acepten explícitamente, al aprobar el proyecto ... la posibilidad de que los socios de dicha empresa recurran a tal procedimiento, que se incoará ante el tribunal a cuya jurisdicción esté sometida la empresa que se fusiona. En estos*

cambio introducido por la DS en materia de protección de socios minoritarios. Según el § 122i.1 UmwG cuando la sociedad resultante sea extranjera, la sociedad alemana deberá ofrecer en el plan o proyecto de fusión a los socios que hayan hecho constar en el acta su oposición al acuerdo (*«der gegen den Verschmelzungsbeschluss der Gesellschaft Widerspruch zur Niederschrift erklärt»*), la compra de sus participaciones a cambio una contrapartida razonable en dinero (*eine angemessene Barabfindung*). En este caso, una impugnación del acuerdo de fusión de la sociedad alemana, basada en el importe de esa contrapartida, sólo estaría excluida en dos supuestos (§§ 122i.1, 32 y 34 UmwG). El primero, cuando la legislación del EM de la sociedad resultante también contemple un procedimiento para la compensación de los socios minoritarios, aunque no en general, sino para el supuesto de FT, en cuyo caso podrían ser competentes los tribunales del otro país para resolver la reclamación, o en determinados supuestos los alemanes (art. 7.1.a) Reglamento 2012/1215, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). La ley alemana también admite que, en la misma situación, pero a la inversa, se aplique la norma alemana y sean competentes los tribunales de este país. Se ha de tener en cuenta que el procedimiento alemán para la revisión de aquella contrapartida tiene carácter judicial y especial (*Spruchverfahren*), de ahí que no guarde mucha similitud con el sistema español de mera valoración por un auditor designado por el RM de las acciones/participaciones del socio separado, lo que probablemente ya excluya esta opción. Por eso, en ausencia de un procedimiento análogo en el otro país, el segundo supuesto sería su aceptación expresa por la otra sociedad, en nuestro caso española, normalmente por su inclusión en el proyecto de fusión, aunque no se excluye un acuerdo independiente. En este caso serían competentes los tribunales alemanes para resolver la reclamación y su decisión vinculará a la sociedad española resultante, que previamente así lo habría aceptado. De no llegar a este acuerdo la alternativa es la impugnación de la fusión con el efecto paralizante del procedimiento.

<sup>74</sup> Nada se opone a que la eficacia de la fusión se condicione a que no supere un determinado porcentaje de capital, al objeto de no comprometer financieramente la operación; algún EM, incluso, ya lo fija legalmente, como Polonia, en el 25 % (art. 516.11.6 CCC).

*casos, la autoridad ... podrá expedir el certificado ... aun cuando se haya iniciado un procedimiento de este tipo. No obstante, en el certificado se indicará que está en curso el procedimiento. La decisión a que se llegue en el procedimiento será vinculante para la empresa resultante de la fusión transfronteriza y para todos sus socios».* Como puede verse, son dos los posibles supuestos de aplicación por cada EM del mecanismo previsto para su propia sociedad. El primero es que todas las demás sociedades participantes en la fusión y radicadas en países cuyas leyes societarias no conozcan ese sistema acepten explícitamente al aprobar el proyecto (no necesariamente en el proyecto, pero sí al aprobarlo) que los socios de la sociedad cuya ley sí que lo regule, puedan recurrir a dicho procedimiento, que se incoará en principio ante los tribunales de ese mismo país. Hay una clara aceptación convencional de las consecuencias económicas del derecho, con el contrapeso de un acceso rápido al RM. El segundo resultaría implícitamente de la mera posibilidad de haber previsto todas las leyes relevantes un procedimiento similar, pero menos claro que sea suficiente con una previsión para la FN, o haya de ser necesario contemplar expresamente la proyección internacional de la figura, no tanto en el sentido de obligar a la resultante extranjera, cosa que claramente no puede hacer, como para obligar a su nacional a asumir las consecuencias del ejercicio del derecho cuando vengan desde fuera. Dándose esa equivalencia entre las leyes de los EEMM, los socios de las sociedades que se extingan podrían recurrir al procedimiento previsto en su país, con la seguridad de que la sociedad resultante se hará cargo de sus consecuencias. Precisamente, por tener esa garantía, tampoco hay inconveniente en expedir la certificación previa, aunque el procedimiento aún no esté concluido. El problema, obviamente, es que resulta nada fácil formular ese juicio de equivalencia.

En nuestro país un sistema de este tipo se ha establecido en el art. 38 LME para la FN, pero sujeto a la condición de *«que así se hubiera previsto en los estatutos o decidido expresamente por las Juntas que acuerden la fusión»* (art. 38 LME). Aunque no se haya recogido la disposición de la Directiva 2005/56 en nuestro Derecho, la aplicabilidad directa del art. 38 LME a la FT donde participe una sociedad española resulta clara, salvo que la doble alusión a tribunal y jurisdicción de la norma comunitaria se entienda en el sentido de excluir un procedimiento basado en un nombramiento que hace el RM. Creo que ese inconveniente no es decisivo, pero será necesario cumplir con las condiciones del sistema español, que no es de mero reconocimiento legal, al descansar en una coincidente previsión estatutaria, o en el acuerdo expreso de las sociedades participantes. La primera opción no es viable en la FT, pues las sociedades extranjeras no van a recoger en los estatutos una previsión extraña a su *lex societatis*, por mucho que el sistema propio se asemeje al español, de ahí que sólo quede la vía del acuerdo de todas las sociedades. En este caso coincide entonces el presupuesto de la norma nacional y el de la internacional, pues sólo con el acuerdo expreso de todas las sociedades intervinientes los socios de la española podrán servirse de este sistema, acuerdo que habría de adoptarse con la misma mayoría prevista para la fusión, pues una mayoría superior sólo para esta medida sería contraria a la Directiva 2005/56, que expresamente alude a dicho acuerdo *«al aprobar el proyecto de fusión»*, lo que

debe entenderse como aprobación con idénticos requisitos, aunque sea en acuerdos separados<sup>75</sup>. Por otro lado, nuestra norma no trasciende del ámbito puramente nacional, al estar ausente una previsión expresa que permita en la FT proyectar sobre la sociedad española las consecuencias de una institución foránea. Pero, sobre todo, porque nuestro sistema tampoco es de aplicación automática en el ámbito doméstico, ya que descansa siempre en una previsión estatutaria o en el acuerdo de las sociedades. Por esa razón, no le serviría a la legislación extranjera concomitante para configurar la equivalencia, cuando previera análoga compensación, sin subordinación a la aceptación expresa.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

En esta materia la DS supone un cambio de gran calado, al imponer una armonización a los EEMM que tiene en la práctica una doble consecuencia. De entrada, porque la aplicación por cada EM a su sociedad nacional del mecanismo protector previsto en la ley no queda condicionada a un juicio de equivalencia con los mecanismos diseñados en los otros EEMM implicados, ni a su aceptación por parte de las sociedades extranjeras. Al tratarse de un sistema en gran medida uniforme, cada EM acepta las consecuencias del ejercicio del derecho previsto en el otro EM. En particular, se acepta por el EM de la sociedad resultante, que en última instancia es la que habrá de asumir el impacto económico del derecho reconocido a los disidentes de la otra sociedad. Asimismo, una vez asegurado ese traspaso sin solución de continuidad, y como segunda consecuencia del sistema diseñado, el eventual ejercicio del derecho no paraliza el procedimiento hasta el total reembolso de los salientes, en particular no impide la expedición del correspondiente certificado previo. Para conseguir este resultado es necesario que las incidencias en relación con estos mecanismos, sobre todo por razón de la cuantía de la compensación, no permitan impugnar la validez de la fusión, pero esto solo se consigue con el tránsito del EM de la sociedad que se extingue al EM de la sociedad resultante, sin merma de los derechos de aquellos socios. En definitiva, para imprimir mayor celeridad y seguridad a la FT, ha sido necesario abdicar parcialmente de la solución conflictual y separadora de la Directiva 2005/56, y optar por una mayor comunicación entre sistemas jurídicos, hasta el extremo de

<sup>75</sup> Algunos países han querido llevar la norma de la Directiva a sus leyes nacionales. Es el caso de Italia en el artículo 10.2 DL 108/2008, o de Francia en el artículo L. 236-28 Code de Commerce. Pero en el caso de fusionarse con una sociedad española, ninguna de estas leyes podría ofrecer a sus socios la misma opción del Derecho español. Simplemente, aceptan que los socios de la española se beneficien del sistema previsto en nuestra ley y asumen las consecuencias de su ejercicio. El problema en la práctica está en la poca fiabilidad del sistema español en su relación con la impugnación de la fusión, pues la habilitación de este mecanismo no impide, como regla, que la fusión sea atacada judicialmente por causa del tipo de canje, al menos antes de la inscripción, pues después se ha de estar al régimen legal de la resultante en materia de nulidad (para España, art. 47 LME). En general, como destaca FRANÇOIS; «Cross-Border Mergers in France». En PAPADOPOULOS (director); *Cross-Border Mergers*, (AA.VV.). Cham, Suiza: Springer, 2019, pp. 295-324, , esp. p. 305. ISBN: 978-3-030-22752-4, poco interés tendrán los socios de una sociedad en aprobar medidas que no les favorecen.



traspasar ciertas consecuencias previstas en un EM al otro, y esto solo es posible sobre la base de una mayor semejanza entre esos mismos sistemas. De todos modos, con carácter general el cdo. 17 Directiva 2019/2121 señala que los EEMM pueden mantener o introducir normas adicionales de protección de los socios, pero con el límite de que *«no entren en conflicto con las previstas en virtud de la presente Directiva o con la libertad de establecimiento»*, y dichas normas tampoco *«deben afectar a los derechos individuales de los socios»*. Es decir, pueden ser específicas para la FT, sin trasunto en la FN.

## 2.1. Derecho de separación

Aunque no es el término empleado en el art. 126.bis DS, sirve para explicar este mecanismo de protección de los socios, cuyas características principales establece la DS y los EEMM están obligados a cumplir.

— Naturaleza y presupuesto: consiste en un derecho a enajenar sus acciones/participaciones, a cambio de una compensación en efectivo adecuada, siempre que, como consecuencia de la FT, tuvieran que adquirir acciones/participaciones de la sociedad resultante, sujetas al Derecho de un EM que no sea el de su respectiva sociedad que se fusiona. Lógicamente, se habla de venta porque su ejecución no ha de ser previa a la inscripción final de la FT, y en ese sentido no ha de configurarse necesariamente como una amortización con reducción de capital, según el modelo típico de nuestro derecho de separación (tampoco exclusivo, art. 358 LSC). El sistema recuerda más al del art. 50.2 LME, con la posibilidad de que se adquieran también por un tercero, o por otros socios, que entonces recibirían las nuevas acciones/participaciones correspondientes al canje (las adquiridas por la misma sociedad no darán lugar al canje, art. 131.5.b) DS)<sup>76</sup>. En todo caso, el cdo. 18 Directiva 2019/2121 deja claro que no se verán afectadas las normas nacionales relativas a la validez de los contratos de compraventa y transmisión de acciones/participaciones, ni los requisitos específicos relativos a la forma jurídica (*«los EEMM deban, por ejemplo, poder exigir una escritura pública o una legitimación de firmas»*).

— Titulares: al menos, los socios que voten en contra de la aprobación del proyecto común<sup>77</sup>. Presupone, por tanto, asistencia a la JG, en su caso por representante. De esta regla de mínimos quedan fuera, no solo los socios que no han podido votar, bien sea por la naturaleza de sus acciones/participaciones (sin voto), bien por hallarse en alguna situación especial (accionista moroso), también aquellos que no han querido votar en contra, ya sea por no asistir a la JG, abstenerse, o por votar en blanco (problemático el voto en contra anulado). Una zona oscura es la de aquellos socios a los que se prive del derecho de voto por una cau-

<sup>76</sup> Según la propuesta de Directiva el abono podía hacerse por las propias sociedades que se fusionan, por los demás socios o por terceros.

<sup>77</sup> La propuesta de Directiva se conformaba con que no hubieran votado a favor, e incluía a los titulares de acciones sin voto.



sa justificada, cuando aleguen que dicha justificación no concurría en realidad, exponiendo con ello el acuerdo a una posible impugnación. No obstante, la DS permite —opcional— que los EEMM puedan conferir a otros socios este derecho. A modo de ejemplo, el cdo. 18 Directiva 2019/2121 alude socios titulares de acciones/participaciones sin voto, pero podría hacerse extensivo a los otros casos. De todos modos, al tratarse de una habilitación explícita de la DS, la inclusión de nuevos sujetos no supondría discriminación en contra de la FT, aunque en la FN fueran menos sujetos los legitimados.

— Forma de ejercicio: el voto en contra no es suficiente y los EEMM habrán de establecer el plazo para el ejercicio del derecho de salida mediante la oportuna declaración del socio, que no podrá exceder de un mes —sí ser menor— a contar de la JG (recordemos que en el art. 348 LSC es desde la publicación/comunicación). Asimismo, las sociedades habrán de facilitar una dirección electrónica para recibir dicha declaración. No obstante, para el caso de que el EM amplíe la legitimación a quienes, por carecer del derecho de voto, no han podido votar en contra en la JG, la DS autoriza al EM a exigir que se demuestre adecuadamente, y a más tardar en la JG, la oposición expresa al proyecto común de fusión transfronteriza o la intención de los socios de ejercer el derecho a enajenar sus acciones o participaciones, o ambas. De no ser así tendrán que ejercitar el derecho en el plazo general posterior a la JG. Poco clara es la habilitación a los EEMM para que la constancia de oposición al proyecto común de FT se considere como una prueba adecuada del voto en contra, pues el voto en contra, como circunstancia de hecho, ha sido emitido o no por el socio, y así resultará del acta de la JG, pero no admite una prueba por equivalencia. Cuestión distinta es que dicha oposición puede equivaler a un voto en contra, cuando éste finalmente no se haya emitido, o no se pueda emitir, sobre todo en esos otros casos a los que antes me referí (el socio no vota, pero muestra su oposición). Probablemente sea esto último, pues en otras versiones lingüísticas de la DS el término «prueba» no aparece («als ordnungsgemäße Dokumentation einer negativen Stimmabgabe gilt», «to be considered proper documentation of a negative vote», «sia considerata un'adeguata documentazione di un voto contrario», «soit considéré comme justificatif adéquat d'un vote négatif», «seja considerado como forma adecuada de documentar um voto negativo»). En perspectiva más amplia, en Alemania se admite por algunos autores una forma de comportamiento bipolar, donde el socio no emite un voto negativo para evitar así el bloqueo del acuerdo, pero hace constar al mismo tiempo su oposición, sólo para asegurarse este derecho<sup>78</sup>. Esta situación quizá pudiera aceptarse cuando se trate de alguien que pudo votar en la JG, pero no lo hizo, aunque se opuso, pero en ningún caso sería admisible con un voto a favor.

— Compensación: en primera instancia, el importe de la compensación en efectivo se fija por las propias sociedades y el detalle de la oferta debe aparecer

<sup>78</sup> Para DRINHAUSEN; «§ 122». En SEMLER/STENGEL: *UmwG*. Munich: Bech, 2012, § 122i, Rn. 5. ISBN: 978-3-406-60577-2, el socio puede tener interés en no impedir la operación, pero considerar inconveniente para él por razones personales —p. ej., fiscales— seguir en la sociedad extranjera resultante, sin que esto suponga un comportamiento contradictorio.

destacado en el proyecto para cada una de las afectadas (todas, menos la resultante). Sobre dicha compensación deben informar a sus socios los administradores de cada una de esas sociedades, pero es el perito independiente el que habrá de dictaminar si la compensación es adecuada, y para ello *«tendrá en cuenta todo precio de mercado de las acciones o participaciones de las sociedades que se fusionen antes del anuncio de la propuesta de fusión o el valor de las sociedades excluido el efecto de la fusión propuesta, determinado de conformidad con los métodos de valoración generalmente aceptados»* (art. 125.3 DS). Es decir, se valora sin tener en cuenta la fusión. Ahora bien, el socio que considere inadecuada esa compensación tendrá derecho *«a reclamar una compensación en efectivo complementaria ante la autoridad competente o el organismo habilitado en virtud del Derecho nacional»*. Aunque el pago se haga por la sociedad extranjera resultante, la autoridad nacional ha de ser del EM de la sociedad que se extingue y a la que pertenecen los socios *«separados»*, correspondiendo a ese EM la competencia exclusiva para resolver estos litigios, en aplicación de su propia normativa<sup>79</sup>. Los EEMM establecerán un plazo para la reclamación de la compensación en efectivo complementaria<sup>80</sup>, incluso, según el cdo. 19 D. 2019/1132, podrán exigir a los socios que indiquen, al ejercitar el derecho, que tienen intención de impugnar la compensación. Asimismo, podrán disponer que la decisión definitiva sea válida respecto de todos los socios que hayan ejercitado el derecho en esa sociedad. Es decir, eficacia *erga omnes*, aunque no hayan sido los reclamantes. Como puede verse, el sistema se asemeja muy poco al seguido en España para la valoración de las acciones/participaciones del socio separado, y se aproxima algo más al del art. 38. LME, donde el experto designado por el RM revisa la relación canje —ahora, la compensación— previamente calculada por la sociedad y, en su caso, validada por un primer perito.

— Abono: aunque es asunto del EM de origen de la sociedad afectada, es posible que al final se pague la compensación por la sociedad resultante, y para ello los EEMM deberá fijar un plazo que no expirará más tarde de dos meses después de la fecha en que la FT surta efecto<sup>81</sup>.

— Impugnación: sobre esta base, al haberse habilitado un mecanismo verdaderamente transnacional para la protección del socio, que ni siquiera se ve alejado de su entorno nacional para hacerlo efectivo, en su caso reclamando una compensación complementaria, se entiende que el art. 126.4 DS excluya la impugnación de la FT por razón de esta compensación en efectivo, o de la información facilitada sobre la misma. Lógicamente, los socios privados de este derecho mantendrán sus opciones impugnatorias, pero por otros motivos.

<sup>79</sup> En realidad, la impugnación tiene por objeto el control del acuerdo en cuanto a ese extremo; v. STJUE de 7 de marzo de 2018 (E.ON) C-560/2016.

<sup>80</sup> Un mes desde la aceptación de la oferta en la propuesta de Directiva.

<sup>81</sup> En la propuesta de Directiva el abono necesariamente tenía que ser después de que la FT hubiera surtido efecto, ahora, parece que también se admite un pago anterior.

Los cambios en nuestra LME pueden ser de mucho calado, aunque en gran medida vendrán determinados por una decisión inicial de nuestro legislador sobre si seguir con nuestro modelo de un reembolso previo a la eficacia de la FT, o cambiarlo para dejar que el abono se haga después por la sociedad resultante, aunque sea extranjera. A diferencia de la propuesta Directiva no parece que el texto final imponga necesariamente esta segunda opción. De mantener el sistema tradicional, aparte del cambio en la forma del cómputo del plazo, y de las cuestiones de legitimación, lo más destacado es que el importe de la compensación se fija anticipadamente para su inclusión en el proyecto de fusión, con la posibilidad de reclamar una compensación complementaria. No está claro que este procedimiento puede consistir, como en la actualidad, en un simple mecanismo de designación de un experto por parte del RM para la valoración de las acciones/participaciones, sobre todo, porque, como señala el cdo. 20 Directiva 2019/2121, el socio ha de tener «derecho a participar en tales procedimientos» y esa participación no se puede limitar a solicitar su nombramiento.

## 2.2. *Derecho a una compensación complementaria al canje*

Los socios que no se separen, con independencia de que tuvieran derecho a hacerlo, y de cómo hubieran votado en la JG (incluso, a favor), pueden impugnar la relación de canje cuando entiendan que es inadecuada, reclamando un pago en efectivo, aunque los EEMM también pueden disponer que la sociedad resultante pueda aportar acciones/participaciones u otra compensación en lugar de dicho pago (quien no puede reclamarlo es el socio, que ha de conformarse con una compensación en metálico, aunque realmente prefiera el número mayor de acciones/participaciones que le corresponda). Igual que en el supuesto anterior, el procedimiento se iniciará ante la autoridad competente o el organismo habilitado en virtud del Derecho del EM al que esté sujeta la sociedad correspondiente que se fusiona, dentro del plazo establecido por ese Derecho nacional, y no será obstáculo para el registro de la FT. Obviamente, como destaca el cdo. 21 Directiva 2019/2121, se deberá tener en cuenta el importe de cualquier pago en efectivo complementario incluido en el proyecto (recordemos que éste puede ser en ocasiones superior al 10 %). La decisión será vinculante para la sociedad resultante de la FT<sup>82</sup>. Los EEMM también podrán disponer que la relación de canje de las acciones/participaciones establecida en dicha decisión sea válida respecto de cualesquiera socios de la sociedad que se fusiona afectados que no tenían o no ejercieron su derecho a enajenar sus acciones/participaciones<sup>83</sup>. Consecuente-

<sup>82</sup> La propuesta de Directiva era más rotunda para expresar el efecto que la resolución tendría sobre la sociedad resultante, pues se trataba de que el órgano jurisdiccional del EM de la sociedad que se extingue, «tenga la facultad de ordenar a la sociedad resultante de la fusión transfronteriza que pague una indemnización a los socios que hayan impugnado con éxito tal relación».

<sup>83</sup> Una solución muy alemana (§ 13 SpruchG), pero conviene recordar que esta resolución recae en un procedimiento especial seguido ante el juez (*Spruchverfahren*) contra la sociedad resultante (*Antragsgegner*), con indicación en el escrito de inicio de los motivos concretos de oposición (*Antragbegründung*), nombramiento de oficio de un representante común para todos los interesados que

mente, la FT tampoco será impugnada por causa de la relación de canje, o de la información facilitada relativa a la misma.

Tampoco el sistema se corresponde exactamente con el del art. 38 LME, sobre todo por sus presupuestos, y será necesario introducir modificaciones en nuestra ley. En este caso, como en el anterior del derecho de separación, queda a la decisión del legislador español que esa reforma suponga un cambio general en el régimen de la fusión, o se circunscriba finalmente a la FT.

## X. PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

### 1. Marco legal español y europeo

El art. 4.2 D 2005/56 simplemente autorizaba a los EEMM a incorporar disposiciones sobre la protección de los acreedores de las sociedades fusionadas que pudieran tener en cuenta el carácter transfronterizo de la fusión, y aparentemente de naturaleza especial frente al régimen de la FN. Conviene recordar cómo la salvedad referida a su carácter transfronterizo se vino interpretando por algunos EEMM en el sentido de permitir reglas específicas para la FT, distintas de las aplicables a la FN, pero no sin dudas en la doctrina<sup>84</sup>. No obstante, como ya señalé, en la sentencia del caso *KA Finanz* el TJUE parece alinearse con la tesis

no han instado el procedimiento (*Gemeinsamer Vertreter*), emplazamiento y contestación de la sociedad, celebración de vista y posibilidad de recurso. Poco que ver con el actual sistema español.

<sup>84</sup> De nuevo, el ejemplo paradigmático es el Derecho alemán, que combina la norma prevista para la FN del § 22 UmwG (remisión genérica del § 122a UmwG), con la norma especial del § 122j UmwG, sólo para el caso de ser extranjera la sociedad resultante. Según el primer sistema los acreedores tienen un plazo de seis meses que empieza a contar desde la publicación de la inscripción de la fusión en el registro de la sociedad de la cual son acreedores, dirigiéndose la reclamación contra la resultante. Para demandar la garantía han de acreditar que la fusión pone en peligro su pretensión (§ 22.1 UmwG). Trasladar este mismo sistema a los acreedores de una sociedad alemana cuando la resultante es extranjera, presentaría el serio inconveniente de legislar entonces para una sociedad sometida a la ley de otro EM, de ahí que se haya optado por su configuración en el § 122j UmwG como un mecanismo preventivo que opera antes de la eficacia de la fusión, donde el plazo —mucho más corto, dos meses— cuenta desde la publicación del plan de fusión —o su proyecto— y la reclamación se dirige contra la sociedad alemana que se extingue. En paralelo el § 122k UmwG exige la oportuna declaración de los administradores sobre la correcta prestación de las garantías, sin la cual no se expedirá la imprescindible certificación previa. Esto les confiere una mayor capacidad de presión, desconocida en la FN, ya que pueden bloquear la FT. Esta superior incidencia en el despliegue de la FT que consiguen los acreedores gracias a la anticipación del mecanismo de tutela y a su exigencia como requisito para la certificación previa, hizo dudar a un sector de la doctrina alemana de la conformidad con la Directiva 2005/56 (BAYER; «§ 122». En LUTTER; *UmwG* (AA. VV.). Colonia: Otto Schmidt, 2009, § 122j, Rn. 9. ISBN: 978-3-504-37020-6; DRINHAUSEN; *op. cit.* § 122j, Rn. 3), objeción que salvaban algunos autores recordando que los administradores siempre pueden evitar el obstáculo si consideran que los acreedores no tienen realmente derecho de oposición y así lo declaran SIMON/RUBNER; «§ 122». En *Kölner Kommentar zum UmwG*. Carl Heymans, 2009, § 122j, Rn. 18. ISBN: 978-3-452-26097-0; para KULENKAMP; *op. cit.*, p. 329, esa declaración es imprescindible, pues sin ella el riesgo de completar la fusión sin atender la reclamación de las garantías sería muy grande, haciendo que al final la sociedad extranjera resultante tenga que hacer frente a las reclamaciones inatendidas, cuando la finalidad de la ley es que el mecanismo opere con carácter preventivo, a diferencia de la FN).

que defendía que estas reglas deben corresponderse con las de los arts. 13-15 de la tercera Directiva (ahora, arts. 98-100 DS), es decir, con las de la legislación nacional que se aplicaban a esa sociedad<sup>85</sup>.

En su momento el legislador español optó en este punto por la remisión en bloque a la normativa general. En teoría el sistema configura esta oposición como un mecanismo previo de garantía, pues no podrá otorgarse la escritura de fusión hasta que haya transcurrido el mes para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores (art. 44.1 LME). En el pasado no estaba claro si la infracción de este derecho podía servir de fundamento para la impugnación de la fusión, al no tratarse en rigor de una causa de nulidad o anulabilidad del acuerdo, o si únicamente habilitaba para exigir con posterioridad las oportunas garantías. La reforma del art. 44.4 LME por el RDL 9/2012 se inclina por esta segunda solución. Está claro, por tanto, que no hay base para impugnar la FN por este motivo, sino que el acreedor reclamará la prestación de la garantía o el pago de la sociedad resultante, que hace suya la obligación por el mero hecho de la sucesión universal. A tal fin se ha previsto la posibilidad de solicitar —en cualquier tiempo— la práctica de una nota al margen de la inscripción practicada, en la que se haga constar el ejercicio del derecho de oposición. Por eso, aunque el art. 44.3 LME sigue insistiendo en que la fusión «no podrá llevarse a efecto» hasta la prestación de la garantía, un eventual conflicto con un acreedor debe solventarse exclusivamente en la vía judicial, sin que el RM pueda obstaculizar la inscripción, aunque le conste que el ejercicio de este derecho no ha sido debidamente atendido. De todos modos, ese trámite registral resultará muy problemático en la FT, sobre todo cuando sea extranjera la sociedad resultante, pues todo dependerá de lo que haya previsto la normativa de su EM sobre los asientos practicables en su RM y difícilmente contemplará una nota de este tipo, mucho menos al amparo de una ley extraña. A la inversa, cuando española sea la sociedad española, tendrá que hacer frente a la reclamación pertinente para la constitución de las garantías no prestadas por la sociedad extranjera<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Dice la sentencia: «del considerando 3 y del artículo 4 de la Directiva 2005/56 resulta que una sociedad que participe en una fusión transfronteriza sigue estando sometida, en cuanto a la protección de sus acreedores, a las disposiciones y a los trámites de la legislación nacional que sería aplicable en una fusión nacional. De ello resulta que las disposiciones que regulan la protección de los acreedores de la sociedad absorbida, en un caso como el controvertido en el litigio principal, son las de la legislación nacional que se aplicaban a esa sociedad. Como los Estados miembros, en una fusión nacional, deben cumplir los arts. 13 a 15 de la Directiva 78/855 en lo relativo a la protección de los acreedores, están obligados, por tanto, a cumplir también esas disposiciones en una fusión transfronteriza». Según parece, en Alemania es opinión común, tras esta sentencia, que el sistema de la *UmwG* no es conforme con la D. 2005/56; v. MOCK; «The implementation of the Cross-Border Mergers Directive (2005/56/EC) in Germany: a story of insufficiencies and (better) alternatives». En PAPADOPOULOS (director); *Cross-Border Mergers* (AA.VV.). Cham, Suiza: Springer, 2019, pp. 325-341, esp. p. 331; también SCHMIDT; *op. cit.* p. 18.

<sup>86</sup> Sería el caso, por ejemplo, de la necesidad de cumplir con las garantías dispuestas por el tribunal holandés, de haber ejecutado la fusión sin respetar los derechos de los acreedores (art. 2:316-5 DCC). También de Alemania en caso haber realizado inexactamente la declaración del § 122k.1 *UmwG*, pues la consecuencia es que la sociedad extranjera resultante viene obligada a su constitución o al pago. Lo mismo en Polonia cuando la certificación previa constata la existencia de una contienda judicial sobre la prestación de las garantías reclamadas por los acreedores, a pesar de la

Pero la aplicación de los mecanismos dispuestos en cada legislación para la tutela de los acreedores genera un inevitable retraso y una grave complicación para la ejecución de la fusión, pues los plazos y los procedimientos no son idénticos en cada país, de ahí que deban acumularse<sup>87</sup>. No obstante, esta acumulación sólo se refiere a su observancia por separado, y en última instancia a que la resultante deba soportar las consecuencias económicas de su ejercicio en todas ellas, pues se subroga en las garantías prestadas, o en la obligación de prestarlas<sup>88</sup>. En ningún caso supone la aplicación a los acreedores de una sociedad del sistema previsto para la extranjera, aunque se considere más protector, o estuviere emplazado temporalmente después de la eficacia de la fusión, en un momento en que todos son ya acreedores de la resultante. En este punto la separación es clara y los acreedores no pueden acudir a varios sistemas sucesivamente, o de forma selectiva a su elección, pues sólo están amparados por la ley correspondiente a la nacionalidad de su sociedad originariamente deudora<sup>89</sup>.

Pero el efecto de asunción automática por la resultante, en su caso de la obligación de constituir las garantías comprometidas según la ley de la sociedad transmitente, se produce de forma automática y sin necesidad de aceptación expresa por las demás sociedades, o de su inclusión en el proyecto de fusión. En este punto el contraste es claro con los mecanismos de tutela de los socios del art. 10.3 Directiva 2005/56. Otra cosa es que se aproveche el proyecto para informar sobre los mismos, sobre todo porque el criterio más generoso de una legislación nacional puede ser una verdadera sorpresa para la sociedad sometida a otra ley. Pensemos en el caso español donde todos los acreedores, también los de la absorbente, salvo que ya se encuentren suficientemente garantizados, disfrutan

---

cual se considere posible su realización. En cambio, si la sociedad era belga la falta de constitución de la garantía provocará la inmediata exigibilidad del crédito, en este caso frente a la española resultante (art. 12:15 *Cod. Soc.*), y en términos semejantes la legislación de Luxemburgo (art. 1021-9.1 de la Ley modificada de 1915). Mientras que en Francia la falta de reembolso de los créditos o de constitución de las garantías exigidas, no será oponible la fusión a este acreedor (art. L236-14 *Code de Commerce*).

<sup>87</sup> El ejemplo de FRANÇOIS; cit., p. 304, de una fusión en la que intervienen una sociedad francesa y otra italiana, y los problemas por la aplicación combinada de un sistema *ex ante* con plazo de 30 días, y otro *ex post* con plazo de 60 días. Sobre Luxemburgo y Bélgica, v. CORBISIER; «Cross-Border mobility within the EU and specifically in Luxembourg and Belgium: same destination, different roads», *European Company Law Journal*, 2019/16, pp. 18-30, esp. p. 27.

<sup>88</sup> Lógicamente, la fusión no modifica la ley aplicable a los contratos que hubiera concluido la sociedad absorbida.

<sup>89</sup> Sería el caso, por ejemplo, de Bulgaria o de Polonia, donde los administradores han de gestionar separadamente durante seis meses los activos que reciben de cada sociedad, con un derecho de preferencia sobre los mismos de sus acreedores respectivos; pero esta restricción no se debería aplicar a los bienes procedentes de la sociedad española, pues sus acreedores ya fueron protegidos de diferente manera, aunque algunos de ellos no hicieran uso de la posibilidad de oponerse, ni cuenten con garantías propias. En Holanda, se considera aplicable a la FT el art. 2:322 CC que permite, respecto de la sociedad holandesa que deja existir, cuando los términos de un contrato no resulten razonables en la nueva situación, que el juez pueda disponer su rectificación o la resolución misma del contrato, en un plazo de seis meses desde el depósito del documento notarial; la sociedad española resultante habría de contar con ello.



de este derecho, aunque objetivamente no haya razones para considerar que su situación empeore<sup>90</sup>.

Por último, los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores, salvo que la fusión hubiere sido aprobada por la asamblea de obligacionistas (art. 100 DS y art. 44.2.II LME, para la FN).

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

Según el art. 126.ter DS los EEMM establecerán un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores cuyos créditos hayan nacido con anterioridad a la publicación del proyecto común de FT y aún no hayan vencido en el momento de dicha publicación. Este sistema podrá ser específico para la FT, o asemejarse al general de la FN. Como vimos al tratar del proyecto común, éste deberá recoger información sobre las garantías ofrecidas por cada sociedad a sus acreedores, tales como fianzas y prendas. Los EEMM habrán de velar entonces porque los acreedores que no estén satisfechos con estas garantías puedan solicitar a la autoridad administrativa/judicial pertinente las garantías adecuadas en el plazo de tres meses a partir de la publicación del proyecto común, siempre que dichos acreedores puedan demostrar de forma creíble que la satisfacción de sus derechos está en juego debido a la FT y que no han obtenido garantías adecuadas de las sociedades que se fusionan<sup>91</sup>. Como señala el cdo. 23 Directiva 2019/2121, al valorar dichas garantías la autoridad correspondiente ha de tener en cuenta si el crédito del acreedor frente a la sociedad o frente a un tercero tiene un valor al menos equivalente y una calidad crediticia proporcional a la que tenía antes de la operación transfronteriza y si puede reclamarse en el mismo foro (obvio, en el caso de la resultante). Aunque no lo destaque la DS, el procedimiento se se-

<sup>90</sup> En este punto el contraste de nuestra ley con otros sistemas no puede ser mayor. Pensemos en el sistema alemán donde es necesario acreditar que la fusión pone en peligro la pretensión del acreedor (§ 122.j.1 UmwG, «dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird»). Otros ordenamientos establecen criterios más objetivos, como es el caso de Austria donde determinados datos sobre el capital y las reservas eximen a los acreedores de tener que probar el riesgo (§ 13.1 EU-VerschG), y en términos parecidos para Eslovenia. En el sistema italiano se ha de esperar sesenta días desde el depósito del acuerdo para permitir a los acreedores oponerse a la fusión, con el efecto de paralizar su ejecución (art. 2503 *Codice Civile*); la ley contempla la posibilidad de que el tribunal considere infundado el perjuicio para los acreedores que se hayan opuesto (art. 2445.IV *Codice Civile*), pero será posible anticipar la ejecución de la fusión cuando el informe de expertos sea redactado, para todas las sociedades, por una única sociedad de revisión, la cual asevere, bajo su propia responsabilidad, que la situación patrimonial y financiera de las sociedades participantes no hacen necesaria la garantía para tutela de dichos acreedores.

<sup>91</sup> En la propuesta de Directiva se presumía la ausencia de perjuicio cuando las sociedades publicaran un informe pericial independiente en el que se concluya que no existe una probabilidad razonable de perjuicio indebido para los derechos de los acreedores, o se les ofrezca un derecho de pago, ya sea contra un garante tercero, o contra la sociedad resultante, por un importe al menos equivalente al crédito original, que pueda someterse a la misma jurisdicción que aquél y de una cualidad crediticia al menos proporcional al crédito original del acreedor inmediatamente después de la conclusión de la fusión.



guirá en el país de origen de la sociedad, que puede ser la que se extinga por la fusión, aunque la condena y correspondiente obligación de constituir la garantía «adecuada» recaerá sobre la sociedad extranjera resultante. Lógicamente, estas garantías habrán de supeditarse a que la fusión transfronteriza surta efecto con arreglo al art. 129 DS. En cambio, no se ha previsto en la FT la posibilidad de que los acreedores puedan iniciar un procedimiento contra la sociedad resultante en el EM de origen dentro de los dos años a partir de la fecha en eficacia de la FT, y que sí se regula en los casos de transformación transfronteriza (art. 86. *undecies*.4 DS), posibilidad que se suma a otras normas relativas a la elección de foro aplicables con arreglo al Derecho de la UE. Estas reglas son independientes de la aplicación del Derecho de los EEMM sobre el cumplimiento o la garantía de las obligaciones pecuniarias o no pecuniarias debidas a organismos públicos, que pueden hacer necesario el pago o la constitución de garantías específicas<sup>92</sup>.

Por otro lado, los EEMM podrán exigir que el órgano de administración/dirección de cada una de las sociedades que se fusionen haga una declaración que refleje con exactitud su situación financiera actual en una fecha no anterior a un mes antes de la publicación de dicha declaración. En la declaración se hará constar que, sobre la base de la información a disposición del órgano de administración/dirección de las sociedades que se fusionen en la fecha de dicha declaración, y después de haber efectuado las averiguaciones que sean razonables, dicho órgano de administración/dirección no conoce ningún motivo por el que la sociedad resultante de la fusión no pueda responder de sus obligaciones al vencimiento de éstas. Aunque parece que hay una declaración referida a cada sociedad sobre su situación financiera, y otra conjunta sobre la solvencia de la resultante, del cdo. 25 Directiva 2019/2121 se desprende que es una sola declaración de solvencia referida a la resultante y obliga a los administradores de las sociedades que se extinguen a hacerse responsables por no haber comprobado debidamente la situación de una sociedad que no era la suya. Corresponderá a cada EM determinar las consecuencias apropiadas de prestar declaraciones falsas o engañosas, «entre las que deben incluirse sanciones y responsabilidades efectivas y proporcionadas de conformidad con el Derecho de la Unión» (cdo. 25). La declaración se publicará junto con el proyecto común de FT de conformidad con el art. 123. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la aplicación del Derecho de los EEMM sobre el cumplimiento o la garantía de las obligaciones pecuniarias o no pecuniarias debidas a organismos públicos.

La adaptación de nuestro Derecho supondrá, al menos para la FT, la necesidad de «endurecer» las condiciones de ejercicio del derecho de oposición de los acreedores, pues en el futuro no podrá bastar con el mero hecho de no haber

<sup>92</sup> Recordemos en este punto la STJUE de 5 de marzo de 2015 (*Modelo*) C-343/13, al entender que el concepto patrimonio pasivo en la fusión incluye las expectativas de sanción que pudieran resultar de actos cometidos con anterioridad a la fusión por la absorbida; como destaca ARENAS, R; «Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida». *La Ley UE*, 2015/28, p. 5. ISSN: E 2255-551X; la clave de la sentencia está tanto en la responsabilidad económica, sino en el hecho en que se sanciona, no a la absorbida, sino a la absorbente.

vencido el crédito, carecer de garantías propias suficientes y ser anterior a una determinada fecha. El acreedor tendrá que demostrar «*en forma creíble*» que su derecho «*está en juego*» debido a la FT. Aquí no vale que el EM pueda establecer un régimen más protector, pues dicho régimen supondría un entorpecimiento a la FT. Adviértase que el cambio afectará a todas las sociedades españolas implicadas en una FT, incluso a la resultante que sea española, y también una de las que se extingue. También habrá de cambiar la fecha de referencia, pues siempre habrá de ser la de publicación, ya sea en la página web o en el RM (recordemos que no cabe la excepción del art. 42 LME). Por lo demás el sistema español se ajusta en cuanto a los efectos al previsto en la DS, en el sentido de que la reclamación no impide la continuación del proceso de fusión, pero convendría prescindir en la FT de la nota marginal en el RM, por inútil, y en ocasiones impracticable.

## XI. CERTIFICADOS PREVIOS A LA FUSIÓN

### 1. Marco legal español y europeo

Como vimos al comienzo, el control del procedimiento de fusión en la Directiva 2005/56 se desdobra en dos niveles, el primero de alcance estrictamente nacional y para las sociedades existentes, nunca la de nueva creación, y tampoco de forma necesaria a todas ellas, pues cabe eximir a la sociedad resultante, e incluso a una de las sociedades que se extingue, cuando la resultante sea compatriota suya, pues entonces el control es desplegable para ellas en un único nivel final<sup>93</sup>. En el primer nivel el examen queda circunscrito a la legalidad de la fusión para la parte del procedimiento sujeta a cada una de las leyes en concurrencia y corre a cargo de la autoridad designada por esa misma ley. En general es toda la parte relativa al proceso de toma de decisiones sobre la fusión y protección de los socios y de los acreedores, así como los derechos de los trabajadores en materias distintas de la participación, pero de forma completa para esa fase del proceso, sin perjuicio de la posible infiltración de requisitos extraños en documentos de naturaleza común<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> Ciertamente, es una posibilidad que no resultaba con claridad de la Directiva 2005/56, que parece exigir la certificación previa en todo caso, también para la sociedad resultante, pero se deduce de ella y el legislador español optó por acogerla (art. 65.3 LME).

<sup>94</sup> Una aclaración especial es necesaria cuando se trata de menciones que necesariamente comparten en el proyecto común de fusión la sociedad que se extingue y la resultante, pero sujetas a criterios dispares en cada país. Pensemos en la fecha de efectos contables a la que antes me referí. Como quiera que el RM suele calificar la corrección de esta fecha, la cuestión es con arreglo a qué ley debe hacerse el control en la FT, pues de ser con la ley extranjera el mismo quedaría automáticamente remitido a la autoridad de esa nacionalidad, con la consiguiente abstención del RM español. En mi opinión se trata de una circunstancia que incide en la imagen fiel de las cuentas de la sociedad resultante y, por tanto, su ley gobierna la elección de esa fecha. Nada tiene que ver esta situación con la fecha de eficacia de la fusión, también sometida a los dictados de esa ley, y que podría llevar, en su caso, a la necesidad de formular las cuentas anuales de la sociedad española que se extingue, cuando esa eficacia se demore más allá del plazo previsto en nuestra ley para formularlas, y siempre con independencia de la fecha de efectos contables que la ley extranjera permita aplicar en el proyecto.

En España, la emisión del certificado corresponde al RM, cometido que cumple a la vista de los datos obrantes en el mismo RM y en la escritura de fusión (art. 64 LME). Por eso, aunque se hable de un certificado previo, en realidad comprende casi todo el proceso, hasta el momento anterior a la ejecución y la plena eficacia por su inscripción en el RM de la resultante, pues se basa en el otorgamiento conjunto de la escritura de fusión, de ahí que se trate de una precedencia temporal bastante relativa, ya que resulta exhaustiva para la sociedad española. En otros ordenamientos, la situación puede ser algo distinta, pues no se exige un documento unitario posterior a los acuerdos, suscrito por todas las sociedades. En estos casos sí que el control es previo en el tiempo, al haberse materializado en cada sociedad antes de la realización conjunta, pues ésta ya se someterá al control último de legalidad mediante la comprobación de la existencia de todos los acuerdos, aunque sea por separado.

El otorgamiento de la escritura pública de fusión por estar presente una sociedad española matiza un poco esa división en dos fases, que claramente se mantiene en relación con el alcance del control, pero no tanto en el corte temporal, pues al RM español llamado a expedir la certificación previa ya llega el negocio completo, aunque no le incumba la calificación de la FT en su integridad, sino sólo de los aspectos sometidos a ley española, entre los que se halla esa forma documental. Por ello, en la FT este examen es de mayor alcance que el previsto en momento similar para la FN, donde el RM apenas se limita a constatar la ausencia de obstáculos registrales, pero deja el control exhaustivo de los requisitos de procedimiento al RM territorial que finalmente sea competente (Res. de 06/04/2013). Ahora el RM despliega un control completo de toda la parte del procedimiento sujeta a la legislación española, no sólo de los aspectos registrales, aunque sólo para la sociedad de nuestro país. Por otro lado, como la certificación sólo puede ser positiva, frente a la negativa a expedirla cabrán los recursos habituales, pues se trata de una calificación registral en sentido estricto. Por este motivo tampoco hay que hacer demasiado caso de la exigencia de una entrega «*sin demora*» del certificado a la sociedad del art. 64 LME, pues el RM dispondrá del plazo habitual para calificar<sup>95</sup>.

Una cuestión que puede resultar problemática es la de la posible limitación temporal de la vigencia de este certificado. La LME nada dice de forma explícita, fuera de recoger en el art. 65.1 LME, referido al control último de legalidad, la misma regla del art. 11.2 Directiva 2005/56 sobre el deber de la sociedad de remitir el certificado a la autoridad competente del RM de la sociedad resultante en el plazo de seis meses a partir de su expedición. Aunque dicho plazo coincide con el de cierre provisional de la nota del art. 231.3 Reglamento del Registro Mercantil —RRM—, ninguna norma nos aclara si el certificado español soporta alguna

<sup>95</sup> La Directiva no precisa las consecuencias en caso de no expedición del certificado, y por eso se considera que es una cuestión remitida a la competencia de cada EM, pero está claro que no podría operar una modalidad de silencio administrativo positivo, pues ante la autoridad del EM de la sociedad resultante se ha de presentar un documento que demuestre de forma concluyente la correcta realización del trámite.

limitación temporal de vigencia, que entonces debería apreciar el RM de fuera, ni cómo ha de actuar el RM de España cuando la certificación foránea se presenta aquí fuera de ese plazo, y lo sorprendente es que en el espacio europeo tampoco las cosas están muy claras. La Directiva sólo establece el plazo para su remisión y normalmente las legislaciones nacionales se han limitado a incorporarlo a sus ordenamientos en los mismos términos, pero en algún país se entiende que el certificado no tiene límite de vigencia (Bulgaria), mientras que otros limitan expresamente su validez a los seis meses (Chequia)<sup>96</sup>.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

En este punto la DS supone un cambio profundo, pero no en cuanto a la función del certificado previo de hacer posible un control autóctono de la legalidad nacional por parte de una autoridad del mismo EM, hermético frente a cualquier injerencia de la autoridad extranjera del EM de la sociedad resultante, llamada al control de legalidad de todo el proceso. Al contrario, en este punto la DS refuerza la compartimentación inicial de la Directiva 2005/56 al dejar muy claro en el art. 128 que esa última autoridad «*aceptará el certificado previo a la fusión como prueba concluyente de la correcta cumplimentación de los procedimientos y trámites previos a la fusión aplicables en su Estado miembro respectivo*»<sup>97</sup>. El cambio está en el alcance de ese control, que pasa de un control circunscrito en la práctica a la observancia formal del procedimiento previsto en el EM para la FT, a un control mucho más intenso, a la par que difuso, de orden material.

Corresponde a cada EM la designación del tribunal, el notario u otra autoridad encargada de dicho control, aunque, a la vista del nuevo alcance del control, el art. 127.1 DS añade un muy significativo plural al referirse a las autoridades competentes, idea en la que se extiende el cdo. 34 Directiva 2019/2121: «*desig-*

<sup>96</sup> Especial interés presenta la situación en Alemania. Como ocurre en la FN, también la FT se inscribe en el RM de la sociedad alemana transmitente, hasta el extremo de que la notificación de esa inscripción ya vale como certificación (*Verschmelzungsbescheinigung*). El tema concreto de la validez temporal del certificado se aborda por la ley alemana desde una doble perspectiva, la de Alemania como país emisor del certificado para un RM extranjero por ser alemana la sociedad que se extingue (§ 122k.3 *UmwG*), y la de Alemania como país receptor del certificado extranjero por ser alemana la resultante (§ 122.l.1 *UmwG*). En el primer caso sólo establece el deber del órgano de administración de la sociedad alemana de presentar el certificado y el plan de fusión ante la autoridad competente del otro país, pero el precepto alemán no determina expresamente consecuencia alguna para el hecho de una presentación fuera de ese plazo. Todo dependerá de la decisión de la autoridad extranjera, que muy bien podría aceptar el certificado pasado ese plazo, o rechazarlo, en cuyo caso será necesario solicitar uno nuevo del RM alemán, pero nunca repetir todo el proceso, que ya se ha cerrado válidamente. La situación es muy distinta cuando el RM alemán tiene la última palabra por ser el de la sociedad resultante, pues entonces el § 122.l.1 *UmwG* no se refiere genéricamente al plazo de remisión, sino que limita de forma expresa la vigencia del certificado extranjero a los seis meses desde su expedición. La antigüedad es así un requisito que ha de comprobar el RM alemán y que podría provocar el rechazo de la inscripción.

<sup>97</sup> Cdo. 45 Directiva 2019/2121, «*las autoridades competentes del estado miembro en el que debe registrarse la sociedad tras la operación transfronteriza no pueden poner en cuestión la información facilitada en el certificado previo a la operación*».

*nar ... una o varias autoridades competentes para controlar la legalidad de la operación. Los órganos jurisdiccionales, notarios u otras autoridades, una administración tributaria o una autoridad en el ámbito de los servicios financieros pueden ser la autoridad competente. Si existe más de una autoridad competente, la sociedad ha de poder solicitar el certificado previo a la operación a una única autoridad, designada por los Estados miembros, la cual ha de coordinarse con las demás autoridades competentes».*

Por otro lado, se pasa a especificar con detalle la documentación necesaria para cumplimentar este trámite. Según el art. 127.2 DS a la solicitud se deberá acompañar, necesariamente:

- el proyecto común de fusión transfronteriza,
- el informe y el dictamen adjunto, si lo hubiera, a que se refiere el art. 124 DS (informe de los administradores), así como el informe a que se refiere el art. 125 (informe pericial), cuando estén disponibles, pues ya hemos visto que son renunciables<sup>98</sup>,
- las observaciones que se hubieran presentado de conformidad con el art. 123.1 por socios, acreedores o trabajadores<sup>99</sup>,
- la información sobre la aprobación por la JG.

Hemos de entender que toda la documentación que acompaña al proyecto común es la referida a la sociedad nacional del EM, no a las extranjeras, y así ha de ser, aunque en algún EM, como ocurre en España, acceda al RM un documento común otorgado por las sociedades, como es la escritura pública de fusión.

Se deja al EM en libertad para exigir otra documentación adicional, y de modo enunciativo («*en particular*») se especifican:

- el número de trabajadores en el momento de la elaboración del proyecto común de fusión transfronteriza,
- la existencia de filiales y su respectiva ubicación geográfica,
- información sobre el cumplimiento de las obligaciones debidas por la sociedad que se fusiona a organismos públicos; esta información se ha de poner en relación con el hecho de que el control para expedir la certificación previa ahora puede también incluir, si así lo decide el EM, verificar el cumplimiento o la ga-

<sup>98</sup> Hay un error en este punto, pues de dictamen se habla en el art. 125 como una parte del informe pericial en relación a la compensación en efectivo y a la relación de canje, pero no en el art. 124.

<sup>99</sup> Las observaciones de los trabajadores al informe de los administradores del art. 124.7 se adjunta al mismo informe y forman parte de él.

rantía de las obligaciones pecuniarias o no pecuniarias debidas a organismos públicos o el cumplimiento de requisitos sectoriales específicos, incluida la garantía de obligaciones derivadas de procedimientos en curso (art. 126.ter.3 DS).

No obstante, la autoridad competente del EM podrá requerir dicha información a otras autoridades pertinentes en caso de que no se facilite por la sociedad que se fusiona.

En general, para toda la documentación necesaria en cada EM, éste habrá de velar porque la presentación se pueda cumplimentar íntegramente en línea, de conformidad con las disposiciones aplicables del título I, capítulo III DS (añade el cdo. 41 Directiva 2019/2121, «*salvo casos excepcionales en los que ello le resulte técnicamente imposible*»). En relación con esto, además de la decisión previa que incumbe a cada EM sobre el alcance de la información necesaria, en España se ha de tener en cuenta que la escritura pública de fusión viene formalizando hasta ahora el concurso de los acuerdos de todas las sociedades sobre el proyecto de fusión y, por ello, los documentos reseñados, o se han de incorporar a la escritura, o acompañan a la misma para su presentación en el RM español (arts. 227, 228 y 230 RRM)<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> Conviene en este punto hacer una breve alusión al papel de la escritura pública en el proceso de FT. Adoptados los acuerdos de fusión, y una vez superados con éxito los trámites tutelares pertinentes de socios/acreedores, en nuestro Derecho se entra en la fase crítica de ejecución de la fusión, momento identificado con la firma de la escritura de fusión (art. 44.1 LME). Desde la perspectiva del derecho español el otorgamiento en ese instante presupone la conclusión del proceso societario por el intercambio a través de los representantes sociales del consentimiento prestado en las respectivas JJGG, sin que se reduzca a mero presupuesto formal para la inscripción en el RM. Aunque cada sociedad podría elevar a público su respectivo acuerdo de fusión, no se suple con ello el necesario otorgamiento conjunto de la escritura, ya que hasta entonces los acuerdos de las JJGG tienen un alcance puramente interno para cada sociedad, y no constituyen aún una declaración de voluntad recepticia para las demás. Esto no significa que el procedimiento haya concluido en su totalidad, pues todavía falta el trámite fundamental de la inscripción para la plena eficacia de la fusión, pero ya están completadas todas las actuaciones que las sociedades han de llevar a cabo de manera individual o conjunta, y sólo queda presentar el título en los RRMM correspondientes para la práctica de los asientos. Pero en la FT las cosas son mucho más complejas, por la necesidad de acoplar las exigencias propias de la ley española con las de aquellas legislaciones que no reclaman la intervención del notario, la han previsto de otro modo o en momento distinto (en el proyecto de fusión, para el acta de la asamblea, como mera legitimación de las firmas en un documento), o prescinden de toda instancia documental común posterior al proyecto, pues pasan directamente a la solicitud de registro y la acreditación por separado de los acuerdos de cada sociedad. Obviamente, no cabe imponer sin más a los otros sistemas la valoración del nuestro sobre el papel y el significado negocial de la escritura de fusión, y más en concreto de una escritura posterior a todos los acuerdos, de ahí que acuciados por la necesidad de pergeñar una solución común y válida en todos los casos, quizá se deba prestar más atención ahora al aspecto estrictamente procedimental, es decir, a la escritura como medio dispuesto para el acceso de la fusión al RM, en este caso el español. Pero así ha de hacerse, sin desconocer el papel que cumple la escritura en nuestro Derecho para la confluencia de todas las sociedades después de sus respectivos acuerdos. Siendo así, se aplica a todas las sociedades la solución formal prevista por la legislación más rigurosa, como modo de cumplir al final con todas ellas. Puede que la otra legislación considere esta formalidad innecesaria y sin especial valor, pero su sociedad quedará sujeta por el deber de otorgamiento conjunto de la escritura, al ser un trámite que le viene impuesto por razón del procedimiento de fusión en la parte que necesariamente está compartida, y por eso sometida a la norma más severa. Adviértase, que no



Pero, con ocasión de trasponer esta Directiva, la cuestión fundamental es cómo quedará esa escritura de fusión a la vista, no tanto de la Directiva de movilidad que ahora nos ocupa, como de la Directiva de digitalización, también de próxima trasposición, pues la presentación de la documentación ante la autoridad competente se habrá de poder realizar íntegramente en línea, en los términos de ésta. Habrá que esperar, por tanto, a la forma en que España resuelve la adaptación a la Directiva 2019/1151, que no se limita a la constitución de la sociedad, pues se extiende a todo el «*ciclo vital*» de la misma, desde el inicio, hasta su futura extinción, incluyendo, por tanto, cualquier posible fusión, en su caso FT<sup>101</sup>.

Recordemos que esta Directiva 2019/1151 no entra en cuestiones de Derecho material, pues su objetivo se constriñe a imponer a los EEMM que hagan posible la utilización de procedimientos en línea, sin entrometerse en el régimen sustantivo de cada EM. En este sentido, siempre que se asegure aquella posibilidad, los EEMM siguen teniendo amplio margen de maniobra (cdo. 8, «*la presente Directiva no debe obligar a las sociedades a utilizar tales procedimientos. Los Estados miembros deben, no obstante, poder decidir que algunos procedimientos en línea, o todos ellos, sean obligatorios*»). En concreto, deja a salvo la normativa nacional que, con arreglo a los sistemas y tradiciones jurídicos de los EEMM, designen a cualquier persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de la constitución en línea de sociedades, el registro en línea de sucursales y la presentación en línea de documentos e información. Además de esa designación, de forma más específica se dejan a salvo los procedimientos y requisitos establecidos en Derecho nacional, incluidos los relativos a los procedimientos jurídicos para el otorgamiento de los instrumentos de constitución, o cualesquiera otros relativos a la presentación ulterior de documentos o creación de sucursales. Respecto de los requisitos en virtud del Derecho nacional aplicable en relación con la autenticidad, exactitud, fiabilidad y credibilidad y la forma jurídica adecuada de los documentos o información que se presenten en el RM, la Directiva invierte los términos y formula como regla que los Derechos nacionales no se verán afectados por ella. El condicionante que siempre se establece en estos casos es que habrá de ser posible la tramitación en línea. Claramente, por tanto, la Directiva deja en manos de cada legislador nacional el diseño general del procedimiento, incluyendo la posible intervención del notario con ocasión del

---

es porque dentro de su ámbito nacional surja un nuevo requisito de forma, sino para permitir que la sociedad española, aunque sea de nueva creación, cumpla en el suyo con un requisito propio, para el cual necesita la colaboración de las demás. Súmese a esto la necesidad de distinguir entre documentación y control, en atención al hecho de que algunos EEMM han designado al notario como autoridad competente para controlar la legalidad de la parte del procedimiento de fusión que les corresponde, intervención que entonces va más allá de la faceta puramente documental, aunque en ocasiones se cumplan simultáneamente. En estos casos el notario extranjero desempeña un papel que en España corresponde al RM.

<sup>101</sup> Los procedimientos digitales habrán de aplicarse en todo caso a la SRL española y tipos similares de los demás ordenamientos nacionales, mientras que la SA y otros tipos de sociedades de capital podrán quedar excluidos, si así lo decide el EM mediante disposición legal expresa (*opting out*), quedando en otro caso sujetos a la Directiva (art. 13.octies.1) Los EEMM podrán excluir también a las SSRL cuyo capital se suscriba mediante aportaciones no dinerarias (art. 13.octies.4.d)).



otorgamiento del título inscribible, siempre que se garantice esa tramitación en línea, es decir, sin presencia física, salvo supuestos muy excepcionales, y eso a pesar de intervenir un notario<sup>102</sup>.

La autoridad competente para expedir la certificación habrá de examinar toda la documentación presentada, además de comprobar que se ha iniciado el procedimiento del art. 133 DS en materia de participación de los trabajadores, en el que ahora no voy a entrar. Pero la clave del nuevo sistema está en que habrá de denegar el certificado, *«cuando se determine en cumplimiento del Derecho nacional que una fusión transfronteriza se ha llevado a cabo con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional o eludirlo, o con fines delictivos»*. Es una comprobación que va mucho más lejos de lo que ha sido hasta ahora el control propio del RM, pues deberá fundarse en la *«sospecha»* de la autoridad encargada. En concreto, señala el art. 127.9 DS: *«cuando la autoridad competente ... tenga sospechas fundadas de que la fusión transfronteriza se ha llevado a cabo con fines abusivos o fraudulentos que tengan por efecto u objeto sustraerse al Derecho de la Unión o nacional o eludirlo, o con fines delictivos, tendrá en cuenta los hechos y circunstancias pertinentes, tales como, cuando proceda y sin considerarlos de manera aislada, factores indicativos de los cuales haya tenido conocimiento la autoridad competente en el curso del control ... también mediante consulta a las autoridades pertinentes. La valoración a efectos del presente apartado se realizará caso por caso mediante un procedimiento sujeto a Derecho nacional»*<sup>103</sup>. En el cdo. 22 de la propuesta de

<sup>102</sup> Surge la duda de si el mandato de la Directiva sería compatible con la necesidad de que el procedimiento en línea tuviera que seguir necesariamente a cargo del notario, por razón de que la copia autorizada electrónica de la escritura necesaria para finalizar con la inscripción, o en este caso la certificación previa, como sucede en España, sólo se puede remitir por el mismo notario a otras autoridades nacionales. Adviértase que esto impide la intervención en el procedimiento en línea de un notario extranjero, aunque existiera equivalencia funcional con un documento similar ante notario español, en los términos del art. 56 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Quizá la alternativa pase por tener que cambiar nuestro concepto de copia autorizada electrónica, en el sentido de hacer posible su entrega al mismo otorgante, acompañada de un código seguro de verificación a fin de permitir la comprobación de su autenticidad accediendo al traslado electrónico en poder del notario. En ese caso el interesado podría seguir por su cuenta con dicha tramitación, y en su caso servirse de un notario extranjero, siempre que sea posible análoga comprobación de la autenticidad de la copia electrónica.

<sup>103</sup> Conviene reproducir aquí el cdo. 36, para ver hasta qué punto estamos ante una valoración por indicios, sin duda alguna relevantes, pero indiciaria: *«tener en cuenta, como mínimo, factores indicativos relativos a las características del establecimiento en el Estado miembro en el que la sociedad o las sociedades deben registrarse después de la operación transfronteriza, incluida la intención de la operación, el sector, la inversión, la facturación neta y las pérdidas o ganancias, el número de trabajadores, la composición del balance, la residencia fiscal, los activos y su ubicación, los equipos, los titulares reales de la sociedad, los lugares de trabajo habituales de los trabajadores y de grupos específicos de estos, el lugar en el que deben abonarse las cotizaciones sociales, el número de trabajadores desplazados del año anterior a la operación transfronteriza ... y el número de trabajadores empleados simultáneamente en más de un Estado miembro ... y los riesgos mercantiles asumidos por la sociedad o las sociedades antes y después de la operación transfronteriza. Han de tenerse en cuenta en la evaluación, asimismo, los hechos y circunstancias pertinentes relacionados con los derechos de participación de los trabajadores ... Todos esos elementos deben considerarse únicamente factores indicativos en la evaluación global y, por lo tanto, no pueden examinarse de*

Directiva la evaluación exhaustiva no debía llevarse a cabo de manera sistemática, sino cuando se albergaran dudas fundadas respecto a la existencia de un artificio, mediante un «examen caso por caso»<sup>104</sup>. En el texto final, la regla es que el certificado previo «no se expida» cuando se determinen «fines abusivos o fraudulentos», y cuando existan «sospechas fundadas» se tendrán en cuenta los hechos y circunstancias pertinentes. Parece, por tanto, que los «factores indicativos» del abuso/fraude han de resultar del trámite ordinario, y en ese sentido la autoridad competente siempre se ha de mostrar especialmente atenta para detectarlos, pero solo cuando concorra un indicio suficiente podrá acometer otras averiguaciones en mayor profundidad para su confirmación. Para llevar a cabo este control la autoridad competente ha de poder consultar a otras autoridades pertinentes con competencia en los distintos ámbitos afectados por la FT, incluidas las del EM de la sociedad resultante de la fusión, y obtener de dichas autoridades y de la sociedad que se fusiona la información y los documentos necesarios para controlar la legalidad de la FT, dentro del marco procedimental establecido en el Derecho nacional. A los efectos de la valoración, la autoridad competente podrá recurrir a un perito independiente, que podrá nombrar ella misma, «y no tener ningún vínculo pasado o actual con la sociedad en cuestión que pueda afectar a su independencia» (cdo. 38 Directiva 2019/2121)<sup>105</sup>. Nada se dice sobre los procedimientos incoados por los socios/acreedores, fuera de la indicación en el cdo. 37 de que los EEMM podrán estipular sus «posibles consecuencias para la expedición del certificado previo a la operación».

En la cuestión de los plazos, los EEMM velarán porque el control se efectúe en el plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de los documentos y de la información pertinente. No obstante, cuando para valorar el abuso, el fraude o la finalidad delictiva sea necesario tomar en consideración información adicional o realizar actividades de investigación adicionales, podrá ampliarse el plazo por un máximo de tres meses más. Asimismo, si debido a la complejidad

*forma aislada. La autoridad competente puede considerar un indicio de que no existen circunstancias conducentes a abuso o fraude el hecho de que, como resultado de la operación transfronteriza, el centro de administración efectiva o el lugar de actividad económica de la sociedad quede situado en el Estado miembro en el que la sociedad o las sociedades deban registrarse tras la operación transfronteriza».*

<sup>104</sup> Realmente, la propuesta de Directiva respecto de la fusión no era muy clara, pues en el texto articulado las referencias al fraude se vinculaban a la posibilidad de exigir la comparecencia en persona ante una autoridad competente para aportar las informaciones y los documentos pertinentes, un poco en la línea seguida en la Directiva 2019/1023 sobre la presencia física. Recordemos que esta Directiva permite, en ocasiones, exigir la presencia física, pero de forma ocasional, con la debida justificación, por eso su cdo. 21 insiste en que nunca debe hacerse sistemáticamente, sino sólo cuando exista una sospecha basada en información de la que dispongan las autoridades, personas u organismos habilitados. Mucho más radical era la propuesta respecto de la transformación y la escisión, al tener esa comprobación carácter sistemático, y hasta supeditar a la misma el informe inicial del experto pericial independiente, pretensión finalmente abandonada.

<sup>105</sup> Al referirse a la responsabilidad de los peritos independientes, el art. 133.bis DS no es demasiado claro, pues aparentemente solo alude al perito del art. 125, cuando, además, nos encontramos con este otro perito encargado de «prestar asistencia a la autoridad competente». Nada se opone, habiendo intervenido previamente aquel perito, a que dicha autoridad le solicite un nuevo dictamen (PÉREZ TROYA; cit., p. 337). Se supone que los gastos irán a cargo de la sociedad.

del procedimiento no sea posible realizar la valoración en esos plazos, los EEMM velarán porque se notifiquen al solicitante los motivos de cualquier retraso antes del vencimiento de los mismos. Finalmente, si el resultado es positivo se expedirá el certificado previo, en caso contrario se informará a la sociedad de los motivos de la decisión y se podrá ofrecer —no es imperativo para el EM— a la sociedad la oportunidad de cumplir las condiciones pertinentes o de cumplimentar los procedimientos y trámites en un plazo adecuado —adicional—.

Aunque nada se dice en el articulado, obviamente, la decisión negativa ha de ser recurrible ante la instancia competente, pero del cdo. 40 Directiva 2019/212 parece desprenderse que, también, ha de ser posible impugnar la decisión favorable a la expedición del certificado previo, se entiende que por otros interesados (*«es preciso que los Estados miembros establezcan garantías procesales en consonancia con los principios generales de acceso a la justicia, incluida la posibilidad de recurrir las decisiones de las autoridades competentes en los procedimientos relativos a las operaciones transfronterizas, la posibilidad de retrasar la fecha en que surta efecto un certificado previo a la operación a fin de permitir que las partes emprendan una acción ante el órgano jurisdiccional competente, y la posibilidad, en su caso, de que les concedan medidas cautelares»*). Expedido el certificado, los EEMM habrán de facilitar que se comparta con las autoridades del EM de la sociedad resultante a través del sistema de interconexión de registros, y que esté disponible a través de dicho sistema. El acceso al certificado previo será gratuito para las autoridades de ese EM (art. 127.bis DS). Por tanto, ya no es la sociedad la encargada de remitirlo.

Salta a la vista que este nuevo sistema se compadece muy mal con el actual procedimiento que se sigue en España ante el RM, pero la cuestión no es que se deban cambiar plazos y, posiblemente, unos mecanismos de impugnación ahora solo previstos para la calificación negativa, el principal escollo está en su falta de idoneidad para valorar situaciones de abuso o de fraude, por no hablar de una pretendida finalidad delictiva. El procedimiento registral habitual, en el que se enmarca la obtención de la certificación previa, aunque propiamente aquí no se pueda hablar todavía de inscripción, está muy acotado al examen de requisitos objetivos fácilmente verificables, no fue diseñado para valorar la intención o los motivos de las partes. El art. 18.2 CCom dispone que *«los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los que los otorguen y suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro»*. Ciertamente, como destaca la SAP de Pontevedra [1] de 14 de marzo de 2007, rec. 143/2007 en relación con su equivalente hipotecario, el art. 18 Ley Hipotecaria —LH— atribuye al registrador una función que va más allá del mero control formal de los documentos, incluyendo en el ámbito de la calificación facultades de control de la legalidad del acto o negocio jurídico que incorpora el documento, pero siempre con el límite de lo que resulte del propio documento y de los asientos del Registro, de forma que las posibles dudas que pudieran existir deben resolverse a favor de la eficacia re-

gistrar del título, sin que esa facultad de control autorice al registrador a entrar en el fondo del negocio jurídico, más allá de lo que de forma incontestable y unívoca resulte del documento y de los asientos; en particular, las simples dudas o conjeturas no constituyen base suficiente para presumir una causa ajena, porque a nadie se le escapa lo difícil que resulta efectuar «un juicio sobre las intenciones de los contratantes o de lo resbaladizo del terreno de la causa, máxime cuando ello sólo lo hace el registrador a la vista de meros documentos». Aunque, con un algún momento de vacilación (Res. 7 de junio de 2012), la DGSJFP (antes DGRN) ha rechazado en ese sentido que el RM, con ocasión de inscribir algún acto o negocio, pueda apreciar situaciones de fraude (Res. de 2 de octubre de 2015), y mucho menos tener en cuenta circunstancias que no resulten de los títulos presentados o de los asientos del RM<sup>106</sup>. No parece, pues, que el procedimiento ordinario ante el RM puede servir por sí solo para cumplir este cometido.

Existe, no obstante, otra opción, que sería enfocar su regulación como un procedimiento semejante a los de jurisdicción voluntaria a cargo del RM, que ahora conoce algunos supuestos donde el RM debe valorar circunstancias de hecho, atendiendo a los argumentos enfrentados de los interesados. Sería el caso, por ejemplo, de los relacionados con la separación de los liquidadores, como el del art. 380 LSC («*mediante justa causa*») y el del 389 LSC («*si no existiere justa causa que justifique la dilación*»), o algunos supuestos problemáticos de nombramiento de experto independiente cuando el socio ejercita un derecho de separación cuyo presupuesto es negado por la sociedad, como en el caso del art. 348.bis LSC. En estos casos la DGRN/DGSJFP pone especial interés en destacar que no estamos ante un supuesto típico de calificación, donde la relación se entabla entre el interesado en la inscripción y el mismo RM que la acepta o la rechaza, sino que se trata de una función distinta donde el RM recibe el encargo legal de resolver sobre la procedencia de una determinada actuación (Res. DGRN/DGSJFP de 22 de febrero de 2018). En ejercicio de esa competencia el RM no califica, sino que dicta una resolución de Derecho Administrativo, que está sujeta además a un sistema de recursos distinto (es decir, no se aplica la DA 24 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, en su remisión al título V, capítulo IX bis, sección 5.ª LH, y lo mismo el art. 80 RRM). Tampoco cabe la impugnación judicial directa de la decisión del

<sup>106</sup> Aquí hay que hacer una salvedad con la doctrina de la calificación conjunta, al haberse configurado como un medio indirecto para ampliar los títulos que el RM puede tomar en consideración. En el RM ésta no se refiere al mismo tipo de incompatibilidad entre documentos que acontece en el RP, sino a la irrupción de otros que ponen en duda el contenido de los títulos en virtud de los cuales se ha solicitado antes la inscripción, casi siempre presentados por socios disidentes. A finales de los años noventa y principios del actual milenio la DGRN quiso ordenar y acotar esa doctrina, sistematizándola a la baja. Sin embargo, una Res. DGRN de 5 de junio de 2012 sobre la base de distinguir entre una doctrina tradicional en la que priman los principios de la legalidad y de legitimación, y otra doctrina moderna donde prevalece la simple mecánica registral por el principio de prioridad, optó por recuperar la primera y remitir a la aplicación por el RM «*de las reglas de la sana lógica y de los criterios hermenéuticos habituales*», para detectar esas situaciones de conflicto, aunque el primer título cumpla con todos los requisitos necesarios para ser inscrito (recientemente, v. Res. DGRN/DGSJFP de 15 de julio de 2019).

RM, antes hay que agotar la vía administrativa mediante la alzada ante la DGRN/DGSJFP, que tiene una regulación específica en los arts. 342.2 y 354.3 RRM.

Pero sigue siendo un procedimiento de alcance limitado, circunscrito a los documentos en los que las partes funden sus pretensiones (Res. de 28 de marzo de 2019), de modo que todo aquello que no resulte de la documentación presentada queda fuera del procedimiento (Res. de 18 de diciembre de 2018), sin hacer valoraciones que vayan más allá de la constatación formal de los presupuestos del derecho o facultad que se invoque. Esta restricción se hace especialmente evidente en los casos de invocación de abuso o fraude. Aunque la DGRN/DGSJFP reconoce que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 CC), la doctrina de la DGRN/DGSJFP en el sentido de que el RM —o ella misma en vía recurso— no puede entrar a valorar la conducta de las partes, ni de la sociedad, es rotunda: *«esta Dirección no puede entrar a determinar si la conducta de la instante incurre o no en mala fe o supone un ejercicio abusivo del derecho. Como resulta de los artículos 363.1 y 351.2 RRM deben aportarse, como base del procedimiento de designación de experto independiente, los documentos que justifiquen su pertinencia. La sociedad por su parte solo puede enervar la designación, aportando al expediente los documentos que acrediten que no procede (art. 354.2 RRM). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirmaciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba»* (entre muchas, Ress. de 28 de marzo de 2019, de 21 de febrero de 2019, de 28 de noviembre de 2018, de 6 de noviembre de 2018, de 26 de marzo de 2018, de 13 de marzo de 2018). De nuevo, difícil que puede servir para esta misión.

Desde esta perspectiva, parece complicado que el RM puede asumir una competencia controladora tan amplia o, al menos, que lo pueda hacer en exclusiva<sup>107</sup>. No obstante, como el art. 127.1.II DS admite que sean varias las autoridades competentes, quizá la solución pase por una encomienda conjunta, quizá principal al RM, pero con el encargo de coordinarse con otras autoridades, en particular con la administración tributaria, y que éstas fueran las encargadas de constatar el posible fraude, incluso de solicitar un posible informe pericial. La cuestión

<sup>107</sup> Comparten esta reserva PULGAR, Juana; obra cit., p. 13; GARCIMARTÍN, F; «Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad». En *almacenderecho.org* [en línea]. 18 de diciembre de 2019, p. 11. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020]. Disponible en: <https://almacenderecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad/>; SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime; «Las transformaciones transfronterizas y su control en la propuesta de Directiva». En *almacenderecho.org* [en línea]. 10 de junio de 2018, p. 9. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020]. Disponible en: <https://almacenderecho.org/las-transformaciones-transfronterizas-control-la-propuesta-directiva/>.



sería, entonces, que se fijen en la norma con claridad unos indicios relevantes que el RM se limite a constatar, para dar inicio entonces a un procedimiento de averiguación más en profundidad, con la implicación — o a cargo — de otras autoridades. En cualquier caso, una profunda alteración del procedimiento registral, tal y como hasta ahora lo hemos conocido.

## **XII. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA FUSIÓN**

### **1. Marco legal español y europeo**

El art. 11 Directiva 2005/56 no constituye un modelo de claridad, pues evita pronunciarse con rotundidad sobre la autoridad competente para llevar a cabo el control de legalidad en una concreta FT. La exigencia de que cada EM designe al tribunal, notario o cualquier otra autoridad competente para dicho control podría llevar, en una interpretación literal muy estricta, a la sorprendente conclusión de que en cada EM tuviera que existir un doble control por etapas, el primero representado por el certificado previo y el posterior por el control de legalidad. Es evidente que esta dispersión no tendría sentido, pues el control de legalidad último ha de ser único y el mismo para todas las sociedades afectadas y sólo puede corresponder a la autoridad de la sociedad resultante. Así como puede haber varias autoridades encargadas de expedir los correspondientes certificados previos, sólo debe haber una autoridad responsable del control de legalidad. Esta autoridad controlará en especial que las sociedades hayan aprobado el proyecto común en los mismos términos, en su caso, las disposiciones relativas a la participación de los trabajadores y que todas las sociedades disponen de su certificación previa. Tampoco se contempló entonces un control de tipo «causal» por razón de fraude/abuso para la resultante, que puede ser una nueva sociedad, o la absorbente, pues se sobreentiende que esas incidencias solo afectan a las sociedades que se extinguen y transmiten su patrimonio, correspondiendo a la autoridad del certificado previo. De todos modos, especialmente en el caso de absorción, la autoridad del EM de la absorbente también habrá de verificar que se han cumplido las exigencias de procedimiento y tramitación previstas en su ley nacional, pero sin certificado previo.

Supuesto lo anterior, cada ley designará a la autoridad competente para llevar a cabo ese control final, materia en la que reina una gran diversidad, pues en algunas ocasiones el notario es la autoridad escogida. Ya hemos visto que la intervención notarial obliga a distinguir entre la documentación y el control final, pero, además, también a diferenciar ahora entre el control de legalidad de todo el proceso y el hecho de su ulterior inscripción en el RM. El tipo de control que esta última oficina puede desempeñar en estos casos ya es asunto que incumbe a la normativa de ese país, aunque difícilmente será un control exhaustivo parangonable al anterior, no sólo porque la Directiva 2005/56 se refiere a una sola autoridad dentro de cada país para ejercer ese control, también porque una vez superado el único trámite controlador de la legalidad del procedimiento en este

segundo tramo, la fusión ya puede ser efectiva, con lo cual se estaría bloqueando la inscripción de una fusión idónea para surtir efectos, y que —incluso— podría serlo ya si se ha dispuesto por la ley nacional para un momento anterior al registro<sup>108</sup>. Es necesario, por eso, tener claro el significado de cada uno de esos pasos cuando van por separado (documentación, control, registro). De todos modos, en orden a la cancelación en el RM de origen no vale una comunicación hecha por la autoridad encargada del control, sino sólo la notificación recibida del RM en el que se inscribe la sociedad resultante (art. 13 Directiva 2005/56).

En España, cuando la sociedad resultante esté domiciliada en nuestro país, el control de legalidad en perspectiva global del proceso corresponde al RM (art. 65 LME). En este sentido se puede afirmar que la calificación del RM español queda restringida o mermada, pues no se le acredita el Derecho extranjero para su aplicación en el caso concreto, sino que directamente recibe el veredicto favorable de la autoridad del otro EM sobre su correcta aplicación por medio de la certificación previa. El RM habrá de controlar en clave estrictamente nacional todo lo relativo a la constitución de la nueva sociedad o a las modificaciones de la sociedad absorbente, así como la aprobación en los mismos términos del proyecto común por las sociedades que se fusionen. Esto último se verá muy facilitado por el otorgamiento de una escritura de fusión por todas las sociedades en términos necesariamente coincidentes<sup>109</sup>. No obstante, que el RM vea mermada su función calificadora respecto del Derecho extranjero tampoco significa que sea inexistente, pues subsiste, aunque acotada a un ámbito formal o procedimental, en particular, habrá de verificar que se ha expedido por la autoridad competente en cada país y que su contenido satisface la exigencia de la Directiva 2005/56 de ser una demostración concluyente de la correcta realización de los trámites previos.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

El art. 128 DS mantiene en esencia el mismo esquema, pero remacha el deber de dicha autoridad de aceptar los certificados previos como prueba de la correcta cumplimentación de los procedimientos y trámites seguidos en los otros EEMM, disponiendo que habrá de aprobar la FT tan pronto como haya determinado que se han cumplido todas las condiciones pertinentes y ajusta la redacción del precepto al caso en que no hubiera habido acuerdo de la JG de la absorbente. No

<sup>108</sup> Encontramos un buen ejemplo de esta disociación en el caso italiano donde el control de legalidad final viene atribuido en Italia al notario (art. 13. DL 108/2008). A partir de ese momento la ley nacional ya puede disponer que la fusión sea eficaz, pues se cumple la exigencia del art. 12 D. 2005/56, pero el legislador italiano ha optado por diferir también esa eficacia a la inscripción en el RM de la sociedad italiana resultante (art. 15.1 DL 108/2008). A tal fin el notario que ha desplegado el control final de legalidad debe proceder al depósito en el RM del acto público de fusión, de las certificaciones previas de las sociedades participantes y de la «*attestazione*» sobre su propio control (art. 14.1 DL 108/2008).

<sup>109</sup> En cambio, en Derecho alemán la petición ha de formularse por las sociedades que se extinguen, entre las cuales quizá haya una española, con los consiguientes problemas de valoración y prueba de la representación alegada (§ 122l.1 *UmwG*).



queda claro si entre los requisitos de constitución de la nueva sociedad en dicho EM puede estar que la sede real se encuentre enclavada en el mismo, cuando sea una exigencia de su propia legislación, pues no parece que la STJUE del caso *Polbud* lo excluya<sup>110</sup>.

No parece necesario introducir cambios en la LME, fuera de los que vinieran motivados por aquellos que se hagan en el régimen del certificado previo.

### XIII. REGISTRO, FECHA DE EFECTOS Y NULIDAD

#### 1. Marco legal español y europeo

En relación con el momento de eficacia de la fusión, la Directiva 2005/56 optó por una solución flexible que combina una regla de conflicto con otra regla material, en términos que ofrecían a cada EM una limitada facultad de elección. La solución conflictual evita el caos que supondría la aplicación simultánea de los variados criterios de las distintas leyes nacionales, cuando conduzcan a fechas no coincidentes. En este sentido el art. 12 Directiva 2005/56 dispone que la legislación del EM a la que esté sujeta la sociedad resultante de la fusión determinará la fecha de efectividad de la FT. Con esto se tiene la seguridad de que la fecha será una y la misma para todas las sociedades involucradas, pero tampoco se puede dejar a cada EM en libertad absoluta para escoger esa fecha. La elección ha de estar en armonía con el despliegue en fases del proceso de fusión y con sus fundamentales hitos controladores, por eso el mismo art. 12 Directiva 2005/56 añade una segunda norma, ahora de carácter material: *«esta fecha deberá ser posterior*

<sup>110</sup> La Exposición de Motivos de la propuesta de Directiva tenía muy claro al tratar de la transformación que la autoridad competente del EM de destino debía velar porque la sociedad se atuviera a las disposiciones de su legislación nacional, *«por ejemplo, que la empresa cuente con su domicilio real en su territorio»* (p. 6, idea que repite en la p. 11 para la escisión). En cambio, el cdo. 44 D. 2019/2121 finalmente dice una cosa, pero en apariencia también la contraria, al menos respecto de la transformación; y así, empieza afirmando lo siguiente: *«la realización de una transformación transfronteriza conlleva para una sociedad un cambio de forma jurídica, sin perder su personalidad jurídica. Sin embargo, ni una transformación transfronteriza ni una fusión o escisión transfronteriza deben dar lugar a la elusión de los requisitos de constitución en el Estado miembro en el que la sociedad deba registrarse después de tal operación transfronteriza. Las sociedades han de respetar plenamente tales condiciones, incluidos los requisitos de que la sede principal se encuentre en el Estado miembro de destino y los relativos a la inhabilitación de los administradores»*. Sin embargo, añade a continuación: *«no obstante, en el caso de las transformaciones transfronterizas, la aplicación de dichas condiciones por el Estado miembro de destino no puede afectar a la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad transformada»*. La locución adversativa con la que empieza la segunda oración, introduce una corrección o restricción del sentido de la primera, que en nuestro caso parece indicar que, a pesar de no respetar esa condición, el traslado se produce y no puede afectar a la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad, es decir, la autoridad competente no podría denegar la transformación por este motivo, lo que equivale a dejar en nada dicho requisito, al menos para la constitución de la sociedad, distinto será para otro tipo de consecuencias. En ese sentido, el cdo. 11 Directiva 2005/56 dejaba a salvo el derecho de cada EM a requerir información sobre el lugar donde se encuentre el centro de su efectiva administración o el principal establecimiento de la sociedad resultante.

a la realización del control contemplado en el artículo 11». La aplicación de este doble criterio ha llevado en ocasiones a modificar para la FT las reglas propias de la FN y especialmente a tener que coordinarlas con la intervención notarial cuando ésta no se limita a los aspectos puramente documentales<sup>111</sup>. En cualquier caso, como se trata de una materia que gobierna la ley de la sociedad resultante, de haberse incluido en el proyecto común alguna indicación sobre la fecha de eficacia de la fusión, el RM español de la sociedad que se extinga ha de abstenerse de toda comprobación al respecto, por mucho que se trate de una fecha aparentemente incompatible con la ley española. Su control corresponde a la autoridad extranjera de la resultante.

Una vez practicado el registro de la FT en el EM de la sociedad resultante, el registro del mismo deberá notificar «*sin demora*» este hecho, a través del sistema de interconexión registral, al registro del EM de las sociedades que se deba extinguir, donde se procederá a su baja, nunca antes de haber recibido esa notificación.

En el caso español, el legislador no ha sentido la necesidad de establecer una norma especial para la eficacia de la FT, ya que la regla propia de la FN cumple perfectamente con la exigencia del art. 12 Directiva 2005/56 de que la fecha sea posterior a la realización del control de legalidad. Ya hemos visto que ese control último, cuando la sociedad española es la resultante de la fusión, corresponde al RM encargado de la inscripción, que habrá de llevarlo a cabo antes de proceder a su asentamiento. Por tanto, basta con la regla general del artículo 46.1 LME, de modo que «*la eficacia de la fusión se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o, en su caso, con la inscripción de la absorción en el registro mercantil competente*»<sup>112</sup>.

<sup>111</sup> Es el caso de Luxemburgo donde la fusión por absorción de una sociedad extranjera surte efectos desde la publicación del «*procès verbal de l'assemblée générale de la société absorbante*», en fecha que ha de ser posterior al control de legalidad a cargo de un notario (arts. 1021-12 y 1021-16 de la Ley modificada de 1915), mientras que la FN es eficaz entre las partes desde la adopción de los acuerdos coincidentes (art. 1021-13 de la Ley modificada de 1915) y frente a terceros desde la publicación (art. 1021-14 de la Ley modificada de 1915). En Bélgica los efectos de la fusión por absorción se producen desde la fecha en que el notario constata la realización de la fusión, es decir, desde el control de legalidad a su cargo (art. 12:108 *Cod. Soc.*), a diferencia de la FN que se considera realizada desde la fecha en que son intervenidos los acuerdos concordantes de las distintas sociedades (art. 12:55 *Code des Sociétés*). Otro ejemplo claro de eficacia de la fusión ligada a la intervención del notario y no a la fecha del registro es el caso holandés. En cambio, a pesar de que en Lituania el notario es la autoridad encargada del control, los efectos se vinculan a la inscripción, igual que hemos visto ocurre en Italia. Por último, en Francia cuando se trata de fusión por absorción el art. L236-31 *Code de Commerce* remite a las previsiones del contrato, pero con el doble límite de no ser anterior al control de legalidad (a cargo del notario o del registro), ni posterior a la fecha de cierre del ejercicio en curso de la sociedad beneficiaria durante el cual se haya realizado ese control (cfr. con art. L236-4, que remite a la fecha del acuerdo, en ausencia de fecha específica en el contrato).

<sup>112</sup> Una situación parecida en Alemania, donde simplemente se aplica la regla general del § 20 *UmwG*.

Relacionado con la inscripción está el tema de la impugnación de la fusión, sobre todo por la malograda pretensión en el trámite parlamentario de la LME de configurar la inscripción como plenamente convalidante. Recordemos que, según el art. 17 Directiva 2005/56, no podrá declararse la nulidad de una FT que se realice de conformidad con lo dispuesto en el art. 12 Directiva 2005/56<sup>113</sup>. En España, el texto finalmente aprobado del art. 47.1 LME, en teoría aplicable a la fusión transfronteriza por la remisión del art. 55 LME, admite la impugnación de la fusión inscrita, pero sólo cuando no se haya realizado de conformidad con las previsiones de esa ley. Con independencia de la valoración que merezca la norma para la FN, hay una discordancia clara en relación con la Directiva 2005/56, que no permite declarar la nulidad de la FT, una vez que sea efectiva según la legislación del EM de la sociedad resultante.

Cuando la sociedad resultante sea extranjera, si su ley nacional no contempla la posibilidad de que se declare su nulidad, nada podrá hacer en tal sentido quien considere infringida la normativa española, por muy grave que haya sido la infracción cometida. Como los EEMM siguen el criterio de la Directiva 2005/56 de forma bastante más fiel que el legislador español, ésta será la situación general. Los tribunales extranjeros simplemente no aceptarán una demanda en tal sentido, y si lo hiciera un tribunal español (algo insólito a la vista del art. 24.2) R. 2012/1215) habría de aplicar la normativa al respecto del otro país. Sin embargo, hasta la eficacia de la fusión según la legislación foránea —la fecha de la certificación previa en España ahora es irrelevante— habrá sido posible impugnar el acuerdo de la sociedad española según las reglas generales de la LME, lo cual plantea serios problemas de coordinación entre las autoridades de ambos países, amén de una duda sobre cómo ejecutar en el otro país la eventual sentencia de nulidad que dicte el tribunal español.

Realmente el problema práctico se debe al muy defectuoso tratamiento registral de la materia en España, pues la impugnación de la fusión, ni siquiera cuando conste por anotación de la demanda, impide la expedición de la certificación previa, del mismo modo que en la FN tampoco cierra el registro (Res. DGSJFP/DGRN de 22 de febrero de 1999). Contrasta con otros sistemas donde, para inscribir —o certificar— es necesario que los administradores declaren que no hay pendiente una demanda contra la validez del acuerdo<sup>114</sup>. Ante esto será conve-

<sup>113</sup> Aunque referida a la escisión, es de gran importancia la STJUE de 30 de enero de 2020 (IGJ) C-394/2018, al precisar el significado del concepto «nulidad» en la sexta Directiva, pero en términos que también son válidos para la FN y la FT. Para dicha sentencia, por nulidad hay que entender la cancelación del acto de escisión/fusión. Dice la sentencia: «a falta de una definición de este concepto, la determinación de su significado y de su alcance debe efectuarse, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conforme al sentido habitual de los términos empleados, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte ... El concepto de «nulidad», en su sentido habitual, se refiere a las acciones que pretenden anular un acto, implican la cancelación de este y surten efectos erga omnes». Por ese motivo, considera que una acción pauliana ejecutada por determinados acreedores, al objeto de hacer inoponible frente a los mismos la escisión, es compatible con la sexta Directiva

<sup>114</sup> El *Negativattest* en Alemania, §§ 16.2 y 122k.1 UmwG, y el procedimiento especial del

niente solicitar la medida cautelar de suspensión del acuerdo a toda prisa, incluso antes de la demanda (art. 730.2 Ley de Enjuiciamiento Civil), para impedir así que el RM expida la certificación previa.

Cuando sea española la sociedad resultante cabría pensar entonces en la aplicabilidad de la norma general, así como en el límite de caducidad de tres meses del art. 47.2 LME, si bien las infracciones legales determinantes de la impugnación sólo serán las de la ley española, cosa que ya presupone la nacionalidad de la sociedad respecto de la cual se ha cometido la infracción, pues no hay base para encauzar por esta vía la violación de la normativa extranjera, ni siquiera cuando ésta admita la impugnación por contravención de la misma. Pero el tema es más complejo, pues el límite que representa la Directiva 2005/56 tampoco permite a la legislación del EM de la sociedad resultante desviarse de la regla del art. 17 Directiva 2005/56. Añádase que la legislación del otro EM probablemente no reconocerá la posibilidad de dar marcha atrás en esta modalidad de FT mediante la reapertura de sus asientos registrales. Indudablemente, la solución homogénea acogida por nuestra LME en materia de impugnación añade nuevas complicaciones al tema ya de por sí suficientemente complejo de la posible reversibilidad de la fusión, pero no cabe desconocer los límites que imponía la Directiva 2005/56. Hubiera sido mucho más sencillo y lógico, como hacen otros Estados europeos, aplicar reglas distintas a la FN y a la FT<sup>115</sup>.

Al margen de la impugnación queda la posibilidad de reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados (art. 47.1 LME). Está claro que la Directiva 2005/56 no impone una convalidación del defecto, sino solamente la irreversibilidad de la fusión que ha llegado a ser eficaz, de ahí su compatibilidad con la solución indemnizatoria (y con otras, según la STJUE del caso *IGI* antes citada). Las normas propias de cada país sobre responsabilidad de los administradores o de los expertos sólo son aplicables en el mismo<sup>116</sup>.

## 2. La Directiva y su repercusión en la legislación española

El art. 129 DS mantiene que la legislación del EM de la resultante determinará la fecha de efectividad de la FT, que siempre será posterior al control de legalidad, pero no necesariamente ha de coincidir con la de registro (nunca será posterior, pero ya hemos visto que sí puede ser anterior). Por su parte, el art. 130 DS regula con más detalle la publicidad registral de la conclusión de la FT en

§ 16.3 UmwG para inscribir a pesar de la demanda, con determinadas garantías —*Freigabeverfahren*—; en España también tenemos el ejemplo de la liquidación, v. arts. 390.2 y 395.1.a) LSC.

<sup>115</sup> Por aludir sólo a algunos de los más próximos, es el caso de Portugal (arts. 117 y 117-L CSC), de Luxemburgo (art. 1021-19 Ley modificada de 1915), de Bélgica (arts. 12:20 y 12:110 Cod. Soc.), y de Francia (art. L. 235-8 y L-236-31 *Code de Commerce*).

<sup>116</sup> Para la FN de SA, recordemos que el art. 106 DS dispone que los EEMM organizarán al menos la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de administración/dirección de la sociedad absorbida por razón de las faltas cometidas por miembros de los mismos en la preparación y en la realización de la fusión.

cada uno de los EEMM, especificando la información que «*al menos*» se debe ofrecer en el registro de destino y en los de origen (como dice el cdo. 46 Directiva 2019/2121, se trata de que los diferentes registros contengan la información necesaria, «*para poder conocer la trayectoria de esas sociedades*»). Respecto de los registros de origen, precisa que el de destino les notifica que la FT «*ha surtido efecto*», y solo después de haber recibido esa notificación la sociedad podrá ser cancelada o suprimida en aquél.

El art. 134.I DS se reitera en que no podrá declararse la nulidad absoluta de una FT realizada de conformidad con lo dispuesto en el art. 129 DS, pero añade un segundo párrafo disponiendo que esta regla «*no afectará a las competencias de los Estados miembros relacionadas, en particular, con el Derecho penal, la prevención y lucha contra la financiación del terrorismo, el Derecho social, la fiscalidad y la garantía del cumplimiento de la ley, para imponer medidas y sanciones, en virtud del Derecho nacional, después de la fecha en que haya surtido efecto la fusión transfronteriza*». En el cdo. 50 se especifica que así sería, «*en particular en el caso de que, una vez que la operación transfronteriza haya surtido efecto, las autoridades competentes u otras autoridades pertinentes determinen, en particular sobre la base de nueva información sustancial, que la operación transfronteriza se ha llevado a cabo con fines abusivos o fraudulentos que tenían por efecto u objeto sustraerse al Derecho la Unión o nacional o eludirlo, o bien fines delictivos*».

Aparte de los cambios en cuestiones de operatoria, información y comunicación entre registros, la ley española deberá acoger la nueva salvedad a propósito de la validez de la FT, y con esta excusa debería aprovechar para trasponer debidamente la norma europea inicial.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS, R.; «Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida». *La Ley UE*, 2015/28, p. 5. ISSN: E 2255-551X.
- BAYER; «§ 122». En LUTTER; *UmwG* (AA.VV.). Colonia: Otto Schmidt, 2009. ISBN: 978-3-504-37020-6.
- BECH-BRUUN/LEXIDALE; *Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive*. EU publications, septiembre 2013. ISBN: 978-92-79-29930-8.
- CORBISIER; «Cross-Border mobility within the EU and specifically in Luxembourg and Belgium: same destination, different roads», *European Company Law Journal*, 2019/16, pp. 18-30, esp. p. 27.

DRINHAUSEN; «§ 122». En SEMLER/STENGEL: *UmwG*. Munich: Bech, 2012, § 122i, Rn. 5. ISBN: 978-3-406-60577-2.

KULENKAMP, S.; *Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der EU*. Baden-Baden: Nomos, 2008. ISBN: 978-3-8329-4100-0.

FRANÇOIS; «Cross-Border Mergers in France». En PAPADOPOULOS (director); *Cross-Border Mergers*, (AA.VV.). Cham, Suiza: Springer, 2019, pp. 295-324. ISBN: 978-3-030-22752-4.

GARCIMARTÍN, F.; «Modificaciones estructurales transfronterizas: la Directiva de movilidad». En *almacenederecho.org* [en línea]. 18 de diciembre de 2019, p. 11. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/modificaciones-estructurales-transfronterizas-la-directiva-de-movilidad/>.

MOCK, S.; «The implementation of the Cross-Border Mergers Directive (2005/56/EC) in Germany: a story of insufficiencies and (better) alternatives». En PAPADOPOULOS (director); *Cross-Border Mergers*, (AA.VV.). Cham, Suiza: Springer, 2019, pp. 325-341. ISBN: 978-3-030-22752-4; pp. 325-341, esp. p. 331

PÉREZ TROYA, A.; «La regulación europea de las fusiones de sociedades» en *Derecho de Sociedades Europeo* (AA.VV.). Pamplona: Aranzadi, 2019, pp. 303-351. ISBN: 978-84-1308-138-0.

PULGAR, J.; «Transformaciones transfronterizas y Directiva (UE 2019/2121): prevención del fraude y protección de socios y acreedores», *Diario La Ley*, n.º 9568, Sección Tribuna, 6 febrero 2020, pp. 1-38. ISSN:1989-6913.

SÁNCHEZ SANTIAGO, J.; «Las transformaciones transfronterizas y su control en la propuesta de Directiva». En *almacenederecho.org* [en línea]. 10 de junio de 2018, p. 9. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020]. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-transformaciones-transfronterizas-control-la-propuesta-directiva/>.

SCHMIDT, J.; *Cross-border mergers and divisions, transfer of seat: is there a need to legislate?* [en línea] European Parliament, Directorate General for Internal Policies, 2016. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020] Disponible en: [www.europarl.europa.eu/cmsdata/105634/Presentation\\_J\\_Schmid](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/105634/Presentation_J_Schmid).

SIMON/RUBNER; «§ 122». En *Kölner Kommentar zum UmwG*. Carl Heymans, 2009. ISBN: 978-3-452-26097-0.

TRULI; *Ex-post analysis of the EU framework in the area of cross—border mergers and divisions European Implementation Assessment* [en línea]. Eu-

ropean Parliament Research Service, diciembre 2016. [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020] Disponible en: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/E](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593796/E).

VERBRUGH, M. A.; «Implementation of the Cross-Border Merger Directive in the Netherlands». En PAPADOPOULOS (director); *Cross-Border Mergers*, (AA.VV.). Cham, Suiza: Springer, 2019, pp. 411-424. ISBN: 978-3-030-22752-4.

*(Trabajo recibido el 21/04/2020  
y aceptado para su publicación el 12/05/2020)*





# **EL PROYECTO DE LEY DEL IMPUESTO SOBRE DETERMINADOS SERVICIOS DIGITALES EN ESPAÑA: ANÁLISIS DE UNA MEDIDA UNILATERAL Y TRANSITORIA Y DE SUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS**

**ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA**

*Asociado Principal del Área de Fiscal del Despacho Cuatrecasas*

## **RESUMEN**

La digitalización de la economía ha puesto de manifiesto la necesidad de adaptar la normativa y los sistemas tributarios tradicionales, los cuales se basan en la presencia física de los contribuyentes. Esta necesidad ha sido detectada por parte de los organismos internacionales, que llevan tiempo abordando el problema y planteando posibles medidas y soluciones. Si bien es cierto que, ante un problema de naturaleza global, debe alcanzarse una solución consensuada a nivel mundial, la demora en el tiempo a la hora de conseguir los consensos y tomar e implantar las medidas necesarias a nivel internacional ha provocado la adopción de medidas unilaterales por parte de los Estados que buscan mantener el nivel de recaudación tributaria.

Una de estas medidas unilaterales es el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (IDSDi) adoptado por parte del Gobierno de España, conocido coloquialmente como la Tasa Google. En el presente artículo se analizará el contexto en el que nace este impuesto, sus principales elementos y características y los aspectos más controvertidos que se plantean en torno a la regulación nacional de este tributo, actualmente en tramitación parlamentaria.

**Palabras clave:** Impuesto, norma tributaria, Proyecto de Ley, Impuesto sobre Servicios digitales, «Tasa Google», economía digital.

## DRAFT BILL ON DIGITAL SERVICES TAX IN SPAIN: ANALYSIS OF A UNILATERAL AND TRANSITIONAL MEASURE AND ITS CONTROVERSIAL ISSUES

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

*Principal Associate in the Tax Department of Cuatrocasas Law Firm*

### ABSTRACT

Digitalization of economy has highlighted the need to adapt traditional regulations and tax systems, which are currently based on the physical presence of taxpayers. This need has been detected by international bodies which have been dealing with the problem for some time and raising possible measures and solutions.

Since we are facing a problem with a global scope, a consensual solution must be reached internationally. However, the delay in achieving consensus as well as in adopting and implementing the necessary measures internationally has led the states to adopt unilateral measures in order to maintain the level of tax collection.

One of these measures is the Draft Bill on Digital Services Tax (DST) adopted by the Spanish Government, colloquially known as the Google Tax. This article analyzes the context in which this tax is born, its main elements and characteristics and the most controversial issues that arise regarding the national regulation of this tax, which is currently in parliamentary process of approval.

**Keywords:** tax, tax regulations, draft Bill, digital services tax, «Google Tax», digital economy.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: NORMAS TRIBUTARIAS ANALÓGICAS EN UN MUNDO DIGITAL.—II. PROCESO DE REVISIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LOS TRABAJOS DE LA OCDE Y LA UNIÓN EUROPEA (UE) Y LAS MEDIDAS UNILATERALES. 1. OCDE. 2. UE. 3. La Propuesta Inicial de Directiva como referente para el IDSDi español. 4. Medidas unilaterales en otras jurisdicciones. 4.1. Medidas adoptadas por Estados Miembros de la UE. 4.2. Medidas adoptados por terceros estados.—II. EL IMPUESTO SOBRE SERVICIOS DIGITALES EN ESPAÑA. 1. Estado actual de tramitación. 2. Dos características fundamentales del IDSDi de entrada. 3. Naturaleza, objeto y territorio de aplicación del impuesto. 4. Hecho imponible. 5. Supuestos de no sujeción. 5.1. Supuestos de no sujeción incluidos en el artículo 6 del PLIDSDi. 5.2. Supuestos de no sujeción no incluidos en el artículo 6 del PLIDSDi. 6. Lugar de realización del hecho imponible. 7. Contribuyente. 8. Base imponible. 9. Otros elementos del impuesto: Tipo impositivo, cuota tributaria, gestión del impuesto, obligaciones formales e infracciones y sanciones. 10. Primera aplicación temporal: Liquidación 2020 (Disposición Final Cuarta del PLIDSDi).—IV. COMENTARIOS CRÍTICOS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL ISD. 1. Naturaleza del impuesto: ¿Es realmente un impuesto indirecto? 2. Compatibilidad con los CDI: ¿Queda el IDSDi fuera de su ámbito de aplicación? 3. Riesgo de doble o múltiple imposición. 4. Posible vulneración del principio de generalidad y proporcionalidad. 5. Aspectos controvertidos en relación con las reglas de localización. 6. Determinación de la base imponible. 7. ¿Merece la pena este impuesto en términos económicos? Previsiones de recaudación en contraposición con la pérdida de competitividad de España. 8. ¿Es el momento para tramitarlo?—BIBLIOGRAFÍA.—ANEXOS.

## I. INTRODUCCIÓN: NORMAS TRIBUTARIAS ANALÓGICAS EN UN MUNDO DIGITAL

La digitalización de la economía es un proceso imparable que ha adquirido gran transcendencia en la actualidad. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante «OCDE»)<sup>1</sup> definía inicialmente la economía digital como *«el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y comunicación (TIC), constituida por nuevos modelos de negocio, basados en la movilidad, la importancia de los datos, los efectos de la red, la proliferación de modelos de negocio multilaterales, una tendencia hacia monopolio y la volatilidad»*<sup>2</sup>.

Este proceso de digitalización ha generado la aparición de nuevos modelos de negocio<sup>3</sup> que reúnen tres características fundamentales:

(i) Tienen la capacidad de desarrollar actividades empresariales a distancia, esto es, sin la necesidad de contar con la presencia física del proveedor del producto o del servicio en el mercado donde reside el cliente.

---

<sup>1</sup> Informe Final de la Acción 1 del Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), presentado por la OCDE en 2015, bajo el título *«Addressing the tax challenges of the digital economy»*:

<https://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>.

<sup>2</sup> Sin embargo, como veremos más adelante, ya desde 2015 la propia OCDE aprecia la dificultad de delimitar con precisión el concreto de economía digital, en la medida en que la economía en su conjunto se ha digitalizado, no siendo posible identificar un parte de economía considerada como digital, sino que la economía en su totalidad se ha digitalizado en mayor o menor medida. Como se verá, esto ha ido afectando a las propuestas internacionales, siendo la organización de la propuestas de la OCDE en dos pilares uno de los máximos exponentes.

<sup>3</sup> Entre los que cabe destacar el comercio electrónico, tiendas de aplicaciones, publicidad en línea, computación en la nube, plataformas participativas en red, negociación de alta frecuencia y servicios de pago en línea.

(ii) Están basados en la utilización de activos intangibles, los cuales tienen un papel fundamental y son fácilmente deslocalizables.

(iii) Son modelos de negocio en el que los datos de los usuarios adquieren una importancia trascendental, así como la participación y contribuciones de los usuarios a la hora de crear valor.

Con estas características, los nuevos modelos de negocio de la economía digital permiten que empresas multinacionales desarrollen su actividad y obtengan beneficios en territorios en los que no se localizan físicamente.

Ello afecta en gran medida a las reglas y principios tradicionales de la fiscalidad internacional (concepto de nexo y reglas de atribución de beneficios) originalmente diseñados y basados en la importancia de la presencia física del contribuyente. En este sentido, poco a poco se ha ido detectando que las normas y los sistemas tributarios tradicionales no resultan apropiados para someter a imposición a modelos de negocio digitales donde existe una evidente desconexión entre el lugar en el que se genera el valor (muchas veces generado por el uso de los datos o por los propios usuarios) y el lugar donde las empresas se localizan físicamente. Nos encontramos, en definitiva, con normas analógicas que tienen que hacer frente a modelos de negocio de un mundo digital.

Resulta necesario, por tanto, llevar a cabo una revisión de estas normas internacionales de tributación, necesidad que ha sido ya apreciada por parte de los organismos internacionales, los cuales, como veremos, llevan tiempo analizando, debatiendo y proponiendo distintos enfoques y soluciones. Es en este contexto en el que aparece la figura del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (en adelante «**IDSDi**») en España, un impuesto unilateral, cuya normativa interna se encuentra actualmente en tramitación y que, tal y como analizaremos a lo largo del presente artículo, tiene carácter transitorio a la espera de que se alcance una solución consensuada internacionalmente.

## **II. PROCESO DE REVISIÓN DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LOS TRABAJOS DE LA OCDE Y LA UNIÓN EUROPEA (UE) Y LAS MEDIDAS UNILATERALES**

Dado que la necesidad de revisar y adaptar la normativa y sistemas tributarios tradicionales a la realidad de la economía digital constituye un problema de ámbito global, la solución debe alcanzarse de forma consensuada y coordinada a nivel internacional. Por este motivo, el papel de los organismos internacionales en este ámbito adquiere una especial relevancia.

En este sentido, cabe destacar los trabajos que llevan tiempo desarrollándose tanto en sede de la OCDE como en el ámbito de la Unión Europea (en adelante

«UE»), los cuales pasamos a describir a continuación. Las medidas propuestas en estas organizaciones no sólo definen el contexto en el que surge el actual Proyecto del IDSDi, sino que van a condicionar también su futuro, dado su carácter de medida provisional.

## 1. OCDE

En el ejercicio 2013, la OCDE inicia el denominado Plan BEPS (*Base Erosion And Profit Shifting*) con el objetivo de encontrar soluciones en la lucha contra la planificación fiscal de las compañías multinacionales para minorar artificialmente las bases imponibles y trasladar los beneficios a países o territorios de baja tributación.

Dentro de las medidas en la que se estructuraba dicho Plan, la Acción 1 se centra en analizar y abordar de forma directa los retos planteados por la economía digital en materia de imposición, designando a estos efectos un grupo de trabajo específico. Con respecto a esta primera acción cabe destacar los siguientes hitos:

(i) Informe final de BEPS de la acción 1 del ejercicio 2015 «Afrontar los desafíos fiscales de la Economía Digital»<sup>4</sup>: En este primer informe se exponen, desde un punto de vista teórico, los desafíos existentes en materia de economía digital y las posibles medidas de impacto para su tratamiento. Siguiendo a QUINTANA FERRER<sup>5</sup> el contenido de este informe puede sintetizarse en dos conclusiones principales:

a) Una primera conclusión genérica, y es que no es posible delimitar con precisión la economía digital, en la medida en que tiende a confundirse con la propia economía en su conjunto. Asimismo, el Informe pone de manifiesto que la digitalización facilita la práctica de esquemas: (i) que tienden a minorar las bases imponibles; (ii) dificultan la determinación de la jurisdicción donde se crea el valor y (iii) facilitan la reubicación de las funciones comerciales hacia territorios de baja tributación.

b) Una segunda conclusión, y es que para tratar los desafíos fiscales que plantea la economía digital existen diversas opciones tanto en el ámbito de la fiscalidad directa como a través de las figuras tributarias indirectas. En lo que se refiere a la imposición directa, este informe identifica tres posibles medidas para gravar la economía digital<sup>6</sup>, cuyo objetivo común es expandir la base imponible

<sup>4</sup> Informe Final de la Acción 1 del Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), presentado por la OCDE en 2015, bajo el título «*Addressing the tax challenges of the digital economy*»: <https://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>.

<sup>5</sup> QUINTANA FERRER, E.; «Economía digital y fiscalidad: los impuestos sobre determinados servicios digitales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3/2019, pág. 165. ISSN: 1696-0173.

<sup>6</sup> QUINTANA FERRER, E.; op. cit., pág. 166; identifica una cuarta alternativa que consiste en la

de las empresas en aquellos países donde se ubican los usuarios de los bienes y servicios ofrecidos por la misma, a través de una concepción más amplia de la vinculación de las empresas con Estado del mercado. Estas tres medidas son las siguientes:

— Aplicación alternativa del concepto de establecimiento permanente (en lo sucesivo «EP») en base a la presencia digital significativa (lo que coloquialmente se ha denominado como introducción de un EP virtual): Esta alternativa consiste en introducir un nuevo nexo en el concepto de EP basado en el concepto de presencia digital significativa. Dicho concepto puede definirse en función de diferentes parámetros, como pueden ser la localización en dicho territorio de la utilización de elementos digitales, las relaciones con los usuarios o el volumen de ingresos.

En cualquier caso, esta alternativa debe coordinarse necesariamente con la coordinación y remisión a la Acción 7 de BEPS, «*Impedir la elusión artificiosa del estatuto del EP*»<sup>7</sup>.

— Aplicación de una retención en la fuente con respecto a determinados servicios digitales.

— Aplicación de impuestos de igualación o *equalization levies*.

En lo que aquí interesa cabe hacer especial referencia a la tercera de las medidas, el establecimiento de impuestos de igualación o *equalization levies*, puesto que constituye el referente más remoto del actual IDSDi. Como vemos, ya en este primer informe la OCDE contemplaba como una posible solución la introducción de nuevos impuestos que permitieran a los estados gravar a las empresas no residentes con una presencia digital significativa en su territorio, abriendo la posibilidad de que los países afectados incorporasen de forma transitoria estos impuestos siempre que se garantizase el respeto a los tratados en materia tributaria y a los Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante «CDIs»)<sup>8</sup>.

---

configuración de regímenes especiales que afecten a las grandes multinacionales. En este sentido es cierto que el Informe final de BEPS de la acción 1 del ejercicio 2015 hace referencia a esta medida como una opción adicional.

<sup>7</sup> Accesible mediante el siguiente enlace: <https://www.oecd.org/tax/beps/impedir-la-exclusion-fraudulenta-del-estatus-de-establecimiento-permanente-accion-7-informe-final-2015-9789264257757-es.htm>

<sup>8</sup> Como bien apunta MACARRO OSUNA, J. M.: «La compatibilidad del Impuesto sobre Servicios Digitales con los convenios de doble imposición a la luz del modelo OCDE», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2020, págs. 21-30. ISSN: 1132-8576; hay tres consideraciones importantes a tener en cuenta con respecto a esta tercera medida:

a) El informe prevé distintos tipos de impuestos de igualación, en función de si se pretende gravar transacciones específicas con consumidores finales o si el objetivo es gravar el valor que se considera directamente aportado por consumidores y usuarios.

b) En este primer informe, la OCDE ya anticipaba que la introducción de este tipo de impuestos podía plantear numerosas dudas en relación a su compatibilidad con los acuerdos comerciales y el derecho de la UE.



(ii) Informe intermedio provisional de la OCDE 16 de marzo de 2018: Tras varios años de debates sin alcanzar consensos reseñables, y con el objetivo de garantizar el cumplimiento del plazo inicial propuesto para finales de 2020, el 16 de marzo de 2018 se emitió un nuevo informe bajo el título «*Desafíos fiscales derivados de la Digitalización: Informe provisional 2018*»<sup>9</sup>.

Como expone PUJALTE MÉNDEZ-LEITE, H.<sup>10</sup>, la principal característica de este informe provisional es que se limita a realizar un balance de los progresos realizados en la aplicación del paquete de medidas BEPS sin ofrecer conclusiones. Así, el documento efectúa un análisis de los diferentes modelos de negocio surgidos en la economía digital, los problemas que plantea cada uno de ellos y las discrepancias en el enfoque de los estados en relación con diferentes cuestiones de la fiscalidad de la economía digital que suponen un obstáculo de cara a alcanzar una solución consensuada.

De nuevo, ante la dificultad constatada de alcanzar los consensos necesarios, este informe vuelve a abrir la puerta a que las jurisdicciones adopten medidas unilaterales a la espera de futuros acuerdos, introduciendo unas pautas normativas sobre la forma en que deberían estar configurados estos impuestos para no caer dentro del ámbito de aplicación de los CDI y añadiendo algunos requisitos adicionales que deberían cumplir los mismos, entre los que cabe destacar: (i) respetar las obligaciones internacionales vigentes; (ii) minimizar el riesgo de doble imposición; (iii) limitar los costes de cumplimiento para las empresas obligadas al pago; (iv) evitar que estas empresas sean *startups*; (v) no obstaculizar la innovación y (vi) gravar con el impuesto el importe bruto satisfecho en contraprestación solo por determinados servicios digitales, como la publicidad en línea y las plataformas de intermediación<sup>11</sup>.

(iii) Trabajos realizados en 2019 y 2020: Como continuación al informe provisional anteriormente mencionado, el 23 de enero de 2019 se publicó la decla-

---

c) Asimismo, el propio Informe ya reconocía la posibilidad de que se dieran situaciones de doble imposición, sea de distintos Estados o en el mismo país, debido a que sobre la misma renta estarían recayendo el Impuesto de Sociedades y estos impuestos de igualación. Para ello, la OCDE establecía determinadas recomendaciones en relación con estos impuestos.

Pues bien, como veremos en el tercer apartado, estas cuestiones anticipadas por la OCDE en el año 2015 constituyen algunas de los aspectos más controvertidos que se plantean en torno a la configuración del actual Proyecto de Ley sobre el IDSDi.

<sup>9</sup> Informe Intermedio de la Acción 1 del Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), presentado por la OCDE el 16 de marzo de 2018, bajo el título «*Tax Challenges Arising from Digitalisation — Interim Report 2018*»:

<https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm>.

<sup>10</sup> PUJALTE MÉNDEZ-LEITE, H.; «Evolución de las propuestas de la OCDE y de la Unión Europea sobre la fiscalidad directa de la economía digital (2010-2018)», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* n.º 9, 2018, Aranzadi Westlaw, págs. 39-68. ISSN: 2445-2165.

<sup>11</sup> En este sentido se pronuncia QUINTANA FERRER, E.; «Economía digital y fiscalidad: los impuestos sobre determinados servicios digitales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3/2019, pág. 167. ISSN: 1696-0173.

ración política «*Abordar los desafíos fiscales derivados de la digitalización de la economía*»<sup>12</sup>, la cual incorpora por primera vez la necesidad de organizar las propuestas de regularización tributaria de la economía digital en dos pilares<sup>13</sup>:

a) El primer pilar (pilar I) se centra en analizar la posibilidad de modificar las normas actuales que distribuyen la potestad tributaria sobre la renta de las empresas multinacionales entre las distintas jurisdicciones, incluyendo las reglas tradicionales sobre precios de transferencia y el principio de plena competencia. En otras palabras, este pilar se centra en revisar las reglas sobre atribución de beneficios, así como aquellas que determinan el nexo, es decir, aquellas que definen la conexión entre un negocio y una jurisdicción determinada.

b) El segundo pilar (pilar II) se centra en resolver las cuestiones restantes pendientes relativas a la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios. Bajo la propuesta de una Regla Global Anti-Abuso para evitar la erosión de la base imponible (*Global Anti-Base Erosion — GloBE*) en este segundo pilar se exploran dos grupos de reglas interconectadas que proporcionarían a los países la posibilidad de gravar los beneficios que, de otra forma, tributarían a un tipo efectivo inferior a un tipo mínimo fijo previamente acordado, funcionando a modo de recargo adicional hasta que se alcance el mismo.

La declaración política anterior fue seguida de inmediato por un documento sometido a consulta pública el 13 de febrero de 2019<sup>14</sup>, en el cual se dejan atrás las tres medidas iniciales de la Acción 1 y se adopta la configuración de las dos propuestas en los dos pilares. Tras las observaciones recibidas, la OCDE, a través del llamado «*Inclusive Framework on BEPS*», reunido los días 28 y 29 de mayo, se publicó un nuevo documento con un programa de trabajo para alcanzar una solución de consenso en 2020 sobre los retos de la fiscalidad de la economía digital<sup>15</sup>.

El secretariado de la OCDE realiza una propuesta en octubre de 2019 en la que se reduce de tres a una las propuestas iniciales del pilar I para afrontar los

<sup>12</sup> Declaración Política (Policy Note) de la Acción 1 del Plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), publicada el 23 de enero de 2019, «*Addressing the tax challenges of the digital economy-Policy Note*»:

<https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>.

<sup>13</sup> VILCHES DE SANTOS, D.; «Estado actual de los trabajos de la OCDE en relación con los desafíos de la economía digital», *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 443, 2020, págs. 23-24. ISSN: 1138-9540; describe la finalidad de la estructuración en dos pilares de la siguiente forma: «*La creación de los dos pilares tiene un doble fin, por un lado, organizar las diversas alternativas propuestas, tratando de aunar sus similitudes, y facilitando el debate. Por otro, estructuración de la materia en dos pilares permite contar con dos bases que funcionarán a modo de esqueleto sobre el que ir construyendo y definiendo*».

<sup>14</sup> <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>.

<sup>15</sup> <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>.

desafíos fiscales derivados de la digitalización. Esta propuesta del secretariado es posteriormente sometida a consulta pública.

Con fechas 21 y 22 de noviembre de 2019 se celebró la consulta pública sobre la propuesta del primer pilar<sup>16</sup> y el 9 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la consulta pública relativa al segundo pilar<sup>17</sup>. A la fecha de emisión de este artículo, el último documento emitido por parte de la OCDE es la Declaración de la OCDE/G20 sobre el Marco Inclusivo sobre BEPS, publicado por la OCDE con fecha 31 de enero de 2020<sup>18</sup>. En dicha declaración se reafirma el compromiso adoptado por parte de los estados miembros para continuar con la negociación de nuevas reglas, a partir de un enfoque unificado sobre el pilar I y alcanzar una solución consensuada a finales de 2020<sup>19</sup>.

Si bien es cierto que ninguno de los dos pilares aborda directamente la cuestión del establecimiento de impuestos unilaterales sobre servicios digitales<sup>20</sup>, en la medida en que la mayoría de este tipo de impuestos se configuran como soluciones transitorias a la espera de que se alcance una solución consensuada en el marco internacional, los mismos se verán necesariamente afectados por el resultado final de los trabajos efectuados en el marco de la OCDE (previsiblemente a finales de 2020).

## 2. UE

Como señala GARCÍA DE PABLOS<sup>21</sup>, el Mercado Único Digital ha sido una de las prioridades políticas dentro de la Unión Europea que ha sabido detectar la

<sup>16</sup> <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>.

<sup>17</sup> <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf>.

<sup>18</sup> OECD (2020), Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy — January 2020, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD, París.

[www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf).

<sup>19</sup> La aprobación del enfoque unificado se basa en gran medida en la propuesta del Secretariado de la OCDE en octubre de 2019 y supone un paso muy importante para llegar a un acuerdo, toda vez que reduce de tres a una las propuestas iniciales del Pilar I para afrontar los desafíos fiscales derivados de la digitalización. No obstante, debe advertirse que la declaración del marco inclusivo de la OCDE sobre BEPS toma en consideración una propuesta enviada por el secretario del Tesoro de Estados Unidos para instrumentar el Pilar I sobre una base de «puerto seguro» configurado de forma opcional para las multinacionales.

Esta última propuesta ha generado preocupación en muchos de los Estados miembros y que puede suponer un obstáculo relevante de cara a alcanzar el consenso dentro del plazo inicialmente estipulado.

<sup>20</sup> Precisamente porque mediante los mismos se trata de encontrar una solución coordinada y consensuada que evite la proliferación de medidas unilaterales.

<sup>21</sup> GARCÍA DE PABLOS, J. F.; «El impuesto sobre determinados servicios digitales: la “Tasa Google”», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 11/2019, págs. 47-68. ISSN: 1132-8576.

contribución económica que el mismo podría aportar a la economía europea y su capacidad para crear nuevos puestos de trabajo. A nivel europeo, y en lo que aquí interesa, cabe destacar las siguientes actuaciones que se han ido adoptando en paralelo para abordar la problemática fiscal planteada por la economía digital:

(i) El 21 de septiembre de 2017 la Comisión Europea publica la Comunicación «*Un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital*»<sup>22</sup> en la que se identifican los desafíos tributarios que presentan las empresas que prestan servicios de forma digital y se proponen: (i) reformas en el ámbito del impuesto sobre sociedades como solución a largo plazo y (ii) soluciones transitorias entre las que destaca el establecimiento del *equalization tax* o impuesto de compensación sobre el volumen de negocios.

(ii) En el mismo mes de septiembre de 2017, los ministros de Finanzas de Francia, Alemania, Italia y España firmaron una declaración política conjunta en referencia al establecimiento del denominado Impuesto de igualación sobre el volumen de negocios generado en Europa por las empresas digitales (*equalization tax*).

(iii) El 21 de marzo de 2018, la Comisión Europea publicó un paquete de propuestas de Directivas y Recomendaciones para alcanzar una imposición justa y eficaz de la economía digital, conocido coloquialmente como el «*paquete Digitax*». Este paquete incorpora las propuestas de regulación de la Comisión siguiendo un orden escalonado, incluyendo:

a) La Comunicación de la Comisión al Parlamento UE y al Consejo: «*Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital*»<sup>23</sup>.

b) La Propuesta de Directiva —COM(2018) 147 final— de la Comisión al Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa<sup>24</sup>. En la misma se configura una solución integral o definitiva a largo plazo basada en la creación de un nuevo nexo imponible (presencia digital significativa) a incorporar al concepto de establecimiento

<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: «*Un sistema impositivo justo y eficaz en la Unión Europea para el Mercado Único Digital*» (COM/2017/0547 final): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0547>.

<sup>23</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «*Es el momento de instaurar un marco fiscal moderno, justo y eficaz para la economía digital*» (Communication from the Commission to the European Parliament and the Council «Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy». COM/2018/0146 final): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018DC0146>.

<sup>24</sup> Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa (COM/2018/0147 final — 2018/072): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0147>.

permanente para aquellas empresas digitales que operan internacionalmente sin un punto de conexión físico.

c) Una Recomendación de la Comisión en relación con la propuesta de Directiva referida a la imposición corporativa de una presencia digital significativa<sup>25</sup> en la que se insta a los Estados miembros que renegocien sus convenios para evitar la doble imposición con terceros países con el objetivo de incluir las medidas previstas en la propuesta de directiva anterior.

La Propuesta de Directiva —COM(2018) 148 final— de la Comisión al Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales (en adelante «**La Propuesta Inicial de Directiva**» o «**La Propuesta Inicial de Directiva ISD**»)<sup>26</sup>. Esta segunda Directiva fue propuesta por parte de la Comisión Europea consciente de la complejidad de los procesos de renegociación de los CDIs (y de alcanzar un consenso en la OCDE) estableciendo como solución provisional e inmediata en la UE la creación de un Impuesto sobre los Servicios Digitales, que estaría vigente hasta la aprobación de la solución integral.

Es precisamente esta Propuesta Inicial de Directiva el referente en el que se ha basado el legislador español a la hora de redactar el proyecto del IDSDi, tal y como pasamos a ver a continuación.

### 3. La Propuesta Inicial de Directiva como referente para el IDSDi español

A la espera de alcanzar una solución integrada global cuya implantación definitiva podría llevar tiempo, la Propuesta Inicial de Directiva introduce como solución provisional la regulación de un impuesto sobre determinados servicios digitales a nivel europeo. Como se expone en la memoria justificativa de la Propuesta Directiva, la introducción de este impuesto provisional busca conseguir los dos siguientes objetivos:

(i) Establecer una medida que sea fácil de implementar y que esté específicamente orientada a los ingresos procedentes de la prestación de los servicios digitales en los que los usuarios contribuyan de forma significativa al proceso de creación de valor.

<sup>25</sup> Recomendación de la Comisión de 21-3-2018 relativa a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa:

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/ES/C-2018-1650-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

<sup>26</sup> Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales (COM/2018(148 final 2018/0073(CNS)): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1587213437352&uri=CELEX:52018PC0148>.

(ii) Conseguir implantar una solución armonizada en toda la UE que evite la descoordinación provocada por la adopción de medidas unilaterales por parte de los Estados Miembros. Esta descoordinación puede generar una fragmentación del mercado único, falsear la competencia dentro de la Unión y obstaculizar el desarrollo de nuevas soluciones digitales y la competitividad de la UE en su conjunto en este ámbito.

En otras palabras, con este impuesto se trata de alcanzar una solución coordinada que contribuya a crear unas condiciones de competencia equitativas dentro de la UE durante el período transitorio que reste hasta que se adopte una solución global.

Así, el impuesto regulado por la Propuesta Inicial de Directiva nace para gravar los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales caracterizados por la creación de valor por parte del usuario. En concreto, los servicios incluidos en el ámbito de aplicación del IDSDi son aquellos:

1. Que dependen en gran medida de la creación de valor por parte de los usuarios (esto es, en los que los usuarios desempeñan un papel principal en la cadena de valor para las empresas prestadoras de dichos servicios).

2. En los que se suele observar un mayor desajuste entre el lugar en que se gravan los beneficios y el lugar donde están establecidos los usuarios<sup>27</sup>.

Partiendo de lo anterior, los principales elementos del impuesto regulado en esta Propuesta Inicial de Directiva se describen en los cuadros 1 y 2 que se recogen en el **ANEXO I** de este artículo.

La Propuesta Inicial de Directiva que se acaba de describir fue rechazada por no alcanzarse la unanimidad necesaria para su aprobación. En lo que se refiere a su tramitación cabe destacar los siguientes momentos temporales:

(i) En la reunión de ministros de Economía y Finanzas de la UE (ECOFIN) del día 6 de noviembre de 2018, Francia y Alemania se pusieron de acuerdo para proponer que los Estados Miembros pudieran aplicar el nuevo impuesto, como pronto, a partir de finales de 2020 y siempre que no se alcanzase una solución global en el seno de la OCDE<sup>28</sup>.

(ii) En la reunión del ECOFIN de 4 de diciembre de 2018<sup>29</sup> se avanzó en una nueva propuesta de directiva con cambios sustanciales con respecto a la versión

<sup>27</sup> En este sentido cabe destacar el análisis efectuado por CALDERÓN CARRERO, J. M.; «*El Paquete Europeo (2018) en materia de Fiscalidad de la Economía Digital*», Carta Tributaria. Revista de Opinión, núm. 39/2018, Ed. Wolters Kluwer, págs. 1-17.

<sup>28</sup> <https://www.consilium.europa.eu/media/37276/fr-de-joint-declaration-on-the-taxation-of-digital-companies-final.pdf>.

<sup>29</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/ecofin/2018/12/04/>.



original con el objetivo de facilitar el consenso entre los Estados Miembros. Entre dichos cambios cabe destacar los dos siguientes:

a) Se reducían de tres a uno los servicios sujetos al impuesto. De esta forma, la nueva versión eliminaba el gravamen sobre los servicios de intermediación en línea de interfaces multifacéticas y los servicios de transmisión de datos y únicamente mantenía la tributación de los servicios de publicidad en línea.

b) Se sustituyó el sistema original de ventanilla única por un modelo de gestión sustentado en la obligación de identificación y de presentación de auto-liquidaciones en cada Estado Miembro donde el sujeto pasivo esté obligado al pago, asegurando así el control del Impuesto por parte de las Administraciones tributarias de cada Estado, pero incrementando considerablemente los costes de cumplimiento para los contribuyentes.

Tras la celebración de cinco rondas de negociaciones por parte de los agregados fiscales (el 11 de diciembre de 2018), el Grupo de Cuestiones Fiscales (15 de enero y 20 de febrero de 2019) y el Grupo de Alto Nivel (31 de enero y 28 de febrero de 2019) se publicó el 1 de marzo de 2019 una nueva propuesta de Directiva (en adelante «**Propuesta de Directiva**») en la que se limitaba el ámbito de aplicación a los servicios de publicidad digital<sup>30</sup>.

(iii) En la reunión mantenida el 12 de marzo de 2019<sup>31</sup>, la Propuesta de Directiva fue finalmente rechazada al no alcanzarse la unanimidad requerida para su aprobación. En particular se opusieron a esta Propuesta de Directiva países con políticas fiscales más favorables al contribuyente y donde muchas de las multinacionales digitales ubican su sede en Europa como son Irlanda (Google), Holanda (Netflix), Luxemburgo (Amazon) Dinamarca, Finlandia o Suecia (sede de Spotify).

Ante el fracaso de la Propuesta de Directiva se acordó trasladar el debate al seno de la OCDE y del Marco Inclusivo por su mayor representatividad.

Como se puede observar, el fracaso de la Propuesta Inicial de Directiva y de la posterior Propuesta Directiva en la UE no ha permitido alcanzar una solución armonizada dentro de la UE. El traslado del debate a la OCDE, y el consiguiente retraso en alcanzar una solución consensuada ha llevado a los Estados a adoptar medidas unilaterales como las que pasamos a ver en el siguiente apartado.

<sup>30</sup> <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6873-2019-INIT/es/pdf>.

<sup>31</sup> <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/ecofin/2019/03/12/>.



#### 4. Medidas unilaterales en otras jurisdicciones

Ante el retraso de las medidas consensuadas dentro de las instituciones internacionales son muchos los estados que han introducido por su cuenta sus propios tributos, con el objetivo de mantener la recaudación<sup>32</sup>. Pasamos a repasar ahora los más relevantes, tanto dentro como fuera de la UE.

##### 4.1. Medidas adoptadas por Estados Miembros de la UE

(i) En **Francia** se aprobó el 11 de julio de 2019 el impuesto sobre servicios digitales, que fue publicado en el *Boletín Oficial Francés* el 25 de julio de 2019, y es conocido coloquialmente como la Tasa GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon). Este impuesto sobre los servicios digitales regulaba la aplicación de un tipo del 3% anual sobre los ingresos brutos derivados de las actividades digitales de las que se considera que los «usuarios» franceses desempeñan un papel importante en la creación de valor. En concreto, el impuesto francés pretendía gravar dos tipos de servicios digitales: los servicios de intermediarios en un ámbito digital y los servicios publicitarios basados en los datos de los usuarios.

El impuesto preveía su aplicación retroactiva a 1 de enero de 2019 y afectaba a empresas digitales (francesas o extranjeras) que a nivel de grupo percibiesen ingresos de más de 750 millones de euros a nivel mundial y más de 25 millones de euros por servicios digitales suministrados en Francia. La norma francesa recoge que el impuesto debe ser declarado y pagado en las declaraciones de IVA.

No obstante, ante la posibilidad de que entrase en vigor este impuesto, la Administración estadounidense anunció medidas arancelarias contra la importación de productos franceses. Ante esta medida de presión, y a los efectos de evitar una guerra comercial, en enero de 2020, Francia acordó suspender la recaudación hasta diciembre de 2020, a cambio de que Estados Unidos eliminase los aranceles del 100% sobre determinados productos franceses.

(ii) **Italia** ha aprobado un impuesto sobre servicios digitales efectivo desde enero de 2020 y que grava el 3% sobre los ingresos de tres tipos de servicios: servicios de publicidad, servicios de intermediación y transmisión de datos. Los sujetos pasivos son entidades cuyos ingresos, a nivel individual o de grupo, hayan superado de 750 millones de euros mundiales y los ingresos italianos derivados de los servicios digitales incluidos en el ámbito de aplicación sean superiores a 5,5 millones de euros. El impuesto debe pagarse antes del 16 de febrero del año natural siguiente a aquel en que se realizan los ingresos imponibles, por lo que el impuesto de 2020 deberá ser abonado antes del 16 de febrero de 2021.

---

<sup>32</sup> Para un análisis actualizado de la introducción de este tipo de medidas en el resto de países se puede acudir al siguiente enlace: <https://taxfoundation.org/digital-tax-europe-2020/>.

(iii) **Austria** ha introducido un impuesto sobre servicios digitales, aplicable con efectos desde el 1 de enero de 2020, para servicios de publicidad digital. El impuesto austriaco de servicios digitales aplica una tasa del 5% sobre el volumen de negocios de los servicios de publicidad prestados por los proveedores de servicios en Austria, cuyo volumen de negocios sea de al menos 750 millones de euros y el volumen de negocios de los servicios de publicidad digital es de 25 millones de euros. El impuesto se liquida de manera mensual y se paga antes del 15 del segundo mes. Adicionalmente, tres meses después del final del año fiscal se debe presentar una declaración de impuestos anual para el año anterior que recoge los servicios de publicidad prestados y las remuneraciones atribuidas a cada uno.

(iv) **Hungría** tiene un impuesto sobre servicios digitales que desde julio de 2017 aplica una tasa impositiva del 7,5% sobre servicios de publicidad. No obstante, como medida temporal, la tasa del impuesto sobre la publicidad se ha reducido al 0%, con efecto desde el 1 de julio de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2022.

#### 4.2. *Medidas adoptadas por terceros estados*

(i) **Reino Unido**<sup>33</sup> publicó en julio de 2019 el Proyecto de Ley sobre el impuesto a los servicios digitales, que ha entrado en vigor el 1 de abril de 2020 y grava el 2% sobre los ingresos de las empresas cuya actividad se centre en los motores de búsqueda, plataformas de redes sociales y los mercados en línea o de venta *online*. El impuesto se gestionará mediante una liquidación anual y operará para aquellas empresas que se dediquen a este tipo de servicios y cuya facturación anual por estas actividades digitales sean superiores a 500 millones de libras esterlinas y más de 25 millones de libras esterlinas de estos ingresos provengan de los usuarios del Reino Unido.

(ii) **India** tiene desde el año 2016 un impuesto sobre servicios digitales del 6% que grava los ingresos brutos de los servicios de publicidad en línea para empresas no residentes en el país. Desde el 1 de abril de 2020 se amplía el alcance y grava a un tipo del 2% el comercio electrónico.

(iii) **Canadá** tiene un impuesto sobre servicios digitales del 3% que grava los ingresos que proceden de la venta de publicidad *online* y la transmisión de datos. Se aplica sobre las empresas con una facturación mundial superior a 559 millones de dólares americanos y con ingresos en Canadá de más de 30 millones de dólares americanos.

---

<sup>33</sup> Adicionalmente, cabe hacer mención al «*diverted profit tax*» introducido por el Reino Unido en el año 2015.

(iv) **Malasia y Singapur** también recogen un impuesto sobre los servicios digitales del 6% y 7%, respectivamente, efectivo desde el 1 de enero de 2020, para una amplia variedad de servicios digitales.

(v) **Turquía** ha aprobado un impuesto sobre servicios digitales que entrará en vigor a partir de marzo de 2020 a una tasa del 7,5% sobre los ingresos turcos de determinadas entidades. En concreto, se gravan los servicios de publicidad digital, la venta de cualquier contenido visual, auditivo o digital y servicios para el suministro y funcionamiento de una plataforma digital mediante la cual los usuarios puedan interactuar entre sí, incluidos los servicios para vender o facilitar la venta de un bien o servicio entre esos usuarios. El impuesto será pagadero anualmente y operará para aquellas empresas que se dediquen a este tipo de servicios y cuya facturación anual por estas actividades digitales sean superiores a 750 millones de euros y más de 3.137 millones de euros de ingresos obtenidos en Turquía.

Siguiendo el ejemplo de los países anteriores, el gobierno de España ha decidido regular su propio impuesto sobre servicios digitales. Así nace el IDSDi, un impuesto inspirado en la Propuesta Inicial de Directiva y que comparte alguna de las características de las figuras impositivas que acabamos de mencionar, entre las que destaca su carácter provisional.

### III. EL IMPUESTO SOBRE SERVICIOS DIGITALES EN ESPAÑA

Como hemos visto, el IDSDi nace en un contexto de proliferación de medidas unilaterales transitorias adoptadas unilateralmente por diferentes Estados con el objetivo de compensar la caída de su recaudación tributaria como consecuencia: (i) de la falta de adecuación de las normas tributarias internacionales a la realidad de la economía digital y (ii) del retraso en alcanzar medidas coordinadas por las instituciones internacionales que permitan adaptar dichas normas de forma consensuada.

En este apartado se analizan en profundidad todos los elementos que configuran el IDSDi en los términos regulados actualmente en el Proyecto de Ley sobre Determinados Servicios Digitales (en adelante, «**PLIDSDi**» o «**Proyecto de Ley**»).

#### 1. Estado actual de tramitación

Con fecha 28 de febrero de 2020, el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* ha publicado el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados para dar inicio a la tramitación del PLIDSDi<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> El texto del PLIDSDi se puede consultar a través del siguiente enlace: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-1-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-1-1.PDF#page=1).

Este Proyecto de Ley mantiene esencialmente la misma regulación propuesta en el Proyecto remitido a Cortes en la pasada legislatura, el 25 de enero de 2019, cuya tramitación se vio paralizada por la disolución de las Cortes Generales y la convocatoria de nuevas elecciones en España (en lo sucesivo «**Proyecto de Ley de la Anterior Legislatura**»<sup>35</sup>). Ahora bien, las circunstancias internacionales concurrentes han variado con respecto a la iniciativa parlamentaria de la anterior legislatura, tal y como se refleja en la exposición de motivos del actual PLIDSDi, en el que hace referencia al rechazo de la Propuesta de Directiva y al traslado del debate a la OCDE<sup>36</sup>.

Por lo que respecta al estado actual de tramitación del PLIDSDi cabe destacar que en el acuerdo de Mesa del Congreso por el que se publicaba el mismo se fijaba un plazo inicial para la presentación de enmiendas que finalizaba el 17 de marzo de 2020. Este plazo ha sido ampliado en sucesivas ocasiones, siendo la última ampliación del mismo, a la fecha de emisión del presente artículo, hasta el 29 de abril de 2020<sup>37</sup>.

A la fecha de emisión de este artículo no tenemos constancia de que se hayan presentado enmiendas al Proyecto de Ley dentro de los plazos inicialmente fijados. Sin embargo, la ausencia de enmiendas puede responder más bien al momento excepcional en el que nos encontramos como consecuencia del COVID 19, ya que, como veremos en el último apartado de este artículo, la configuración del IDSDi conforme a la redacción actual del Proyecto de Ley plantea numerosos aspectos controvertidos.

<sup>35</sup> Al cual se puede acceder por medio del siguiente enlace: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-40-1.PDF#page=1](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-40-1.PDF#page=1).

<sup>36</sup> En esencia, las principales diferencias entre el Proyecto de Ley de la Anterior Legislatura y el actual Proyecto de Ley traen causa fundamentalmente del cambio en las circunstancias internacionales. En este sentido:

a) Tanto el Proyecto de Ley de la Anterior Legislatura como el actual Proyecto de Ley se basan en la Propuesta Inicial de Directiva. Sin embargo, el primero hacía una referencia expresa, y en el Proyecto de Ley actual dicha referencia explícita no aparece. El motivo es que, como hemos analizado, la Propuesta Inicial de Directiva evolucionó limitando los servicios objeto de gravamen a los servicios de publicidad recogidos en la Propuesta de Directiva finalmente rechazada. De esta forma, el Proyecto de Ley no puede justificar el establecimiento de tres tipos de servicios sujetos en la Propuesta de Directiva finalmente rechazada, por lo que se opta por no hacer esa remisión expresa (sin perjuicio de que resulta evidente que este texto también se basa en la Propuesta Inicial de Directiva).

b) Por otro lado, Proyecto de Ley de la anterior Legislatura vinculaba el futuro del IDSDi a la aprobación definitiva de la Propuesta Inicial de Directiva, mientras que, tras el fracaso de la Propuesta Inicial de Directiva y la Propuesta de Directiva, el Proyecto de Ley vincula la transitoriedad del IDSDi y el futuro del impuesto a la solución que se alcance en al OCDE.

<sup>37</sup> El estado actualizado de tramitación de esta iniciativa legislativa se puede consultar en el siguiente enlace: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?\\_piref73\\_2148295\\_73\\_1335437\\_1335437.next\\_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLIST&BASE=IWI&PIECE=IWA4&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28SERVICIOS+DIGITALES%29.ALL.&DOCS=1-1](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLIST&BASE=IWI&PIECE=IWA4&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28SERVICIOS+DIGITALES%29.ALL.&DOCS=1-1).

## 2. Dos características fundamentales del IDSDi de entrada

El PLIDSDi consta de dieciséis artículos y cinco disposiciones finales. De entrada, atendiendo a la distribución de su articulado y al contenido de su Exposición de Motivos, cabe destacar las dos siguientes características del IDSDi:

(i) Es un impuesto cuya regulación está claramente inspirada en la Propuesta Inicial de Directiva anteriormente expuesta. Como veremos más adelante, no cabe duda de que esta Propuesta Inicial de Directiva ha sido utilizada como base a la hora de configurar los principales elementos del IDSDi a nivel nacional.

(ii) Se mantiene la configuración del IDSDi como una solución de carácter provisional, hasta que entre en vigor la nueva legislación que tenga por objeto incorporar la solución adoptada internacionalmente.

Dicho lo anterior, a continuación se pasan a analizar los elementos más relevantes que configuran este nuevo impuesto.

## 3. Naturaleza, objeto y territorio de aplicación del impuesto

Tal y como establece el artículo 1 del Proyecto de Ley, el IDSDi es un impuesto de naturaleza indirecta, compatible con el Impuesto sobre el Valor Añadido y que grava la prestación de determinados servicios digitales en los que exista una intervención por parte de usuarios situados en el territorio de aplicación del impuesto. A estos efectos, el artículo 2 define el territorio de aplicación del impuesto como todo el territorio español<sup>38</sup>, sin perjuicio de los regímenes forales de Concierto y Convenio con País Vasco y Navarra.

La configuración del IDSDi como un tributo de naturaleza indirecta trata de excluir este impuesto del ámbito de aplicación de los CDIs suscritos por España. En este sentido, la Exposición de Motivos del PLIDSDi fundamenta la naturaleza indirecta del IDSDi en el hecho de que este impuesto no tenga en cuenta la capacidad económica del prestador, centrándose exclusivamente en los servicios prestados.

Ahora bien, la naturaleza indirecta del IDSDi y su compatibilidad con los CDIs es una de las cuestiones controvertidas de mayor relevancia que plantea este impuesto, tal y como se estudiará detalladamente en el apartado cuarto de este artículo.

Por otro lado, constituye el objeto del IDSDi las prestaciones de determinados servicios digitales en los que los usuarios desempeñan un papel único y fundamental, contribuyendo al proceso de creación de valor de la empresa que presta

---

<sup>38</sup> A diferencia de lo que ocurre con el IVA; que excluye expresamente las Islas Canarias.

dichos servicios, la cual monetiza las contribuciones de dichos usuarios<sup>39</sup>. En palabras del legislador, «*los servicios contemplados por este impuesto son aquellos que no podrían existir en su forma actual sin la implicación de los usuarios*»<sup>40</sup>.

Como se puede observar, en la propia definición de los servicios objeto de este impuesto ya se pone de manifiesto la influencia de la Propuesta Inicial de Directiva, planteada en términos muy similares.

#### 4. Hecho imponible

En línea con el objeto del tributo que se acaba de describir, el hecho imponible del impuesto lo encontramos regulado en el artículo 5 del PLIDSDi. Ahora bien, para poder comprender el mismo es necesario acudir a las definiciones recogidas en el artículo 4 dicho texto normativo.

En concreto, cabe destacar los dos siguientes conceptos previos definidos en el artículo 4 del Proyecto de Ley y que resultan especialmente relevantes para comprender los servicios objeto de gravamen:

(i) Concepto de interfaz digital: cualquier programa, incluidos los sitios *web* o partes de los mismos, o aplicación, incluidas las aplicaciones móviles, o cualquier otro medio, accesible a los usuarios, que posibilite la comunicación digital.

(ii) Concepto de usuarios: cualquier persona o entidad que utilice una interfaz digital.

De una lectura conjunta y sistemática del artículo 4 y 5 del Proyecto de Ley se desprende que el IDSDi se limita a gravar únicamente la prestación de tres tipos de servicios digitales, siempre que los mismos se realicen por parte de los contribuyentes del impuesto dentro del territorio español.

Estos servicios, definidos como «servicios digitales» en el artículo 4.5 del Proyecto de Ley a los efectos de este impuesto, son los tres siguientes:

##### 1. Servicios de publicidad en línea:

Estos servicios son definidos por el artículo 4.6 del Proyecto de Ley como los servicios «*consistentes en la inclusión en una interfaz digital, propia o de terceros, de publicidad dirigida a los usuarios de dicha interfaz*».

<sup>39</sup> El papel del usuario de estos servicios va mucho más allá del que hasta ahora ha desempeñado tradicionalmente el cliente de un servicio offline.

<sup>40</sup> Punto expositivo tercero de la Exposición de Motivos del PLIDSDi.

Este primer tipo de servicios gravan modelos de negocio digitales en los que las empresas obtienen datos sobre las actividades de los usuarios a través de las interfaces digitales y los utilizan para ofrecer publicidad específicamente destinada a dichos usuarios (y cobrar por ella). En estos modelos de negocio, las empresas monetizan el tráfico de sus usuarios y los datos obtenidos de los mismos mediante la inclusión de publicidad personalizada para cada usuario en la interfaz digital, publicidad que a su vez se basa, precisamente, en los datos obtenidos de los mismos.

Un ejemplo de servicios de publicidad en línea gravados por el IDSDi serían los servicios ofrecidos por Facebook, Twitter, Instagram, Spotify gratuito, Google o Youtube. Todos ellos ofrecen en sus plataformas publicidad personalizada y dirigida a sus usuarios que se nutre precisamente por los datos obtenidos de estos sujetos.

## 2. Servicios de intermediación en línea:

El artículo 4.7 del Proyecto de Ley identifica estos servicios como los servicios *«de puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital multifacética (que permita interactuar con distintos usuarios de forma concurrente) que facilite la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, o que les permita localizar a otros usuarios e interactuar con ellos»*.

Como vemos, estos servicios de intermediación en línea pueden dividirse en dos tipos:

- a) Aquellos que facilitan la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios.
- b) Los servicios de intermediación que permiten localizar a otros usuarios e interactuar con ellos.

En estos modelos de negocio (i) los prestadores de servicios intermedian y ponen en contacto a usuarios a través de sus interfaces digitales y (ii) los usuarios contribuyen a crear valor a través de su participación sostenida en dichas interfaces, las cuales se basan en lo que se denominan efectos de red. Así, en este tipo de interfaces el valor reside en las conexiones entre los usuarios y la interacción de los mismos y, en virtud de los mencionados efectos de red, el valor del servicio aumenta con el número de usuarios que utilizan la interfaz. Si además nos encontramos ante interfaces que facilitan la entrega de bienes o prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios, la contribución de los mismos a la creación de valor es más que evidente<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Así se justifica el gravamen sobre estos servicios de intermediación en la Memoria Justificativa de la Propuesta Inicial de Directiva.



A efectos ilustrativos, este tipo de servicios de intermediación los encontramos en la práctica en el sector alojamiento (Airbnb), en el sector transporte, tanto de personas (Uber, BlaBlaCar) como de mercancías (Glovo, Deliveroo) o en las plataformas para intercambio de productos o servicios (como pueden ser Wallapop o Vibbo).

### 3. Servicios de transmisión de datos:

Finalmente, el concepto de servicios de transmisión de datos lo encontramos recogido en el artículo 4.8 del Proyecto de Ley que los define como *«los de transmisión con contraprestación, incluidas la venta o cesión, de aquellos recopilados acerca de los usuarios, que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales»*.

Nos encontramos ante modelos de negocio similares a los de publicidad en línea en los que, en lugar de utilizar los datos de los usuarios que acceden a la interfaz para ofrecerles publicidad personalizada, dichos datos se venden directamente a terceros con contraprestación.

A título de ejemplo podríamos destacar la transmisión con contraprestación, por parte de Google o Facebook, de los datos generados por sus usuarios en las actividades desarrolladas por estos últimos en estas interfaces o plataformas. Como expone MENÉNDEZ MORENO<sup>42</sup>:

*«Se mencionan también como ejemplos de esta modalidad de servicios los que pueden prestar Facebook a terceros. Es evidente que los usuarios de las redes sociales desvelan gran cantidad de datos sobre ellos mismos, que pueden servir a determinadas empresas, como Cambridge Analytica o Pay Stats, para transmitirlos a otras y darles a conocer así, por ejemplo, datos como los flujos económicos y dinámicas comerciales de ciertos territorios, sus patrones de consumo, los mejores horarios de apertura o lo que desean escuchar los futuros votantes.»*

Como se puede observar, los tres tipos de servicios del Proyecto de Ley coinciden con los tres servicios incluidos en la Propuesta Inicial de Directiva en su versión inicial<sup>43</sup>. La selección de estos tres tipos de servicios digitales se fundamentaba en la memoria justificativa de la Directiva en el papel esencial del usuario en la creación de valor para los prestadores de los mismos y en el mayor desajuste provocado por los mismos entre el lugar en que se gravan los beneficios y el lugar donde están establecidos los usuarios (donde se crea valor).

<sup>42</sup> MENÉNDEZ MORENO, A.; «El nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2019, pág. 5. ISSN: 1132-8576.

<sup>43</sup> Téngase en cuenta que, como se ha expuesto, tras la reunión del ECOFIN de 4 de diciembre de 2018, se modificó el proyecto inicial de Directiva reduciendo el ámbito objetivo de gravamen de los tres tipos iniciales de servicios digitales (publicidad en línea, intermediación en línea y transmisión de datos) a uno solo (quedando restringido a los servicios de publicidad en línea) con el objetivo de llegar a un consenso que, finalmente, no se consiguió alcanzar.

Sin embargo, como veremos, esta delimitación de los servicios digitales es otra de las cuestiones controvertidas del IDSDi. Así, el hecho de que no se graven todos, sino una parte de los servicios digitales, puede suscitar dudas en torno al cumplimiento del principio de generalidad, sobre todo si se tiene en cuenta la evolución de la Propuesta Inicial de Directiva y que la justificación para seleccionar unos servicios y descartar otros puede no estar lo suficientemente fundamentada.

## 5. Supuestos de no sujeción

La delimitación del ámbito objetivo del IDSDi se completa con la introducción de determinados supuestos de no sujeción.

Debe destacarse en este punto que ni el Proyecto de Directiva ni el Proyecto de Ley regulan la existencia de supuestos de exención. En consecuencia, la delimitación negativa del ámbito objetivo está compuesta, exclusivamente, por supuestos de no sujeción.

Por otra parte, dentro de los supuestos de no sujeción cabe diferenciar los específicamente incluidos en el artículo 6 del PLIDSDi de aquellos supuestos de no sujeción que no se encuentran expresamente regulados en este precepto, pero que se desprenden de la definición del hecho imponible, por no cumplir con los requisitos del mismo establecidos en los artículos 4 y 5.

A continuación analizamos estos dos tipos de supuestos:

### 5.1. *Supuestos de no sujeción incluidos en el artículo 6 del PLIDSDi*

El Proyecto de Ley excluye del ámbito de aplicación del IDSDi a todos aquellos servicios que, aun cuando están inicialmente incluidos dentro de la descripción de los tres tipos de servicios digitales sujetos<sup>44</sup>, el legislador presupone que el usuario no tiene un papel central en la creación de valor para la empresa prestadora de los mismos.

En concreto, el artículo 6 del Proyecto de Ley identifica expresamente los siguientes seis supuestos de no sujeción:

(i) Ventas de bienes o servicios contratados en línea en la web del proveedor de los bienes o servicios en las que el proveedor no es intermediario: En virtud del artículo 6 a) del Proyecto de Ley, los ingresos procedentes de la venta de bienes o servicios que se contratan en línea a través del sitio web del proveedor

---

<sup>44</sup> Publicidad en línea, Intermediación en línea o Transmisión de datos.

de esos bienes o servicios<sup>45</sup> y en las que dicho proveedor no actúa en calidad de intermediario deben quedar fuera del ámbito de aplicación del IDSDi.

El razonamiento que hay detrás de esta exclusión es que, para el minorista, la creación de valor reside en los bienes o servicios suministrados y la interfaz digital se utiliza únicamente como un medio o herramienta de comunicación<sup>46</sup>.

Como ejemplo de este supuesto de no sujeción podríamos poner la venta de productos deportivos por parte de Decathlon a través de su página web. Esta operación estaría no sujeta, por cuanto que Decathlon es el proveedor de los productos deportivos y no actúa como intermediario, utilizando su página web como medio de comunicación con el cliente.

Si bien el artículo 6 del PLIDSDi no lo aclara expresamente, en este punto resulta interesante tener en cuenta la aclaración puesta de manifestó en el punto expositivo 13 de la Propuesta Inicial de Directiva, en la cual se establece lo siguiente: *«A fin de determinar si un proveedor vende bienes o servicios en línea por cuenta propia o presta servicios de intermediación, sería preciso tener en cuenta la sustancia jurídica y económica de la operación, tal como se haya plasmado en los acuerdos entre las partes en cuestión. Por ejemplo, podría considerarse que un proveedor de una interfaz digital en la que se ponen a disposición bienes de terceros presta un servicio de intermediación (es decir, pone a disposición una interfaz digital multifacética) cuando no se asumen riesgos de inventario, o cuando es el tercero quien fija de forma efectiva el precio de dichos bienes»*.

Como vemos, en base a un principio de fondo sobre forma, elementos como la asunción de riesgos de inventario o la fijación del precio de los bienes pueden ser utilizados como dos indicadores relevantes de cara a determinar si el proveedor actúa como proveedor o como intermediario a los efectos de este supuesto de no sujeción.

Estos elementos resultarán de especial relevancia para casos como los del Corte Inglés o Amazon, que comercializan a través de sus plataformas y páginas web productos propios y de terceros, de forma que este supuesto de no sujeción puede plantear más problemas en la práctica. En este sentido parece evidente que este supuesto de no sujeción debe aplicar para la comercialización de sus productos propios (en los que estas entidades no actúan como intermediarios, sino como meros proveedores), pero en el caso de productos de terceros la aplicación del supuesto de no sujeción requerirá un análisis más pormenorizado.

(ii) Entregas de bienes o servicios subyacentes entre los usuarios en el marco de los servicios de intermediación en línea: El artículo 6 b) del Proyecto de Ley considera como operaciones no sujetas las entregas de bienes o prestaciones

<sup>45</sup> i.e. comercio electrónico minorista prestado por el propio proveedor.

<sup>46</sup> Este razonamiento lo encontramos recogido en el punto expositivo cuarto del Proyecto de Ley y en el exponendo 13 de la Propuesta Inicial de Directiva.

de servicios subyacentes que tengan lugar entre los usuarios, en el marco de un servicio de intermediación en línea.

Este supuesto de no sujeción resulta especialmente relevante dentro de los modelos de economía colaborativa o de economía de plataforma donde se produce (i) un servicio de intermediación prestado por la plataforma que permite poner en contacto al usuario-proveedor y al usuario-cliente y (ii) una posterior entrega de bienes o prestación de servicios subyacente entre ambos usuarios. Pues bien, esta regla de no sujeción deja claro que la única operación sujeta a efectos del IDSDi es la operación de intermediación (gravando la comisión de intermediación obtenida, en su caso, por la plataforma), pero no la operación subyacente que tiene lugar entre los usuarios.

Pongamos como ejemplo a la aplicación MY TAXI (actualmente FREE-NOW), la cual cobra una comisión a los conductores por el servicio de intermediación o puesta en contacto con los pasajeros. Pues bien, el servicio de intermediación prestado por la plataforma y la comisión asociada a dicho servicio sí estaría sujeta al IDSDi, pero el servicio subyacente de transporte prestado por el conductor (usuario) al pasajero (otro usuario) quedará excluido del ámbito de aplicación de este impuesto.

Lo mismo ocurriría con las entregas subyacentes de bienes entre particulares en plataformas como Wallapop, el servicio subyacente de transporte de mercancías en plataformas como Glovo o Deliveroo o el servicio subyacente de alojamiento en plataformas como Airbnb. En todos ellos se gravaría el servicio de intermediación de la plataforma, pero no la operación subyacente entre sus usuarios.

(iii) La intermediación en línea cuya finalidad principal sea suministrar contenidos digitales al usuario o prestarle servicios de comunicación o servicios de pago.

Esta regla de no sujeción, regulada en el artículo 6.c) se encuentra claramente inspirada en la Propuesta Inicial de Directiva y merece la pena, por su importancia, desglosar los servicios de intermediación excluidos para explicar los motivos de la exclusión en cada caso:

a) Suministro de contenidos digitales: Los servicios que consisten en el suministro de contenidos digitales por una entidad a través de una interfaz digital deben quedar excluidos del ámbito de aplicación del IDSDi, con independencia de que los contenidos digitales sean propiedad de esa entidad o de que esa entidad haya adquirido sus derechos de distribución. Como expone la Propuesta Inicial de Directiva, el motivo de esta exclusión es que, desde la perspectiva de la creación de valor, el foco de atención recae en los contenidos digitales suministrados por la entidad y no en el papel desempeñado por el usuario (cuyo único o principal objetivo es recibir los contenidos digitales de la entidad que pone a su disposición la interfaz digital).

En línea con la Propuesta Inicial de Directiva, el concepto de contenidos digitales lo encontramos en el artículo 4 del PLIDSDi, que los define como *«los datos suministrados en formato digital, como programas de ordenador, aplicaciones, música, videos, textos, juegos y cualquier otro programa informático, distintos de los datos representativos de la propia interfaz digital»*.

A título de ejemplo, los servicios de suministro a los usuarios de series o películas por parte de Netflix o HBO<sup>47</sup> podrían incluirse dentro de estos supuestos, y en consecuencia no quedar sujetos al IDSDi. Otro ejemplo más sofisticado podrían ser las plataformas que ofrecen descargas de aplicaciones como son Google Play o App Store<sup>48</sup>.

b) Suministro de servicios de comunicación o de pago: Las interfaces digitales que intermedian en línea para suministrar servicios de comunicación o de pago a los usuarios tampoco se encuentran sujetas al IDSDi y ello dado que la creación de valor en relación con estos dos servicios radica en el desarrollo y la venta de los programas informáticos de apoyo, que permiten que la interacción tenga lugar, estando menos vinculada a la participación de los usuarios.

En este sentido, como se explica en la Memoria Justificativa de la Propuesta Inicial de Directiva, si bien es cierto que estas interfaces permiten a los usuarios localizar a otros usuarios e interactuar con ellos, es relativamente habitual que dichos usuarios no puedan ponerse en contacto entre sí a menos que ya hayan establecido relación por otros medios, como ocurre con los servicios de mensajería instantánea.

Por tanto, como ejemplos prácticos de estos supuestos de no sujeción podríamos encontrarnos a Skype, HouseParty o Watchapp (dentro de los servicios de comunicación) o Paypal o Bizum (dentro de los servicios de pago).

(iv) Las prestaciones de servicios financieros regulados por entidades financieras reguladas.

La redacción de este supuesto, recogido en la letra d) del artículo 7 del Proyecto de Ley, ha sido simplificada con respecto al Proyecto de Ley de la Anterior Legislatura, que desdoblaba este supuesto en dos (siguiendo la redacción de la

<sup>47</sup> Sin perjuicio de que estas entidades pudieran encontrarse sujetas por las otras dos modalidades del impuesto (publicidad en línea o transmisión de datos).

<sup>48</sup> Un caso que puede resultar conflictivo es la puesta a disposición de videojuegos en tanto que se trata de contenidos digitales que pueden autorizar, en cierta forma, la interacción entre los usuarios. Tal y como reconoce la Propuesta Inicial de Directiva, en estos casos es necesario analizar si la interacción entre usuarios es o no accesoria respecto del suministro de contenidos digitales, concluyendo que este sería el caso de los videojuegos donde el objetivo principal del usuario es recibir o descargar el propio videojuego.

Como establece en la Memoria Justificativa de la Propuesta Inicial de Directiva *«la entrega de un videojuego por una entidad a un usuario mediante una interfaz digital constituye un suministro de contenidos digitales por parte de dicha entidad que queda fuera del ámbito de aplicación del ISD, independientemente de que el usuario en cuestión pueda jugar con otros usuarios y, por tanto, se permita cierta forma de interacción entre ellos»*.

Propuesta Inicial de Directiva). De esta forma, dentro de este supuesto de no sujeción, nos encontramos con:

a) Las prestaciones de servicios de intermediación en línea establecidos en el anexo I, sección A, puntos 1) a 9), de la Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, que se realicen por un centro de negociación, por un internalizado sistemático o por un proveedor de servicios de financiación participativa regulado.

Estos servicios comprenden, entre otros, los de recepción y transmisión de órdenes, ejecución de órdenes, gestión de carteras, o asesoramiento en inversión, prestados por las entidades anteriormente mencionadas.

De nuevo, el motivo por el que los servicios anteriores se encuentran excluidos<sup>49</sup> es que, en los mismos, el valor se encuentra en la capacidad este tipo de entidades (i) para reunir a compradores y vendedores de productos financieros bajo unas condiciones específicas y distintivas que de otro modo no se producirían y (ii) para proporcionar un entorno seguro para las operaciones financieras (toda vez que estas entidades garantizan que a la hora de llevar a cabo estas operaciones financieras se cumplen elementos esenciales como la calidad de ejecución de las operaciones, el nivel de transparencia en el mercado y un trato equitativo de los inversores)<sup>50</sup>.

A título de ejemplo nos podemos encontrar con los servicios de intermediación prestados por plataformas como Plus 500, eToro, y Click Trade, los cuales, en principio, se encontrarían no sujetos.

b) Las prestaciones de servicios de intermediación en línea establecidos en el artículo 51 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial que se realicen por un proveedor de servicios de financiación participativa regulado (en adelante «Ley 5/2015»).

Las plataformas de financiación participativa (o *crowdfunding*) son aquellas empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario (denominados inversores) con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa (denominados promotores)<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Tal y como expone detalladamente la memoria justificativa de la Propuesta de Directiva.

<sup>50</sup> Por lo tanto, en estos servicios el usuario no desempeña un papel central en la creación de valor para la entidad que pone a disposición una interfaz digital.

<sup>51</sup> De acuerdo con la definición recogida en el artículo 46.1 de la Ley 5/2015.

En el marco de dicha actividad, estas plataformas prestan los servicios regulados en el artículo 51 de la Ley 5/2015. Pues bien, a efectos del IDSDi cabe diferenciar el tratamiento a otorgar a las diferentes modalidades de Crowdfunding:

— Financiación participativa de inversión o de crédito: por lo que respecta a estas plataformas de financiación participativa, las mismas deben quedar fuera del ámbito de aplicación del IDSDi en tanto que los proveedores de tales servicios no constituyen una mera intermediación, tal y como acabamos de comentar. Así lo aclara específicamente la Memoria Justificativa del Proyecto de Directiva.

A título de ejemplo podríamos mencionar plataformas de *equity crowdfunding* o *crowdlending*, como CrowdCube Spain, o The Crowd Angel. Las mismas estarían no sujetas al IDSDi.

— Financiación participativa de donación o de recompensa: Sin embargo, mayores dudas plantean los servicios prestados por plataformas *crowdfunding* de donación y de recompensa, o los servicios prestados por dichas plataformas que consisten en la inclusión de publicidad. En principio, si seguimos el criterio de la Propuesta Inicial de Directiva<sup>52</sup>, estas dos modalidades estarían fuera del supuesto de no sujeción y, por lo tanto, sujetas al IDSDi.

Del mismo modo, la exclusión realizada en el artículo 46.2 de la Ley 5/2015<sup>53</sup> podría llevarnos a concluir que los casos de *crowdfunding* de donación y de recompensa no se encuentran dentro de estos supuestos de no sujeción y, en consecuencia, los servicios prestados por estas plataformas sí se encontraban dentro del ámbito de aplicación del IDSDi, quedando gravadas por dicho impuesto.

Dicho lo anterior sería deseable que este aspecto se clarificase en la redacción el Proyecto de Ley durante su tramitación parlamentaria.

(v) Las prestaciones de servicios de transmisión de datos efectuadas por estas entidades.

Este supuesto de no sujeción se encuentra íntimamente relacionado con el anterior y su justificación la encontramos perfectamente definida en la Memoria de la Propuesta Inicial de Directiva en los siguientes términos:

<sup>52</sup> Expresado en el punto expositivo 20 de la Propuesta Inicial de Directiva y en su memoria justificativa.

<sup>53</sup> En virtud del cual «No tendrán la consideración de plataformas de financiación participativa las empresas que desarrollen la actividad prevista en el apartado anterior cuando la financiación captada por los promotores sea exclusivamente a través de:

- a) Donaciones.
- b) Venta de bienes y servicios.
- c) Préstamos sin intereses.



*«Dado que la transmisión de datos por los centros de negociación, los internalizadores sistemáticos y los proveedores de servicios de financiación participativa regulados se limita a la prestación de servicios financieros regulados anteriormente descrita y forma parte ella, y habida cuenta de que está regulada como tal en virtud del Derecho de la Unión, la prestación de servicios de transmisión de datos por dichas entidades debe quedar excluida asimismo del ámbito de aplicación del ISD.»*

(vi) Las prestaciones de servicios digitales cuando sean realizadas entre entidades que formen parte de un grupo con una participación, directa o indirecta, del 100 por 100.

Inspirado (aunque con matices) en lo dispuesto en la Propuesta Inicial de Directiva<sup>54</sup>, la letra f) del artículo 6 establece una previsión expresa de no sujeción para los servicios digitales realizados en el seno de un grupo de empresas.<sup>55</sup>

Esta regla tiene sentido atendiendo a una concepción unitaria del grupo y a los mecanismos de eliminación de las operaciones internas previstos en la normativa contable y fiscal<sup>56</sup>.

Ahora bien, con respecto a esta, la regla de no sujeción, conviene aclarar lo siguiente:

a) En primer lugar, que el legislador español endurece sin justificación alguna el supuesto de no sujeción con respecto al Proyecto de Directiva restringiendo su aplicación a *«las prestaciones de servicios digitales cuando sean realizadas*

<sup>54</sup> Recordemos que la Propuesta Inicial de Directiva declara no sujetos al impuesto los ingresos procedentes de la prestación de servicios en el seno de un grupo de empresas y establece una norma especial de atribución de los ingresos obtenidos por dichos grupos. En concreto, en los apartados 7 y 8 del artículo 3 se recoge lo siguiente:

«7. Los ingresos procedentes de la prestación de un servicio contemplado en el apartado 1 por una entidad perteneciente a un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera a otra entidad de ese mismo grupo no se considerarán ingresos imposables a efectos de la presente Directiva.

8. En caso de que una entidad perteneciente a un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera preste un servicio contemplado en el apartado 1 y los ingresos procedentes de la prestación de dicho servicio sean obtenidos por otra entidad del grupo, a efectos de la presente Directiva, tales ingresos se considerarán obtenidos por la entidad que presta el servicio.»

<sup>55</sup> Que, como veremos en el apartado del sujeto pasivo, se encuentra definido en el artículo 1 haciendo referencia al concepto de grupo mercantil, esto es: «conjunto de entidades en el que una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

<sup>56</sup> Téngase en cuenta que en el Anteproyecto de ley de la anterior legislatura se decidió no incluir este supuesto de no sujeción sin fundamentación alguna, generando numerosas críticas al respecto. Esta postura inicial fue posteriormente corregida y en el Proyecto de Ley de la Anterior Legislatura ya se incluía un supuesto de no sujeción para las operaciones intragrupo más restrictivo que el de la Propuesta de Directiva, redacción que se ha mantenido para el actual PLIDSDi.

*entre entidades que formen parte de un grupo con una participación, directa o indirecta, del 100 por 100».*

Esto es, se mantiene la no sujeción de servicios intragrupo únicamente cuando la participación, directa o indirecta, entre las entidades sea del 100%. Se trata de una medida bastante estricta que no cubre todas las operaciones intragrupo, sino que únicamente aquellas que tienen lugar entre entidades íntegramente participadas.<sup>57</sup>

b) En segundo lugar, que esta regla de no sujeción va a tener su impacto en el cómputo del umbral de la huella digital significativa para determinar si un grupo tiene o no la consideración de contribuyente a efectos del impuesto, tal y como veremos más adelante.

## **5.2. Supuestos de no sujeción no incluidos en el artículo 6 del PLIDSDi**

Analizados los supuestos específicamente previstos en el artículo 6 del Proyecto de Ley cabe destacar dos casos adicionales de no sujeción que no se regulan expresamente como tal en el citado precepto, pero que deben considerarse como operaciones no sujetas al IDSDi por no cumplir con los requisitos del hecho imponible. Estos dos supuestos están relacionados con los servicios de publicidad en línea y de transmisión de datos y son los siguientes:

### **(i) Servicios de publicidad en línea no sujetos:**

En la definición de servicios de publicidad en línea el artículo 1.6 del PLIDSDi establece la siguiente precisión: *«Cuando la entidad que incluya la publicidad no sea propietaria de la interfaz digital, se considerará proveedora del servicio de publicidad a dicha entidad y no a la entidad propietaria de la interfaz».*

El inciso anterior pone de manifiesto que los servicios de publicidad en línea no se definen por referencia al propietario de la interfaz digital a través de la cual la publicidad aparece en el dispositivo de un usuario, sino más bien por referencia a la entidad responsable de facilitar que la publicidad aparezca en dicha interfaz.

Ello se debe a que, en la práctica, estas dos empresas a veces no coinciden, pudiendo ocurrir (i) que la interfaz pertenezca a la propia empresa responsable de facilitar la publicidad en línea o (ii) que la interfaz pertenezca a una empresa tercera que alquila el *«espacio digital»* donde va a aparecer el anuncio publicitario para el usuario.

---

<sup>57</sup> Ante la ausencia de justificación, no cabe descartar que esta previsión podría flexibilizarse durante la tramitación parlamentaria.

Es en este segundo escenario (en el que el proveedor del servicio publicitario y el propietario de la interfaz digital son entidades diferentes) en el que el PLIDSDi establece que no debe considerarse que este último (el propietario de la interfaz) haya prestado un servicio imponible a efectos de aplicación del IDSDi (o, dicho de otra forma, que de haberlo prestado el mismo estaría no sujeto).

La Memoria Justificativa de la Directiva explica que esta regla no es más que un mecanismo para evitar doble o múltiple imposición, de acuerdo con el siguiente razonamiento: *«De este modo se evitan los posibles efectos en cadena o la doble imposición de los mismos ingresos (una parte de los ingresos obtenidos por la entidad que incluye la publicidad de un cliente se pagará al propietario de la interfaz digital en la que vaya a aparecer el anuncio publicitario, a cambio del alquiler de espacio digital en esa interfaz)»*.

Como un ejemplo práctico podríamos poner los anuncios que figuran en la plataforma Amazon. En estos casos, la empresa propietaria de la interfaz (Amazon) es distinta de la entidad responsable de facilitar que la publicidad aparezca en dicha interfaz (Amazon Advertising). Esta segunda recibe el pago de los anunciantes para colocar dichos anuncios en la plataforma propiedad de Amazon, abonando parte de los ingresos de los anunciantes a Amazon por facilitar su plataforma para colocar el anuncio publicitario en línea. Pues bien, conforme a esta regla de no sujeción, no se considera que Amazon (propietaria de la Interfaz) preste ningún servicio de publicidad en línea, sino que se considerará que la única proveedora del servicio de publicidad es Amazon Advertising, sujetando al impuesto exclusivamente la contraprestación percibida por esta entidad por el servicio de publicidad en línea prestado a los anunciantes.

Ello implica que el pago realizado desde Amazon Advertising a Amazon (propietaria de la interfaz) por el alquiler del espacio digital es una operación no sujeta a la modalidad de servicios de publicidad en línea del IDSDi. De lo contrario, se estaría gravando un mismo ingreso dos veces (primero en sede de Amazon Advertising y luego en sede de la propietaria de la interfaz).

(ii) Servicios de transmisión de datos no sujetos:

Por su parte, al definir los servicios de transmisión de datos, el artículo 1.8 del PLIDSDi hace referencia a servicios de transmisión *«con contraprestación»* y de datos *«que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos (los usuarios) en las interfaces digitales»*.

Estos dos requisitos determinan que no estarán sujetas al IDSDi determinadas actividades como la transmisión gratuita de datos, la mera captación de los mismos para fines distintos de su transmisión onerosa a terceros. Como expone la Memoria Justificativa de la Directiva: *«Así pues, el ISD no debe ser un impuesto sobre la recopilación de datos, o sobre el uso de los datos recopilados por una empresa para sus fines internos, o la puesta en común de datos recopilados por*

*una empresa con otras partes, de forma gratuita. El ISD debe aplicarse en cambio a la generación de ingresos a partir de la transmisión de los datos obtenidos de una actividad muy específica (actividades de los usuarios en interfaces digitales)».*

## 6. Lugar de realización del hecho imponible

Con respecto a las reglas de localización de los servicios digitales gravados por el IDSDi, el artículo 7 del Proyecto de Ley establece una regla de carácter general (localización del usuario en territorio español) y unas reglas específicas para cada tipo de servicio que sirven para determinar cuándo se entiende que un usuario está localizado en el territorio de aplicación del impuesto.

### (i) Regla general: Localización del usuario en el territorio español

De acuerdo con la exposición de motivos del Proyecto de Ley *«solo se sujetarán al impuesto aquellas prestaciones de servicios digitales que se puedan considerar vinculadas de algún modo con el territorio de aplicación del impuesto, lo que se entenderá que sucede cuando haya usuarios de dichos servicios situados en ese territorio, que es lo que constituye precisamente el nexo que justifica la existencia del gravamen».*

Siguiendo este razonamiento, y en línea con el papel fundamental del usuario en el proceso de creación de valor de estos servicios digitales, se establece como regla general en el artículo 7.1 del Proyecto de Ley que las prestaciones de servicios digitales se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto cuando algún usuario esté situado en ese ámbito territorial. Se fija, por tanto, la localización del usuario en territorio español como punto de conexión y ello con independencia de que el usuario haya satisfecho o no alguna contraprestación que contribuya a la generación de los ingresos derivados del servicio<sup>58</sup>.

### (ii) Reglas específicas para la determinación de la localización del usuario en cada tipo de servicio

Por otra parte, a efectos de considerar a los usuarios como situados en el territorio de aplicación del impuesto se establecen una serie de normas específicas

<sup>58</sup> Este criterio del artículo 7.1 está alineado con la Propuesta Inicial de Directiva, que en su memoria justificativa ya aclaraba lo siguiente: *«Este enfoque responde al razonamiento de que es la participación del usuario en las actividades digitales de una empresa la que genera el valor para esta última, lo que puede no entrañar necesariamente un pago por parte del usuario (por ejemplo, en el caso de las personas que ven publicidad en una interfaz digital); o lo que puede implicar el pago por parte de algunos usuarios exclusivamente (por ejemplo, en el caso de las interfaces digitales multifacéticas en que solo determinados usuarios han de pagar por acceder a la interfaz, mientras que el resto disfruta de acceso gratuito). Por lo tanto, los derechos de imposición con respecto al ISD nacen en el Estado miembro en el que está establecido el usuario, independientemente de que este último haya contribuido o no pecuniariamente a la generación de la renta de la empresa».*

para cada uno de los servicios digitales, que están basadas en el lugar en que se han utilizado los dispositivos de esos usuarios, pero que se determinan en función de la naturaleza de los servicios prestados.

En particular, el artículo 7.2 del Proyecto de Ley considera que un usuario está situado en el territorio de aplicación del impuesto (territorio español):

a) En el caso de los servicios de publicidad en línea, cuando en el momento en que la publicidad aparezca en el dispositivo de ese usuario el dispositivo se encuentre en España.

b) En el caso de los servicios de intermediación en línea se diferencian dos supuestos:

— Si los servicios de intermediación facilitan las entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes entre los usuarios, se entiende que un usuario está situado en territorio español cuando la conclusión de la operación subyacente por parte del mismo se lleve a cabo a través de la interfaz digital de un dispositivo que se encuentre en España en el momento de concluir la operación subyacente.

— En los demás servicios de intermediación en línea, cuando la cuenta que permita al usuario acceder a la interfaz digital se haya abierto utilizando un dispositivo localizado en España en el momento de la apertura de la cuenta.

c) En el caso de los servicios de transmisión de datos: cuando los datos transmitidos hayan sido generados por un usuario a través de una interfaz digital a la que se haya accedido con un dispositivo que esté en España en el momento de la generación de datos objeto de transmisión.

Las reglas anteriores se cierran con las precisiones efectuadas en el apartado tercero del artículo 7 del PLIDSDi, en virtud del cual, a efectos de determinar el lugar en que se han realizado las prestaciones de servicios digitales, no se tendrá en cuenta:

1.º Por un lado, el lugar donde se lleve a cabo la entrega de bienes o prestación de servicios subyacente, en los casos de servicios de intermediación en línea en que exista ésta. En algunos casos, como puede ocurrir con los servicios de transporte de pasajeros (por ejemplo, Cabify), puede resultar habitual que el lugar de la prestación del servicio de transporte coincida con la localización del dispositivo utilizado por el usuario en el momento en el que se concluya dicho servicio, pero es cierto que en muchas otras ocasiones no tiene por qué coincidir, dando prioridad el legislador a este segundo punto de conexión y no al lugar en el que se efectúa materialmente el servicio subyacente.

Como veremos, este criterio puede plantear controversia en la práctica, teniendo en cuenta la diferente naturaleza de los servicios subyacentes comprendidos

en esta regla y la movilidad de los usuarios que pueden concluir estas operaciones en tránsito mediante la utilización de dispositivos móviles.

2.º Por otro lado, el lugar desde el cual se realice cualquier pago relacionado con un servicio digital.

Estas previsiones, aun cuando pueden resultar cuestionables, están en línea con lo previsto en el artículo 5.4 de la Propuesta Inicial de Directiva.

(iii) Localización de dispositivos y tratamiento de datos

Por último, el artículo 7 del PLIDSDi establece dos previsiones finales:

a) Localización del dispositivo: En su apartado 4, el artículo 7 del PLIDSDi aclara que, a efectos del citado precepto, se presumirá que un determinado dispositivo de un usuario se encuentra en el lugar que se determine conforme a la dirección IP del mismo<sup>59</sup>, salvo que pueda concluirse que dicho lugar es otro diferente mediante la utilización de otros medios de prueba admisibles en derecho, en particular la utilización de otros instrumentos de geolocalización.

Como veremos, esta *presunción «iuris tantum»* no está exenta de crítica, ya que puede generar situaciones conflictivas en la práctica.

b) Tratamiento de los datos: De cara a cumplir con la normativa sobre protección de datos, el apartado 5 del artículo 7 de la LIS dispone que los datos que pueden recopilarse de los usuarios con el fin de aplicar esta Ley se limitan a aquellos que permitan la localización de los dispositivos de los usuarios en el territorio de aplicación del impuesto.

El resumen de las reglas anteriores puede verse representado en el cuadro que figura como **ANEXO II** de este artículo.

## 7. Contribuyente

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del Proyecto de Ley son contribuyentes del IDSDi las personas jurídicas y entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante «LGT»)<sup>60</sup> que, al inicio del periodo de liquidación (primer día del periodo de liquidación) superen los dos siguientes requisitos cuantitativos y acumulativos:

<sup>59</sup> La dirección de Protocolo de Internet (IP) es un concepto que se define en el artículo 4.2 como «el código que se asigna a los dispositivos interconectados para posibilitar su comunicación a través de Internet».

<sup>60</sup> Este precepto hace referencia a «las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición».

(i) Envergadura: Que el Importe Neto de la Cifra de Negocios (INCN) en el año natural anterior supere 750 millones de euros.

Este primer umbral hace referencia a la totalidad de ingresos obtenidos por el contribuyente (no sólo a los obtenidos por la prestación de los servicios digitales definidos en la norma) y permite limitar la aplicación del IDSDi a las empresas de gran envergadura que, como establece la Exposición de Motivos, son aquellas *«capaces de prestar esos servicios digitales basados en los datos y la contribución de los usuarios, y que se apoyan en gran medida en la existencia de amplias redes de usuarios, en un gran tráfico de datos y en la explotación de una sólida posición en el mercado»*.

Por otra parte, este requisito cuantitativo busca excluir del IDSDi a las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) y las empresas emergentes (startups), para las que el coste de cumplimiento vinculado a este impuesto podría tener un efecto desproporcionado, con el fin último de no obstaculizar la innovación y la creación de empresas en el sector digital.

(ii) Huella digital significativa: Que el importe total de sus ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales sujetas al IDSDi correspondientes al año natural anterior supere tres millones de euros.

Este segundo requisito permite limitar la aplicación del impuesto a los casos en que exista una huella digital significativa en el ámbito territorial de aplicación del impuesto en relación con los tipos de servicios digitales gravados por el IDSDi. Esta cifra es similar a la propuesta en el impuesto italiano (5,5 millones de euros), pero muy inferior a la inicialmente establecida para el impuesto análogo francés (25 millones de euros), que finalmente no fue aprobada. Sorprende la diferencia entre estas magnitudes, lo cual afecta directamente al alcance de este impuesto en cada uno de los territorios citados y pone de manifiesto la necesidad de lograr una cierta armonización<sup>61</sup>.

Una vez analizados los umbrales establecidos por la norma conviene tener en cuenta las siguientes precisiones en relación con la definición del contribuyente del IDSDi:

1.º En primer lugar, la norma no incluye ninguna referencia a la residencia en territorio español de las personas jurídicas y entidades sujetas al impuesto. Esto es así en la medida en que el IDSDi nace precisamente para gravar a todo tipo de entidades con independencia de su residencia, ya estén establecidas en España, en un Estado Miembro de la UE o en un tercer Estado<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Armonización que, en un primer momento, no se ha logrado al fracasar la Propuesta de Directiva.

<sup>62</sup> En línea con la problemática que este ISSDi busca solucionar: gravar aquellos modelos de negocio en los que existe una desconexión entre la residencia del prestador del servicio y el lugar en el que se crea valor y obtiene beneficio.



2.º En segundo lugar, y como expone MENÉNDEZ MORENO<sup>63</sup>, resulta sorprendente que el literal del artículo 8 del Proyecto de Ley no defina con claridad si los contribuyentes del IDSDi son los prestadores de servicios o los usuarios<sup>64</sup>. Evidentemente, el legislador considera que los contribuyentes del IDSDi son las personas jurídicas o entidades que prestan estos servicios digitales y superan los citados umbrales, pero para alcanzar esta conclusión debe acudirse:

a) A una interpretación sistemática de este precepto con el artículo 5 del PLIDSDi, que define el hecho imponible como las *«prestaciones de los servicios digitales realizadas en el territorio de aplicación del mismo efectuadas por los contribuyentes de este impuesto»*.

b) A la referencia implícita del propio artículo 8.1.b) del Proyecto de Ley, el cual, cuando describe el segundo umbral que deben superar los contribuyentes del IDSDi establece lo siguiente: *«que el importe total de sus ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, una vez aplicadas las reglas previstas en el artículo 10, correspondientes al año natural anterior, supere 3 millones de euros»*.

Dado que quien obtiene ingresos derivados de las prestaciones de un servicio son las entidades que prestan el mismo, esta referencia implícita nos aclara que sólo pueden ser contribuyentes del impuesto las entidades prestadoras de los servicios digitales.

En cualquier caso no estaría de más mejorar la redacción y aclarar este aspecto en el tenor literal del propio artículo 8.1 introduciendo, a título de ejemplo, la siguiente redacción alternativa en el primer párrafo de este apartado (el subrayado es nuestro):

*«Son contribuyentes de este impuesto las personas jurídicas y entidades a las que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que presten los servicios digitales y que el primer día del periodo de liquidación superen los dos umbrales siguientes»*.

3.º En tercer lugar, para determinar los ingresos que deben tenerse en cuenta en el cómputo de los dos umbrales anteriores, debemos acudir al principio de devengo. En virtud del mismo, los ingresos se devengarán cuando se presten, ejecuten o efectúen las operaciones gravadas, excepto que dichas operaciones originen pagos anticipados anteriores, en cuyo caso los ingresos se devengarán en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos.

<sup>63</sup> MENÉNDEZ MORENO, A.; «El nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2019, pág. 3. ISSN: 1132-8576.

<sup>64</sup> No olvidemos que este impuesto centra su hecho imponible en aquellos servicios en los que el papel del usuario resulta fundamental a la hora de crear valor.

De una forma similar, el Proyecto de Directiva hacía referencia en su artículo 4.5 al criterio de exigibilidad de los ingresos, con independencia del pago de los mismos. Ahora bien, en el caso del Proyecto de Directiva, este principio estaba específicamente referenciado al cómputo de los umbrales para ser considerado contribuyente y recogido en el propio precepto que regulaba dichos límites, mientras que en el Proyecto de Ley el principio de devengo se encuentra regulado de forma independiente en su artículo 9.

En consecuencia, no estaría de más que se introdujese una referencia específica al criterio de devengo en el artículo 8 del Proyecto de Ley a la hora de determinar el importe de los umbrales establecidos en dicho precepto, tal y como se realizaba en el Proyecto de Directiva.

4.º Por otro lado, el artículo 8 del Proyecto de Ley especifica que cuando en el año inmediato anterior se hubiese iniciado la actividad, los importes de los umbrales de envergadura y huella digital significativa obtenidos en dicho periodo de inicio de la actividad se deberán elevar al año.

Para el año 2020<sup>65</sup> deberá atenderse a lo dispuesto en la Disposición transitoria única, en virtud de la cual, a efectos de determinar el cumplimiento del umbral de huella digital significativa (3 millones de euros)<sup>66</sup> se tendrá en cuenta el importe total de los ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales sujetas al IDSDi desde la entrada en vigor del Proyecto de Ley hasta la finalización del plazo de liquidación elevados al año.

Sorprende que esta regla especial esté referenciada exclusivamente a uno de los dos umbrales y cabría preguntarse si tiene sentido que para el 2020, un umbral (el límite de envergadura) esté referenciado al INCN del año natural anterior (2019), mientras que el límite de huella digital significativa haga referencia al ejercicio 2020, utilizando un mecanismo de elevación al año que también podría resultar cuestionable.

5.º Por último, la norma señala expresamente que cuando los citados límites cuantitativos estén disponibles en una moneda distinta del euro se convertirán a euros aplicando el tipo de cambio publicado en el último Diario Oficial de la Unión Europea disponible en el año natural de que se trate.

Para finalizar, es importante destacar que el apartado 3 del artículo 8 del Proyecto de Ley establece unas reglas especiales para el caso de entidades que formen parte de un grupo. En estos casos:

---

<sup>65</sup> Periodo comprendido entre la fecha de entrada en vigor del Proyecto de Ley (previsto para 2020) y el 31 de diciembre siguiente (31 de diciembre de 2020).

<sup>66</sup> Al que hace referencia el artículo 8.1.b) del Proyecto de Ley.

(i) Los importes de los límites cuantitativos de envergadura (750 millones de euros) y huella digital significativa (3 millones de euros) deben computarse a nivel grupo. En particular, la norma aclara que:

a) El umbral de envergadura (750 millones de euros) es el mismo que el establecido para la declaración relativa al Informe País por País<sup>67</sup>, y en las normas internacionales equivalentes adoptadas en aplicación de la Acción 13 del Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre BEPS relativa a la documentación sobre precios de transferencia e informe país por país.

b) El umbral de huella digital significativa se determinará sin eliminar las prestaciones de los servicios digitales sujetas a este impuesto realizadas entre las entidades de un grupo.

La referencia a la eliminación de los servicios sujetos debe interpretarse de forma conjunta con los supuestos de no sujeción de operaciones intragrupo. En este sentido, los «servicios digitales sujetos» que no deben ser objeto de eliminación a la hora de determinar este umbral (esto es, que deben incorporarse para calcular el mismo) son los servicios (i) incluidos dentro de los conceptos de servicios de publicidad en línea, intermediación en línea o transmisión de datos, (ii) que, además, no incurran en el supuesto de no sujeción del artículo 6 del PLIDSDi, (i.e. eliminaciones de las operaciones intragrupo entre entidades participadas por menos del 100%). Los servicios de este tipo eliminados que a su vez constituyen operaciones intragrupo entre entidades al 100% no deberán incorporarse al cálculo del umbral, por encontrarse no sujetos.

(ii) Si el grupo supera ambos umbrales, todas las sociedades integrantes del mismo serán consideradas contribuyentes a efectos del IDSDi, siempre que presen servicios digitales en España que cumplan con el hecho imponible y con independencia de que el importe obtenido por cada entidad por la prestación de dichos servicios supere o no el límite de 3 millones de euros a nivel individual.

Conviene recordar a estos efectos que el concepto de grupo lo encontramos recogido en las definiciones del artículo 4, en concreto en su apartado 3, que hace referencia al concepto de grupo mercantil al definir como grupo al «conjunto de entidades en el que una entidad ostente o pueda ostentar el control de otra u otras según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de su residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

---

<sup>67</sup> Regulado en la Directiva (UE) 2016/881 del Consejo de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad, que establece la declaración relativa al Informe país por país,

## 8. Base imponible

A la hora de cuantificar el IDSDi, el artículo 10 del Proyecto de Ley establece (i) una norma genérica (ii) unas reglas específicas para cada tipo de servicio digital sujeto a este impuesto y (iii) una regla de determinación provisional de la base imponible junto con los correspondientes mecanismos de regularización y rectificación de la misma.

### (i) *Norma general de determinación de la base imponible*

Por lo que respecta a la regla general, el apartado 1 del artículo 10 establece que la base imponible del IDSDi estará constituida por el importe total de los ingresos excluidos, en su caso, el IVA u otros impuestos equivalentes, obtenidos por el contribuyente por cada una de las prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, realizadas en el territorio de aplicación del mismo.

Nos encontramos ante un impuesto que grava los ingresos brutos<sup>68</sup> (sin deducción de gasto alguno) y no los beneficios. De esta forma, los contribuyentes deben determinar la base imponible del IDSDi con independencia de su nivel de gastos o el margen de beneficio obtenido en la prestación de dichos servicios digitales, generándose bases imponibles positivas incluso para aquellos contribuyentes que puedan obtener pérdidas por ser deficitaria la actividad que realicen. Como veremos más adelante, éste constituye otro de los aspectos más problemáticos de este impuesto.

Dicho lo anterior, hay que destacar dos cuestiones en relación con esta regla general:

1. En primer lugar, que la referencia del artículo 10 del Proyecto de Ley a «*ingresos obtenidos*» debe entenderse efectuada a los ingresos devengados en un determinado periodo impositivo, conforme al principio de devengo establecido en el artículo 9 del PLIDSDi.

Recordemos que este precepto dispone que los ingresos por los servicios digitales se devengarán cuando estos servicios se presten, ejecuten o efectúen, excepto en los casos de pagos anticipados, en los que el devengo se producirá en el momento del cobro total o parcial del precio de los importes efectivamente percibidos.

2. En segundo lugar, que el artículo 10 del Proyecto de Ley prevé una norma antifraude en relación con el importe de la contraprestación obtenida por los servicios digitales prestados dentro de un mismo grupo, estableciendo expresamente

---

<sup>68</sup> Sin incluir en el cómputo de dichos ingresos brutos el importe de IVA repercutido ni de otros impuestos equivalentes.

que «en las prestaciones de servicios digitales entre entidades de un mismo grupo la base imponible será su valor normal de mercado».

Debe tenerse en cuenta que la norma utiliza la referencia al valor normal de mercado propia de la regulación de operaciones vinculadas, pero restringe su aplicación a las operaciones entre entidades de un mismo grupo mercantil del artículo 42 de C. Com, existiendo otros supuestos de vinculación regulados en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, «LIS») que no se incluyen dentro de este mecanismo de valoración a mercado a efectos del IDSDi.

Cabe plantearse si no tendría más sentido ampliar el ámbito de aplicación de esta norma antifraude a todos los supuestos de vinculación definida por la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

(ii) Reglas específicas para cada tipo de servicio digital sujeto a este impuesto

De cara a determinar la base imponible del Impuesto el artículo 10.2 del Proyecto de Ley establece una serie de reglas específicas para cada tipo de servicio objeto de gravamen. No obstante, las tres reglas específicas tienen como elemento común que, en todas ellas, se aplica sobre los ingresos brutos totales un porcentaje que resulta de dividir los usuarios o los dispositivos situados en España (atendiendo a la naturaleza de cada uno de los tres servicios) entre el total de usuarios o dispositivos registrados en todo el mundo.

Estas reglas, que se inspiran en las claves de reparto para distribuir los ingresos imposables entre los estados miembros previstas en el artículo 5.3 de la Propuesta de la Directiva varían en función de la naturaleza del servicio gravado, tal y como muestra en el cuadro que figura como **ANEXO III** de este artículo.

Las reglas anteriores también plantean dificultades tanto desde el punto de vista técnico como desde una perspectiva práctica toda vez que (i) la norma no delimita de forma específica el ámbito geográfico al que deben referirse los ingresos totales sobre los que aplicar las proporciones anteriores y (ii) que algunos de los elementos de la ecuación son difícilmente comprobables por parte de la administración y fácilmente manipulables, dejando a la buena voluntad del contribuyente la determinación de dicha base imponible. Estos aspectos se analizarán con mayor detenimiento en el cuarto apartado de este artículo.

(iii) Regla de determinación provisional de la base imponible y mecanismos de regularización y rectificación de la misma

El legislador, consciente de la complejidad y el volumen de información requerido para la determinación correcta de la base imponible conforme a las reglas anteriores establece los dos siguientes mecanismos:

a) Liquidaciones provisionales: En primer lugar, el apartado 3 del artículo 10 establece que si el importe de la base imponible no resultara conocido en el periodo de liquidación, el contribuyente deberá fijarlo provisionalmente aplicando criterios fundados que tengan en cuenta el periodo total en el que van a generarse ingresos derivados de esas prestaciones de servicios digitales, sin perjuicio de su regularización cuando dicho importe fuera conocido mediante autoliquidación correspondiente a ese periodo de liquidación<sup>69</sup>.

Esta regla está pensando, por ejemplo, en los servicios de publicidad en línea, en los que el pago y, por tanto, el devengo del tributo se puede producir mucho antes de que se llegue al número final de visualizaciones contratadas. En estos casos, aunque el servicio es contratado en una fecha concreta, irá devengando IDSDi a lo largo del tiempo en que los usuarios vayan recibiendo los anuncios en sus dispositivos localizados en España, de forma que hasta que no concluya la prestación no se podrá determinar con certeza la base imponible, debiendo utilizar esta regla de determinación provisional.

b) Rectificación de liquidaciones incorrectas: Por su parte, el apartado 4 del artículo 10 dispone que en aquellos casos en los que la base imponible hubiera sido determinada incorrectamente, el contribuyente debería proceder a su rectificación de acuerdo con el sistema de autoliquidaciones complementarias y las solicitudes de rectificación<sup>70</sup> previstos en el artículo 120.3 de la LGT.

## **9. Otros elementos del impuesto: Tipo impositivo, cuota tributaria, gestión del impuesto, obligaciones formales e infracciones y sanciones**

(i) Tipo impositivo y cuota tributaria (artículos 11 y 12 del PLIDSDi): El tipo impositivo está establecido en un tipo fijo del 3%<sup>71</sup>, siendo la cuota íntegra el resultado de aplicar dicho tipo sobre la base imponible. En la medida en que la norma no prevé la aplicación de ningún tipo de deducción, dicha cuota tributaria se corresponderá con el importe a ingresar a la Administración tributaria.

Debe tenerse en cuenta, a efectos comparativos, que un tipo del 3% sobre los ingresos brutos, para un negocio con un margen del 10% , se correspondería con un tipo impositivo del 30% sobre beneficios. Sin embargo, no debemos olvidar que, al definirse como un impuesto sobre los ingresos, también se obtendrá una cuota íntegra a ingresar del IDSDi en negocios con pérdidas.

<sup>69</sup> Regularización deberá realizarse como máximo en el plazo de los cuatro años siguientes a la fecha de devengo del impuesto correspondiente a la operación (plazo que se corresponde con el periodo de prescripción).

<sup>70</sup> Este último mecanismo previsto para el caso de que el obligado tributario considere que la autoliquidación presentada ha perjudicado sus intereses legítimos (lo que generalmente ocurrirá si se ha ingresado más cuota de la debida).

<sup>71</sup> Mismo tipo impositivo que el contenido en la Propuesta Inicial de Directiva.

(ii) Gestión del impuesto (artículo 14 del PLIDSDi): El IDSDi se configura como un impuesto con periodo de liquidación trimestral<sup>72</sup> en régimen de autoliquidación. De esta forma, los contribuyentes del IDSDi deberán presentar las autoliquidaciones correspondientes e ingresar la deuda tributaria en el lugar, forma y plazos que se establezca por orden de la persona titular del Ministerio de Hacienda<sup>73</sup>.

(iii) Otras obligaciones formales (artículo 13 del PLIDSDi): Adicionalmente a la obligación principal de presentar las autoliquidaciones del impuesto e ingresar la deuda tributaria, el artículo 13 del PLIDSDi también establece otras obligaciones formales para los contribuyentes entre las que cabe destacar: solicitar su inscripción en el registro de entidades creado a efectos del IDSDi, llevar los registros que se establezcan reglamentariamente, nombrar un representante a efectos del cumplimiento de las obligaciones impuestas (cuando se trate de contribuyentes no establecidos en la UE), conservar los medios de prueba que permitan identificar el lugar de prestación del servicio digital gravado, traducir al castellano (o cualquier lengua oficial, cuando lo requiera la Administración tributaria), las facturas, contratos o documentos acreditativos correspondientes a prestaciones de servicios en territorio español y establecer los mecanismos que permitan la determinación de la localización de los dispositivos de los usuarios en territorio español.

Mención especial merece esta última obligación formal, regulada en el artículo 15.i) del PLIDSDi, y ello dado que *«los sistemas, mecanismos o acuerdos que permitan determinar la localización de los dispositivos de los usuarios en el territorio de aplicación del impuesto»* constituyen un elemento esencial para la determinación de la localización de los servicios digitales, la determinación de la base imponible y para las tareas de comprobación de la Administración tributaria.

Consciente de ello, el incumplimiento de esta obligación es calificado como infracción tributaria grave por el legislador, asociándole una sanción específica de especial relevancia.

(iv) Infracciones y sanciones: Por último, el artículo 15 realiza una remisión genérica a la LGT para la calificación de la infracción tributaria que pudiera cometerse por incumplir con las obligaciones tributarias de este impuesto, así como para la imposición de las sanciones asociadas a dichas infracciones.

<sup>72</sup> Conforme al trimestre natural.

<sup>73</sup> Es previsible que los plazos se configuren en línea con el resto de plazos de autoliquidaciones periódicas trimestrales (como el modelo 303 trimestral de IVA), finalizando los mismos los días 20 de abril, 20 de julio, 20 de octubre y 20 de enero (del ejercicio siguiente para el cuarto trimestre). Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la Disposición Final 4 del PLIDSDi para las autoliquidaciones del segundo y tercer trimestre del ejercicio 2020.



En línea con la importancia de la obligación del artículo 15.i) del PLIDSDi (relacionada con los sistemas y mecanismos de localización de los dispositivos), el incumplimiento de dicha obligación se califica como una infracción tributaria grave que lleva asociada una sanción de cuantía relevante: una multa pecuniaria del 0,5 % del INCN del año natural anterior, con un mínimo de 15.000 euros y un máximo de 400.000 euros por cada año natural en el que se haya producido el citado incumplimiento.

La magnitud de la sanción da una idea de la importancia que otorga el legislador a la obligación formal del artículo 15.i) del PLIDSDi.

#### **10. Primera aplicación temporal: Liquidación 2020 (Disposición Final Cuarta del PLIDSDi)**

Teniendo en cuenta que el inicio de la tramitación del PLIDSDi se produjo el 28 de febrero 2020 (con la publicación en el BOCG del Boletín acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados para comenzar la tramitación del Proyecto de Ley) y partiendo de la base de que, de aprobarse dicho Proyecto de Ley, la entrada en vigor del mismo se producirá a lo largo del ejercicio 2020, la Disposición Final Cuarta del PLIDSDi establece una regla especial para las autoliquidaciones e ingresos correspondientes al segundo y tercer trimestres del año 2020.

De acuerdo con dicha Disposición Final Cuarta, la presentación de las autoliquidaciones trimestrales correspondientes al segundo y tercer trimestre, así como el ingreso de la respectiva deuda tributaria, no se exigirán, en todo caso, antes del 20 de diciembre de 2020. No se puede descartar que la mención a estas autoliquidaciones trimestrales quede desactualizada, teniendo en cuenta el momento del tiempo en el que estamos y que el Proyecto de Ley continúa contemplando que la entrada en vigor se producirá tres meses después de la publicación de la norma en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE).

En este sentido, dado el estado tan preliminar de la tramitación del Proyecto de Ley a la fecha de emisión del presente artículo, parece evidente que el IDSDi va a entrar en vigor, en su caso, con posterioridad al segundo trimestre de 2020, generándose dudas sobre si dicho trimestre natural puede constituir o no un periodo de liquidación a efectos de este impuesto<sup>74</sup>.

Esta regla se complementa también con la regla especial de cómputo de la huella digital significativa en España a los efectos de determinar la condición de contribuyente para el ejercicio 2020. Esta norma, regulada en la Disposición Transitoria Única del Proyecto de Ley, ya ha sido comentada en el apartado correspondiente.

---

<sup>74</sup> A menos que se adopte el Proyecto de Ley con efectos retroactivos, con las dudas que dicho mecanismo podría generar desde el punto de vista de técnica legislativa.

#### IV. COMENTARIOS CRÍTICOS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DEL ISD

Como ya se anticipaba al comienzo de este artículo, el IDSDi se caracteriza, entre otras cuestiones, por presentar determinados aspectos controvertidos tanto desde el punto de vista de técnica tributaria como desde una perspectiva económica. A día de hoy no se puede descartar que las cuestiones conflictivas que vamos a analizar sean objeto de discusión en sede parlamentaria a lo largo de la tramitación de esta norma.

Algunos de estos aspectos ya se han ido señalando a lo largo del apartado anterior, cuando se estudiaba cada uno de los elementos del IDSDi, pero en este apartado se analizarán con mayor detenimiento. En concreto, a continuación, se analizarán las cuestiones conflictivas de este impuesto que se han considerado más relevantes.

##### 1. Naturaleza del impuesto: ¿Es realmente un impuesto indirecto?

Como se ha señalado, el artículo 1 del PLDSDI afirma que nos encontramos ante un tributo de naturaleza indirecta, justificándose esta naturaleza de la siguiente forma en la Exposición de Motivos:

*«Al centrarse en los servicios prestados, sin tener en cuenta las características del prestador de los mismos, entre ellas su capacidad económica, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales no es un impuesto sobre la renta o el patrimonio, y por tanto no queda comprendido en los convenios de doble imposición, según establece el reiterado Informe intermedio del G20/OCDE sobre los retos fiscales derivados de la digitalización. Se configura, por tanto, como un tributo de carácter indirecto, que es por lo demás compatible con el Impuesto sobre el Valor Añadido»*

Como vemos, el Proyecto de Ley fundamenta la naturaleza indirecta del IDSDi en el hecho de que este impuesto no tenga en cuenta la capacidad económica del prestador, centrándose en los servicios prestados. Ahora bien, este aspecto no puede considerarse como suficiente para justificar, por sí solo, la naturaleza indirecta del impuesto, puesto que este tributo presenta otras características que hacen que esta calificación no sea tan clara.

Podríamos decir que, en el mejor de los casos, el IDSDi tiene una naturaleza mixta, por cuanto que participa de características propias de los impuestos directos e indirectos. En este sentido:

(i) Al margen de lo dispuesto en la Exposición de Motivos del PLIDSDi, a favor de considerar el IDSDi como un impuesto indirecto podríamos mencionar, entre otras, las siguientes características:

— Como expone QUINTANA FERRER<sup>75</sup> el IDSDi es un impuesto real, objetivo (no se tienen en cuenta las circunstancias del sujeto pasivo en la cuantificación del impuesto), instantáneo (al devengarse con la prestación de los servicios) y de liquidación periódica. Estas características son las que frecuentemente suelen presentar tributos indirectos, como el IVA.

— La determinación de la base imponible, referenciada a ingresos brutos, es un aspecto propio de tributos de naturaleza indirecta. En este sentido, las reglas de determinación de la base imponible no hacen referencia alguna a la renta o beneficio obtenido por el prestador, ni a la posibilidad de deducir gastos asociados con la actividad o de evitar el gravamen de contribuyentes que obtienen pérdidas.

— Del mismo modo, el hecho de incluir un tipo impositivo fijo podría servir para justificar su naturaleza indirecta. Ahora bien, este aspecto por sí mismo no es definitivo, teniendo en cuenta que existen gravámenes e impuestos de naturaleza directa con tipos fijos (como ocurre, por ejemplo, con las retenciones del Impuesto sobre la Renta de No Residentes).

(ii) Por otro lado, existen algunos elementos del IDSDi que, claramente, servirían para defender que el IDSDi es un impuesto directo. En concreto:

— La finalidad y las circunstancias bajo las que nace el impuesto. Como expone MACARRO OSUNA<sup>76</sup>: «*La finalidad primordial que se busca con este tributo es la de solucionar problemas de falta de tributación por impuesto de sociedades por desacuerdo con el nexo de la presencia física para beneficios empresariales y por los casos de erosión de bases imponibles que se han producido*».

Nos encontramos ante un impuesto creado para compensar la falta de recaudación en el IS. De esta forma se propone la creación de un impuesto como el IDSDi como solución transitoria para gravar la misma capacidad económica que, cuando se alcance el consenso necesario, se gravará mediante un impuesto directo (IS). Y esta capacidad económica que se grava no es otra que la obtención de rentas por parte de los prestadores de los servicios sujetos, que son los que se benefician de la creación de valor por parte del usuario

Sobre esta base, se puede defender que nos encontramos ante un impuesto de naturaleza directa.

<sup>75</sup> QUINTANA FERRER, E.; «Economía digital y fiscalidad: los impuestos sobre determinados servicios digitales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3/2019, pág. 188. ISSN: 1696-0173.

<sup>76</sup> MACARRO OSUNA, J. M.; «La compatibilidad del Impuesto sobre Servicios Digitales con los convenios de doble imposición a la luz del modelo OCDE», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2020, pág. 20. ISSN: 1132-8576.

— El hecho de que el contribuyente sean las empresas prestadoras de los servicios, sin que se prevea la posibilidad de repercutir jurídicamente el impuesto a los consumidores finales.

Con respecto a la configuración del contribuyente, cabe destacar en primer lugar que la determinación de un umbral que tiene en cuenta la facturación a nivel mundial de las empresas constituye en sí mismo un indicio inequívoco de que el impuesto está centrado en la capacidad económica de las empresas que prestan el servicio y no en determinados servicios digitales.

Como expone MACARRO OSUNA<sup>77</sup>: *«Un tributo sobre servicios específicos debe recaer sobre la transacción particular; difícilmente debe dejar de recaudarse porque el vendedor no tenga suficiente volumen de negocios fuera del territorio de aplicación del impuesto»*.

En segundo lugar, resulta especialmente significativo que el PLIDSDi no regule la repercusión jurídica del tributo, mecanismo que hubiese permitido centrar el gravamen de este impuesto en el consumidor final o adquirente (característica propia de los tributos indirectos) y no en el prestador del servicio<sup>78</sup>. En consecuencia, la configuración del contribuyente del IDSDi avala su naturaleza como impuesto directo.

(iii) Por último, existen otros elementos que QUINTANA FERRER<sup>79</sup> denomina «*duales*» dado que, según se realice el análisis, pueden servir para justificar una u otra naturaleza. En este sentido, dentro de estos elementos duales podemos mencionar los siguientes:

— Hecho imponible: Si nos fijamos en el hecho imponible, el mismo formalmente está definido como los ingresos derivados de la realización de determinados servicios digitales, lo cual permitiría defender la naturaleza indirecta del IDSDi. Sin embargo, como ya hemos comentado, el hecho imponible también puede utilizarse para considerar el IDSDi como un impuesto directo si se tiene en cuenta que lo que realmente se somete a tributación es la renta o beneficio obtenido por los prestadores de dichos servicios a partir de la monetización de la contribución del usuario.

— Lugar realización HI: Atendiendo los puntos de conexión para localizar los servicios digitales, cabría argumentar que el IDSDi es un tributo indirecto

<sup>77</sup> MACARRO OSUNA, J. M.; «La compatibilidad del Impuesto sobre Servicios Digitales con los convenios de doble imposición a la luz del modelo OCDE», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2020, pág. 20. ISSN: 1132-8576.

<sup>78</sup> No obstante, téngase en cuenta que el hecho de que jurídicamente no se repercuta la cuota del IDSDi al usuario, no quiere decir que el mismo no pueda pasar a soportar dicho impuesto indirectamente a través de un incremento del precio de los servicios.

<sup>79</sup> QUINTANA FERRER, E.; «Economía digital y fiscalidad: los impuestos sobre determinados servicios digitales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3/2019, págs. 189-191. ISSN: 1696-0173.

sobre la base de que se utiliza como punto de conexión el lugar donde se prestan los servicios, que es el territorio donde se encuentra localizado el usuario, con independencia de que este sujeto haya abonado o no contraprestación por dichos servicios. Sin embargo, y en palabras del propio QUINTANA FERRER<sup>80</sup> también se puede interpretar que *«El ISD sería un impuesto directo que asume como punto de conexión el Estado de la fuente o residencia del consumidor, estableciendo criterios de presencia digital significativa para la fijación de la potestad tributaria de este Estado en relación con los beneficios empresariales obtenidos por las entidades prestadoras, tal como sucede ya en la actualidad con los cánones o royalties»*.

— Otros elementos que podemos considerar como ambiguos o duales pueden ser la deducibilidad del impuesto en la base del IS o los mecanismos de gestión del impuesto, que participan de las características propias de impuestos directos e indirectos.

De lo anterior se desprende que la configuración del IDSDi como un impuesto indirecto por parte del legislador no deja de ser una configuración formal que puede no corresponderse con la verdadera naturaleza de este impuesto si se analiza el impuesto atendiendo a la finalidad que se persigue con su introducción y a los elementos que configuran el mismo. En este sentido, la doctrina científica se decanta más bien por considerarlo como un impuesto de naturaleza directa<sup>81</sup>, o, en el mejor de los casos, como un impuesto híbrido<sup>82</sup>.

Dicho lo anterior, no es ningún secreto que el motivo por el que el legislador atribuye al IDSDi la citada naturaleza formal de impuesto indirecto es para tratar de evitar que dicho impuesto se incluya en el ámbito de aplicación de los CDIs suscritos por España, segunda cuestión controvertida de especial relevancia que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

<sup>80</sup> QUINTANA FERRER, E.; «Economía digital y fiscalidad: los impuestos sobre determinados servicios digitales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3/2019, pág. 190. ISSN: 1696-0173.

<sup>81</sup> Esta parece haber sido la conclusión alcanzada por parte de MACARRO OSUNA, J. M.; op. cit., pág. 27; que establece expresamente lo siguiente: *«El Impuesto sobre Servicios Digitales es una figura que tiene características híbridas, pues presenta aspectos propios de tributos de distintas categorías. Pese a haber sido calificado por las normas de impuesto indirecto, hemos concluido que se trata de una figura directa»*.

<sup>82</sup> Así concluye QUINTANA FERRER, E.; op. cit., pág. 193; que defiende la naturaleza híbrida de este impuesto. Una buena muestra de esta conclusión la encontramos en este razonamiento: *«En su formulación actual, en in, los ISD no responden con claridad a ninguna de las dos posibilidades de configuración, directa o indirecta, que se acaban de apuntar, constituyendo una inédita categoría de impuestos formalmente indirectos que paradójicamente no gravan el consumo o gasto de los usuarios, sino la capacidad económica de las empresas prestadoras de los servicios digitales sujetos. Una modalidad mixta en la que conviven conceptos contradictorios, una materia imponible que se quiere gravar, la renta de las empresas digitales, propia de los impuestos directos, con un objeto material o riqueza efectivamente gravada que se corresponde con los impuestos indirectos, los ingresos generados por la prestación de algunos servicios a los usuarios consumidores, a quienes incomprensiblemente no se repercute la cuota»*.

## 2. Compatibilidad con los CDI: ¿Queda el IDSDi fuera de su ámbito de aplicación?

Como acabamos de anticipar, el legislador no esconde que la configuración del IDSDi como un impuesto indirecto trata de excluir a este impuesto del ámbito de aplicación de los CDIs.

En este sentido, si el IDSDi se considerase incluido dentro de los impuestos afectados por los CDIs, ello implicaría que, para habilitar la potestad de gravamen del Estado español sobre las rentas derivadas de los servicios digitales objeto de imposición, sería necesario que existiera un EP en España en línea con lo dispuesto en los artículos 5 y 7 del MCOCDE.

Como hemos visto a la hora de analizar el contexto en el que nace este impuesto, esta circunstancia no ocurriría en la práctica totalidad de los casos, considerando que los modelos de negocio generadores de esta tipología de rentas no necesitan de presencia física. El resultado práctico de esta inclusión en los CDIs sería que se estaría aprobando en España un impuesto, el IDSDi, que sería incapaz de gravar a la mayoría de las empresas prestadoras de servicios digitales residentes en países con los que España haya suscrito un CDI<sup>83</sup>.

Para evitar este efecto, se configura foralmente el IDSDi como un impuesto de naturaleza indirecta. El razonamiento que parece seguir el legislador es que, dado que los impuestos tradicionalmente incluidos en los CDIs (impuestos sobre la renta y el patrimonio) son clasificados como impuestos directos, la calificación del IDSDi como un impuesto indirecto se utiliza para excluir a este impuesto de las disposiciones de los CDIs.

Sin embargo, aunque la calificación del impuesto como directo o indirecto es un aspecto que va a influir en la determinación de su inclusión o no en el ámbito de aplicación de los CDIs, el mismo no es un aspecto determinante ni decisivo.

A este respecto, es necesario hacer referencia al Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la renta y el patrimonio realizados por la OCDE («*MCOCDE*») y sus comentarios. En, particular, el artículo 2 del MCOCDE regula el ámbito de aplicación y el alcance de los CDIs con el objetivo de asegurar la identificación de los impuestos de los Estados contratantes comprendidos dentro del ámbito de los CDIs. Con dicha finalidad, este artículo se estructura en cuatro apartados:

(i) El apartado primero del artículo 2 del MCOCDE afirma que los CDIs se aplican a los impuestos sobre la renta y el patrimonio exigidos por un Estado contratante o sus subdivisiones políticas o autoridades locales, con independencia del sistema de exacción que apliquen.

---

<sup>83</sup> A excepción, como veremos, del CDI entre España y EEUU, siendo esta una excepción de extraordinaria relevancia práctica a efectos del IDSDi.

(ii) El apartado segundo especifica una serie de figuras que deben ser consideradas como impuestos sobre la renta o el patrimonio cubiertos por un CDI. Estos son impuestos que gravan la *«totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de la propiedad mobiliaria o inmobiliaria, los impuestos sobre los importes totales de los sueldos o salarios pagados por las empresas, así como los impuestos sobre las plusvalías latentes»*.

(iii) El tercer apartado contiene una lista de los impuestos existentes en cada Estado en el momento de firmar el CDI que quedan cubiertos por las disposiciones del mismo. En principio, dicha enumeración no puede considerarse como exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, salvo en determinados casos particulares en los que se prescinda de los dos apartados anteriores.

(iv) Por último, el apartado cuarto del artículo 2 del MCOCDE introduce una cláusula que otorga carácter dinámico al alcance de la enumeración del apartado tercero (que constituye una foto fija del ordenamiento tributario de los Estados contratantes en el momento de la firma del CDI). Se establece que las disposiciones del CDI serán de aplicación a cualquier impuesto *«idéntico o sustancialmente similar»* que se añada o sustituya los ya existentes en el momento de la firma del CDI, así como a las modificaciones de estos que se puedan realizar<sup>84</sup>.

A los efectos de los servicios digitales, como ejemplos relevantes de CDIs suscritos por España que siguen esta estructura de cuatro apartados cabe mencionar los CDIs suscritos con China, Irlanda, o Suecia. Ahora bien, también nos encontramos CDIs que no contienen los apartados primero y segundo y que optan por definir su ámbito de aplicación a través de la enumeración del tercer apartado y la cláusula dinámica del apartado cuarto anteriormente descrito.

Cabe destacar dentro de este segundo tipo de CDI, el CDI suscrito entre España y EEUU, el cual adquiere una gran importancia práctica teniendo en cuenta que es el Estado de residencia de muchas de las multinacionales tecnológicas llamadas a ser contribuyentes del IDSDi (entre otras, Google, Apple, Facebook y Amazon)<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Además, para garantizar el efectivo cumplimiento de esta disposición, se establece en el art. 2.4 del MCOCDE una obligación para los Estados firmantes de comunicar a la contraparte de cualquier cambio significativo que hayan introducido en su ordenamiento tributario.

<sup>85</sup> El CDI suscrito entre España y EEUU, en la medida en que fue suscrito en el año 1990, sigue la versión del *«US Model Income Tax Convention»* de 1996, de forma que el artículo 2 del CDI de España con EEUU comprende únicamente los citados aps. 3 y 4 del MCOCDE.

Es cierto que la versión de noviembre de 2006 del US Model Income Tax Convention evolucionó aproximándose a la redacción del MCOCDE e incluyendo la referencia a los impuestos sobre la renta del apartado 1 como la especificación del apartado 2, referente a impuestos sobre elementos de renta y tributos sobre la ganancia de la enajenación del patrimonio.

No obstante, a pesar de que el 14 de enero de 2013 se firmó el Protocolo al CDI (actualmente en vigor), dicho Protocolo mantiene la estructura original del artículo 2 del CDI (incluyendo tan solo la enumeración de impuestos y la cláusula de adaptación dinámica, como veremos más adelante.



Vistos los apartados en los que se puede estructurar el artículo 2 de los CDIs y varios ejemplos prácticos de CDIs suscritos por España, si acudimos a los comentarios sobre el artículo 2 del MCOCDE<sup>86</sup> cabe destacar las siguientes consideraciones sobre este precepto:

(i) El comentario 2 al artículo 2 del MCOCDE es especialmente relevante a los efectos que nos ocupan, en la medida en que, al analizar el apartado 1 de este precepto establece lo siguiente (el subrayado es nuestro): *«Este apartado define el campo de aplicación del Convenio: los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio; la expresión «impuestos directos», mucho más imprecisa, ha sido, por lo tanto, descartada»*.

(ii) El comentario 3 al apartado 2 de este artículo define lo que debe entenderse por impuestos sobre la renta o el patrimonio en los siguientes términos: *«Este apartado define lo que debe entenderse por impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Dichos impuestos comprenden los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o elementos de uno u otro»*.

(iii) Anticipándose a la posibilidad de que algún Estado decida no incluir los cuatro apartados del artículo 2 del MCOCDE, el comentario 6 al apartado 3 de dicho precepto dispone lo siguiente: *«Algunos Estados miembros no incluyen los apartados 1 y 2 en sus convenios bilaterales. Estos países prefieren simplemente enumerar de forma exhaustiva los impuestos de cada país a los que se aplica el Convenio, precisando que el Convenio también se aplicará a los impuestos subsiguientes similares a los enumerados»*.

En estos casos, dicho comentario sugiere un cambio de redacción del apartado 3, eliminando la expresión *«en particular»*, pues no habría alusión a impuestos sobre la renta y patrimonio regulados en los dos apartados anteriores a los que referirse<sup>87</sup>.

Como recogen los comentarios al artículo 2 del MCOCDE, el ámbito de aplicación de los Convenios inspirados en el modelo OCDE abarca los impuestos sobre la renta y el patrimonio, evitándose expresamente el uso del término «impuestos directos por ser demasiado impreciso».

<sup>86</sup> Estos comentarios se pueden consultar a través del siguiente enlace:

[https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017\\_765324dd-es#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/modelo-de-convenio-tributario-sobre-la-renta-y-sobre-el-patrimonio-version-abreviada-2017_765324dd-es#page1).

<sup>87</sup> En concreto, establece que los países que adopten este criterio pueden expresarlo de la siguiente forma:

«1. Los impuestos a los que se aplica el Convenio son:

a) (en el Estado A): ..... ..

b) (en el Estado B): ..... ..

2. El Convenio también se aplicará a impuestos idénticos o sustancialmente similares que se establecen con posterioridad a la fecha de la firma del Convenio, y que se añadan o sustituyan a los impuestos enumerados en el apartado 1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se notificarán mutuamente cualesquiera modificaciones importantes en su legislación tributaria».

(iv) Finalmente, el comentario 7 sobre la cláusula dinámica recogida en el apartado 4 del artículo 2 del MCOCDE dispone lo siguiente (el subrayado es nuestro): «Puesto que la relación de impuestos que figura en el apartado 3 es meramente declarativa, este apartado prevé la aplicación del Convenio a todos los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se añadan a los existentes en un Estado contratante o los sustituyan con posterioridad a la fecha de la firma del Convenio».

De los comentarios al MCOCDE se desprende que lo relevante a la hora de concluir si el IDSDi se encuentra incluido o no dentro del ámbito de aplicación de los CDIs, no es tanto la naturaleza directa o indirecta de dicho impuesto, sino si nos encontramos ante un impuesto que grava la renta o el patrimonio, debiendo fijarnos, por tanto, en el objeto imponible de este impuesto. Por otra parte, en los casos específicos de los CDIs que prescinden de los apartados uno y dos del artículo 2 y que definen directamente su ámbito de aplicación a través de la enumeración de impuestos (propia del apartado 3) y de una cláusula dinámica (como es el caso del CDI de España con EEUU), lo determinante para concluir si el IDSDi se incluye dentro de estos CDIs es verificar si dicho impuesto se encuentra enumerado en la lista exhaustiva de impuestos (escenario poco probable), o se puede defender que tiene una naturaleza idéntica o análoga a los impuestos incluidos en dicha enumeración (de acuerdo con la cláusula dinámica mencionada).

Sobre la base de lo anterior, cabe extraer las siguientes conclusiones en relación con este aspecto controvertido del impuesto:

(i) La consideración del IDSDi como un impuesto incluido en el ámbito de aplicación de aquellos CDIs suscritos por España que incluyen los cuatro apartados del artículo 2 parece más que probable a pesar de su configuración formal como impuesto indirecto. Como hemos analizado de forma pormenorizada en el apartado anterior, si atendemos a la finalidad por la que se introduce este impuesto y a un análisis conjunto de dicha finalidad con los elementos que lo definen, podemos llegar a concluir que el ISDi es un impuesto que nace para compensar la falta de recaudación del IS y, por lo tanto, creado para gravar la obtención de renta por parte de los prestadores de los servicios digitales.

Partiendo de esta consideración del IDSDi como a un impuesto sobre la renta, la exclusión del IDSDi de este tipo de CDIs resulta realmente difícil de sostener, y ello dado que todos estos CDIs mantienen la referencia genérica a los impuestos sobre la renta y el patrimonio en los dos primeros apartados de su artículo 2<sup>88</sup>. No obstante, no se puede descartar que esta interpretación no sea compartida por parte de la Administración tributaria, precisamente porque la «hibridación» del IDSDi por parte del legislador<sup>89</sup> otorga a esta última

<sup>88</sup> Que, recordemos, delimita el ámbito de aplicación de estos CDIs.

<sup>89</sup> Con el claro objetivo de excluirlo de los CDIs.

argumentos para tratar de defender lo contrario (esto es, su exclusión de los CDIs).

De esta forma, la controversia está servida entre los llamados a ser contribuyentes de este impuesto que traten de invocar que el IDSDi debe cumplir con el CDI firmado entre España y su estado de residencia y la Administración tributaria.

(ii) En el caso específico del CDI con EEUU la conclusión anterior cambia. Recordemos a estos efectos que el artículo 2 del CDI de España con EEUU no contiene una referencia genérica a los impuestos sobre la renta y el patrimonio, sino que (i) establece una enumeración de impuestos comprendidos en el CDI en la que realiza una mención exclusiva al IRPF y al IS (sin esa definición genérica) y (ii) contiene una cláusula de adaptación dinámica<sup>90</sup>.

Por ello, teniendo en cuenta que el IDSDi no está comprendido en la enumeración de impuestos del CDI, a la hora de valorar su inclusión en este CDI únicamente podemos acudir a la cláusula dinámica de introducción de nuevos impuestos del artículo 2.2 del CDI con EEUU, en virtud de la cual los nuevos impuestos sólo quedarían cubiertos por el CDI si tienen una naturaleza «*idéntica o análoga al IRPF o al IS*» (y no simplemente la naturaleza de impuestos sobre la renta).

Dicho lo anterior, aun cuando se pueda considerar que el IDSDi es un impuesto sobre la renta, su calificación como impuesto idéntico o análogo al IS resulta mucho más difícil de defender teniendo en cuenta las características

<sup>90</sup> En este sentido, el artículo 2 del CDI de España con EEUU, al definir los Impuestos comprendidos establece lo siguiente:

«1. Los impuestos existentes a los que se aplica este Convenio son:

a) En España:

i) El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; y

ii) El Impuesto sobre Sociedades.

b) En los Estados Unidos: Los impuestos federales sobre la renta que establece el Código de Rentas Internas (excluidas las contribuciones a la Seguridad Social), y los impuestos especiales sobre las primas de seguros pagadas a aseguradores extranjeros y sobre fundaciones privadas. Sin embargo, el Convenio se aplicará a los impuestos especiales sobre las primas de seguros pagadas a aseguradores extranjeros solamente en la medida en que los riesgos cubiertos por tales primas no hayan sido reasegurados con personas que no tengan derecho a la exención de dichos impuestos con arreglo a este o a cualquier otro Convenio aplicable a los mismos.

2. El Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la fecha de la firma del mismo y que se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados contratantes se notificarán mutuamente los cambios importantes que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales y las publicaciones oficiales relativas a la aplicación del Convenio.»

Por otra parte, el Protocolo y su Memorando de Entendimiento a este CDI, firmado en Madrid el 14 de enero de 2013, precisa, en relación con este precepto, que «*toda duda que pueda surgir respecto de la interpretación o la aplicación de este Convenio y, en particular, respecto de si una cierta medida fiscal está comprendida en el ámbito del Convenio, se resolverá exclusivamente de acuerdo con las disposiciones del artículo 26 (Procedimiento Amistoso) de este Convenio*».

de ambos impuestos. Y si no se puede considerar que el IDSDi es un impuesto idéntico o análogo al IS, entonces la conclusión es que el IDSDi debe quedar excluido del ámbito de aplicación del CDI de España con Estados Unidos.

Esta misma interpretación es sostenida por parte de MACARRO OSUNA<sup>91</sup>, que concluye lo siguiente:

*«Sin embargo, el principal país de residencia de las empresas afectadas —al menos el que mayor queja internacional ha realizado—, los Estados Unidos, no incluyó dichas disposiciones en su CDI con España. El CDI solo recoge el listado de los impuestos de ambos Estados que se ven afectados así como la cláusula dinámica para cambios futuros. Así como hemos concluido que el DST nos parece un impuesto sobre la renta, nos parece mucho más complejo poder afirmar que se trata de un impuesto sustancialmente similar al Impuesto de Sociedades, siendo este el parámetro a considerar respecto de las empresas estadounidenses.»*

Sobra decir que esta conclusión adquiere una extraordinaria relevancia en la práctica para la recaudación del IDSDi, habida cuenta de que los grandes gigantes tecnológicos a los que, en un principio va dirigido este impuesto, son residentes fiscales en Estados Unidos.

### 3. Riesgo de doble o múltiple imposición

Una de las principales consecuencias de la configuración del IDSDi como una medida unilateral es que, como consecuencia de este impuesto se pueden generar situaciones en las que unos mismos ingresos estén sometidos a imposición por dos o más impuestos. En particular, los ingresos derivados de los servicios digitales objeto de gravamen van a estar sometidos a tributación (i) por el IDSDi en España y (ii) por el IS en el Estado de residencia de la sociedad prestadora de los mismos.

La doble imposición<sup>92</sup> generada por el IDSDi puede ser interna o internacional:

(i) Doble imposición interna: Esta situación se producirá en todas aquellas empresas que presten servicios digitales sujetos al IDSDi y que, a su vez, sean sujetos pasivos del IS por tener su residencia fiscal en España. Los ingresos de-

<sup>91</sup> MACARRO OSUNA, J. M.; «La compatibilidad del Impuesto sobre Servicios Digitales con los convenios de doble imposición a la luz del modelo OCDE», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2020, pág. 28. ISSN: 1132-8576.

<sup>92</sup> Se utiliza el término «doble imposición» a efectos expositivos para hacer referencia a estas situaciones en las que unos mismos ingresos son sometidos a tributación por dos impuestos distintos, sin perjuicio de que, desde el punto de vista técnico-tributario estricto, este término debería utilizarse cuando dichos impuestos tienen naturaleza idéntica o análoga, cuestión que, como hemos visto, resulta discutible al comparar el IDSDi y el IS.

rivados de dichos servicios digitales no sólo tributarían por el IDSDi, sino que formarían parte de su resultado contable y, por tanto, de la base imponible de su IS en España. De esta forma se estaría tributando doblemente (en primer lugar por el ISSD y en segundo lugar por el IS).

Esta doble imposición interna se puede ver mitigada si se permite que la cuota del IDSDi constituya un gasto deducible a efectos de determinar la base imponible del IS. Al contrario que la Directiva<sup>93</sup>, el Proyecto de Ley no hace ninguna referencia específica a la deducibilidad del IDSDi en sede del IS (pero tampoco prevé que no sea deducible). Así las cosas, dado que contablemente nos encontramos ante un gasto (al no ser la cuota del IDSDi recuperable) y dicho gasto no se encuentra comprendido en los supuestos de no deducibilidad el artículo 15 de la LIS, este gasto podría deducirse en sede del IS en la medida en que cumpla con los requisitos genéricos de deducibilidad (contabilización, justificación, imputación temporal y correlación con los ingresos).

Téngase en cuenta, no obstante, que con este mecanismo de deducción del gasto en la base imponible del IS se estaría mitigando la doble imposición interna, pero no neutralizando la misma<sup>94</sup>, lo cual sólo se conseguiría si se permitiese una deducción en cuota del IS por todo el importe pagado en el IDSDi, posibilidad que hoy por hoy no contempla ni la LIS ni el PLIDSDi<sup>95</sup>.

(ii) Doble imposición internacional: Las situaciones de doble imposición internacional con respecto al IDSDi español se presentarán para las entidades no residentes, que deberán tributar por el IS en su Estado de residencia y por el IDSDi en España<sup>96</sup>.

Estas situaciones de doble imposición plantean en la práctica aún mayores dificultades y ello dado que, si se acepta la naturaleza indirecta del IDSDi (como pretende el legislador), dicho impuesto quedaría excluido de los CDIs y, en consecuencia, no se podrán aplicar los mecanismos para evitar la doble imposición previstos en los mismos.

De esta forma, las medidas para evitar la doble imposición internacional van a depender de la normativa interna de cada país y parece poco probable que los

<sup>93</sup> La cual, recordemos, que en su punto expositivo 27 prevé que los Estados miembros autoricen a las empresas a deducir el IDSDi, pagado como coste, de la base imponible del IS en su territorio, independientemente de que ambos impuestos se paguen en el mismo Estado miembro o en Estados miembros diferentes.

<sup>94</sup> Ya que en la práctica no se estaría deduciendo la totalidad del IDSDi pagado de la cuota íntegra del IS, sino únicamente un 25% (tipo actual del IS) de dicho importe.

<sup>95</sup> Y que podría resultar controvertida atendiendo a la naturaleza del IDSDi.

<sup>96</sup> Sin perjuicio de que las entidades españolas también podrán sufrir situaciones de doble imposición internacional si se ven afectadas por un impuesto sobre servicios digitales establecido unilateralmente en el extranjero.

Estados de residencia de las entidades gravadas por el IDSDi estén por la labor de evitar la doble imposición creada por un impuesto unilateral español<sup>97</sup>.

El problema se agrava si tenemos en cuenta que España no es el único país que ha adoptado un impuesto unilateral sobre los servicios digitales, de forma que una multinacional (pongamos, por ejemplo, a una empresa estadounidense) puede verse sometida a una situación ya no de doble, sino de múltiple imposición (al tener que hacer frente a los impuestos sobre servicios digitales unilaterales, por ejemplo, de España, Italia y Hungría).

#### 4. Posible vulneración del principio de generalidad y proporcionalidad

El artículo 3.1 de la LGT regula los principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario de acuerdo con la siguiente redacción:

*«1. La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.»*

Por otra parte, el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al regular los principios de buena regulación en las iniciativas legislativas dispone lo siguiente:

*«1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.»*

De los principios expuestos en los dos preceptos anteriores, la aprobación del IDSDi puede generar problemas con respecto al cumplimiento de dos de ellos: el principio de generalidad y el principio de proporcionalidad.

(i) **Principio de generalidad del hecho imponible:** En esencia, este principio exige que el legislador delimite todos los presupuestos de hecho que indican capacidad económica y su finalidad es evitar que existan discriminaciones o privilegios a favor de determinadas personas.

---

<sup>97</sup> Si bien no es descartable que se permita la deducción en base del impuesto pagado, recordemos que esta situación no neutraliza, sino que minora, la doble imposición sufrida por el contribuyente.



Pues bien, como ya anticipábamos al analizar el hecho imponible, cabe plantearse si la delimitación objetiva de los servicios sujetos a este impuesto cumple con este principio de generalidad. Esto es así, dado que, como indica el propio nombre del impuesto, no se gravan todos, sino determinados servicios digitales, argumentándose la selección de los servicios digitales gravados (i) por ser aquellos en los que el usuario adopta un papel esencial en la creación de valor para los prestadores de los mismos y (ii) por ser los servicios que provocan mayor desajuste entre el lugar en que se gravan los beneficios y el lugar donde están establecidos los usuarios.

Sin embargo, como recoge la doctrina científica, esta justificación puede no ser suficiente para considerar cumplido este requisito. En palabras de MENÉNDEZ MORENO<sup>98</sup>: *«Unas muy breves consideraciones finales para significar, como en otros tantos comentarios editoriales precedentes, que la acotación de lo gravado plantea la necesidad de contrastar esa acotación con el principio de generalidad, porque no es «todo lo digital» lo que se grava, sino «determinados servicios digitales», sin que la selección de los servicios gravados esté (más allá de la reseñada dificultad de aplicar el impuesto) suficientemente fundamentada como para salvaguardar las dudas respecto de la vulneración del citado principio».*

(ii) Principio de proporcionalidad: En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.

El Proyecto de Ley de la Anterior Legislatura justificaba el principio de proporcionalidad en base a la Propuesta Inicial de Directiva. Así, en la exposición de motivos se establecía la siguiente justificación:

*«Se cumple también el principio de proporcionalidad, por cuanto se ha procurado alcanzar estrictamente los objetivos perseguidos. En particular, únicamente se han considerado como hechos imponibles aquellos que están previstos como tales en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea el 21 de marzo de 2018, que son los relativos a aquellos modelos de negocio en los cuales se entiende que los problemas detectados se presentan de forma más exacerbada, sin que se hayan incluido en esa relación de hechos imponibles los relativos a otros supuestos también potencialmente perjudiciales.»*

Sin embargo, tras la modificación de la Propuesta Inicial de Directiva y su definitivo rechazo, el establecimiento de tres tipos de servicios sujetos en el Proyecto de Ley ya no puede justificar su proporcionalidad en que se consideren como hechos imponibles exclusivamente los recogidos en la Propuesta de Directiva.

<sup>98</sup> MENÉNDEZ MORENO, A.; «El nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6/2019, pág. 6. ISSN: 1132-8576.



Consciente de ello, el legislador justifica el cumplimiento de este principio en los siguientes términos:

*«Se cumple también el principio de proporcionalidad, por cuanto se ha procurado alcanzar estrictamente los objetivos perseguidos.»*

Uno se puede cuestionar si un razonamiento tan escueto como el anterior resulta suficiente como para justificar el cumplimiento de este principio de proporcionalidad.

## 5. Aspectos controvertidos en relación con las reglas de localización

Como se ha explicado, las reglas de localización constituyen un elemento fundamental del impuesto, en la medida en que regulan el punto de conexión que permite determinar si un servicio digital se ha realizado en territorio español y, por lo tanto, si puede someterse a imposición por el IDSDi español. La localización de los servicios digitales atiende a la ubicación del usuario de los servicios como elemento clave en la generación de valor, estableciendo unas reglas especiales en función de la naturaleza de cada tipo de servicio digital gravado y una presunción de localización de dispositivos en base a la dirección IP del mismo.

Sin embargo, estas reglas de localización presentan las siguientes cuestiones controvertidas:

(i) Localización a través de la dirección IP: En primer lugar, este mecanismo de localización de un determinado dispositivo conforme a la dirección de IP se configura como una presunción *iuris tantum*, admitiendo prueba en contrario. Así lo regula el propio artículo 7.4 del PLIDSDi, que dispone que *«salvo que pueda concluirse que dicho lugar es otro diferente mediante la utilización de otros medios de prueba admisibles en derecho, en particular la utilización de otros instrumentos de geolocalización»*.

Sin embargo, esta presunción no está exenta de crítica:

— Por un lado, en palabras de QUINTANA FERRER<sup>99</sup>: *«No se especifica en relación con esta medida quién va a proporcionar la información del protocolo de IP, ni se señalan mecanismos para disipar las dudas sobre su certeza, que intentan resolverse añadiendo el inciso —o cualquier otro método de geolocalización en caso de que sea más exacto»*.

— Por otro lado, la posibilidad de sustituir la dirección de IP por un método de geolocalización más exacto abre la puerta a una cierta discrecionalidad por

<sup>99</sup> QUINTANA FERRER, E.; «Economía digital y fiscalidad: los impuestos sobre determinados servicios digitales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3/2019, pág. 179. ISSN: 1696-0173.

parte de las empresas que previsiblemente constituirá una fuente de conflictos con la Administración tributaria. Precisamente por este motivo, en la redacción de la Propuesta de Directiva presentada en la reunión del ECOFIN de 5 de noviembre de 2018, se eliminó una previsión similar recogida en la redacción original de la Propuesta Inicial de Directiva.<sup>100</sup>

(ii) Reglas de difícil aplicación en la práctica y con un elevado coste para las empresas: En segundo lugar, las reglas especiales introducidas para determinar la localización del usuario en cada tipo de servicio, aun cuando tratan de adaptarse a la naturaleza de cada uno de los servicios, no pueden evitar las dificultades asociadas a su aplicación en la práctica y los elevados costes para las empresas, obligadas a establecer los sistemas o mecanismos que permitan determinar la localización de los dispositivos.

Téngase en cuenta que muchos de los usuarios acceden a los servicios objeto de gravamen utilizando dispositivos móviles, lo cual implica la posibilidad de que los mismos se encuentren en tránsito o se localicen en distintos territorios a lo largo de los diferentes momentos de la contratación de un servicio.

Pongamos por ejemplo un servicio de intermediación en línea prestado por la plataforma AIRBNB a un usuario que desea encontrar alojamiento para un viaje que va a realizar a la India. El apartamento se elige vía aplicación en el móvil desde España, localizándose el IP del dispositivo utilizado para seleccionar el mismo en dicho territorio. Al día siguiente, tiene lugar la confirmación de la reserva del apartamento por parte del anfitrión cuando el IP del dispositivo muestra que el mismo está situado en Turquía (país de escala en el vuelo para llegar a la India). Al día siguiente, el usuario llega a la India y accede al apartamento reservado. Como el apartamento cumple con sus expectativas, el usuario no presenta ninguna queja, expirando el plazo para resolver el contrato de arrendamiento al día siguiente (día en el que la localización IP muestra que el dispositivo del usuario está en Nepal por encontrarse éste de excursión en dicho territorio). Cuatro días más tarde, por un imprevisto, el usuario tiene que volver a España haciendo escala en Dubái. Precisamente cuando el usuario se encuentra de escala (localización del IP del dispositivo en Dubái) finaliza el plazo del contrato de arrendamiento.

En este ejemplo, ¿dónde se localizaría la operación? ¿Cuándo se entiende que «concluye la operación subyacente»? ¿Tiene sentido el resultado alcanzado? Como se puede apreciar, resulta evidente la dificultad práctica asociada a localizar determinado tipo de operaciones, además del coste de los sistemas necesarios para lograr esa trazabilidad.

Por otra parte, en la medida en que la determinación de la base imponible va a depender de la localización de los dispositivos utilizados por los usuarios y los mecanismos establecidos por las empresas, todas estas dificultades también

---

<sup>100</sup> Tal y como expone QUINTANA FERRER, E.; «Economía...» *op. cit.*, pág. 179.

se van a trasladar a la cuantificación del impuesto, tal y como pasamos a ver a continuación

## 6. Determinación de la base imponible

Otro de los principales aspectos controvertidos que presenta el IDSDi lo encontramos en la determinación de la base imponible. En particular, cabe hacer referencia a tres cuestiones conflictivas relativas (i) a la norma general del artículo 10.1 del PLIDSDi, (ii) a la proporción de las reglas especiales del artículo 10.2 de la PLIDSDi y (iii) a las dificultades de aplicación práctica y comprobación tributaria en la determinación de la base imponible.

(i) Regla general: Como se ha expuesto, la base imponible se encuentra constituida por el importe total de los ingresos brutos excluidos, en su caso, el IVA y otros impuestos equivalentes. Ello implica que la base imponible resultará positiva para los prestadores de los servicios incluso para aquellos contribuyentes que puedan presentar pérdidas.

Si nos encontrásemos ante un impuesto de verdadera naturaleza indirecta, que grava únicamente los ingresos por la prestación de determinados servicios, poco se podría decir al respecto. Ahora bien, como hemos analizado, nos encontramos ante un impuesto de naturaleza híbrida que, si bien grava formalmente determinados servicios digitales, tiene como finalidad someter a imposición la capacidad económica de los prestadores de dichos servicios, esto es, la obtención de beneficios por estos últimos por la monetización de la contribución de los usuarios.

Siendo así, esta regla general de determinación de la base imponible sí que resulta problemática. Podemos decir que los contribuyentes (en especial, aquellos con negocios deficitarios) pasan a ser los principales perjudicados del afán del legislador de justificar la naturaleza indirecta del impuesto con el objetivo indisoluble de evitar que el IDSDi quede afectado por los CDIs.

(ii) Reglas específicas para cada tipo de servicio digital sujeto a este impuesto: Aunque cada servicio tiene una fórmula diferente, las tres reglas específicas tienen como elemento común que, en todas ellas (i) se determina un porcentaje que resulta de dividir los usuarios o los dispositivos situados en España (atendiendo a la naturaleza de cada uno de los tres servicios) entre el total de usuarios o dispositivos registrados en todo el mundo y (ii) se aplica dicho porcentaje sobre los ingresos totales.

Pues bien, otra de las cuestiones conflictivas del PLIDSDi es que ninguna de las tres reglas recogidas en el artículo 10.2 de la LIS especifica el ámbito geográfico al que deben referirse los ingresos totales sobre los que aplicar cada una de las proporciones. Desde un punto de vista finalista, parece razonable considerar que el legislador hace referencia a ingresos totales obtenidos en todo el mundo

(ingresos totales mundiales), ya que, de lo contrario, no tendría mucho sentido aplicar sobre los mismos ninguna proporción. Pero es cierto que el legislador no lo aclara expresamente en el literal de la norma.

Téngase en cuenta que el resultado práctico entre considerar los ingresos totales mundiales o los ingresos referidos a otro ámbito geográfico puede variar considerablemente, sobre todo si se tiene en cuenta que el valor unitario de los ingresos percibidos puede variar de una localización a otra. Por ello sería conveniente que se aclarase este extremo en el literal de cada una de las normas especiales del artículo 10.2 del PLIDSDi.

(iii) Dificultades de comprobación de la determinación de la base imponible por parte de la Administración tributaria: Como hemos visto, las reglas especiales de determinación parten de la aplicación de una ecuación a la totalidad de ingresos obtenidos.

Ahora bien, como señala BELDA REIG, I.<sup>101</sup>, los términos de esta ecuación y más concretamente los relativos al denominador de la misma (número de veces que aparezca la publicidad en los dispositivos situados en todo el mundo, número de usuarios situados en todo el mundo en función de la localización de los dispositivos que utilizan en distintos momentos del tiempo) son datos difícilmente controlables, manipulables en función de la voluntad real de tributación del contribuyente y prácticamente imposibles de trazar y comprobar mediante los sistemas de control actuales por parte de la Administración tributaria.

Ello implica que, en la práctica, la realización de un cálculo correcto de estas proporciones va a depender de la buena voluntad del contribuyente.

En este caso de la transmisión de datos surge una dificultad adicional a la comprobación por parte de la Administración tributaria y es que, en palabras de BELDA REIG<sup>102</sup>, puede ocurrir que muchas de estas ventas de volúmenes de datos *«sean realizadas desde filiales ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones con poca o nula transparencia fiscal y, por tanto, de forma completamente opaca a los procedimientos de comprobación e inspección de nuestra Agencia Tributaria. De hecho, por la inmaterialidad de este tipo de activos, los volúmenes de datos, éstos pueden circular y traspasar todo tipo de fronteras físicas y jurídicas sin ningún tipo de control, rastro ni, mucho menos, inspección con fines arancelarios.»*

<sup>101</sup> BELDA REIG, I.; «La difícil comprobación del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales proyectado en contraposición a otras soluciones adoptadas en el derecho internacional», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 17/2019, págs. 59-68. ISSN: 1132-8576.

<sup>102</sup> BELDA REIG, I.; «La difícil comprobación del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales proyectado en contraposición a otras soluciones adoptadas en el derecho internacional», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 17/2019, págs. 63. ISSN: 1132-8576.

## 7. ¿Merece la pena este impuesto en términos económicos? Previsiones de recaudación en contraposición con la pérdida de competitividad de España

La siguiente cuestión conflictiva que presenta el IDSDi es la valoración de su impacto en términos económicos.

Es evidente que el IDSDi nace con una finalidad eminentemente recaudatoria. Si se aprueba este impuesto, el Gobierno contará con una recaudación adicional que le permitiría sufragar un aumento del gasto público.

En el apartado del Impacto Económico y Presupuestario de la Memoria con el Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto de la Ley del Impuesto sobre determinados Servicios Digitales (en adelante, «**Memoria del Anteproyecto del IDSDi**»)<sup>103</sup>, se estimaba una recaudación por este impuesto de 1.200 millones de euros en términos anuales.

Para determinar esta cifra se partió de la estimación de recaudación realizada por la Comisión Europea para el conjunto de la UE, recogidas en su informe *Commission Staff Working Document. Impact Assessment, SWD(2018) 81 final/2, de fecha 21 de marzo de 2018*<sup>104</sup>. En dicho informe, tomando en consideración el peso de España en el PIB europeo (un 7,5 %), se estimaba que en el año 2018 el establecimiento en España del IDSDi podía aportar 600 millones de euros de recaudación en 2018.

Sorprende la diferencia entre ambas cifras (estamos hablando, ni más ni menos, que del doble de una con respecto a la otra). El motivo de dicha diferencia es que en la Memoria del Anteproyecto se llevan a cabo una serie de correcciones al alza sobre la estimación inicial de la UE:

(i) En primer lugar, se incrementa el peso relativo de España del 7,5% al 9,1%, utilizando para ello el porcentaje específico que, según Eurostat, representa España en la UE atendiendo a indicadores como: la participación en redes sociales, la búsqueda de información para la compra de bienes y servicios y la búsqueda de información para viajes y alojamientos. Con este nuevo porcentaje, la estimación se eleva a 728 millones de euros.

(ii) En segundo lugar, se eleva la estimación sobre la base de que el ámbito subjetivo del IDSDi español será mayor que el del impuesto de la Propuesta de la Directiva. Como hemos expuesto, el PLIDSDi tiene un umbral de huella digital significativa inferior, situado en 3 millones de euros, lo cual implica que se amplía para este impuesto el número de contribuyentes, y con ello la recaudación

<sup>103</sup> Accesible mediante el siguiente enlace: <https://www.hacienda.gob.es/documentacion/publico/normativadoctrina/proyectos/tributarios/main%20apl%20idsd.pdf>.

<sup>104</sup> Accesible mediante el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2018/EN/SWD-2018-81-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

prevista. Este impacto supone una elevación de la recaudación estimada a 968 millones de euros, según las estimaciones de la Memoria del Anteproyecto.

(iii) Finalmente, se aplica sobre el resultado anterior una tasa de actualización anual en previsión del fuerte crecimiento de los ingresos por la publicidad en línea, los servicios de intermediación prestados por plataformas y el tráfico de datos en Internet. Tras la aplicación de dicha tasa, la Memoria Justifica del Anteproyecto llega a la estimación expuesta de 1.200 millones de euros.

Sin perjuicio de que los ajustes anteriores puedan resultar convincentes o no, lo que es cierto es que la estimación recaudatoria del Gobierno ha sido discutida por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), la cual rebaja el importe estimado de recaudación de los 1.200 millones de euros calculados por el Gobierno a una horquilla de entre 546 y 968 millones.

Según varios medios de comunicación<sup>105</sup>, el Gobierno ya ha rebajado sus perspectivas de recaudación con este impuesto en torno a un 19,33%, pasando de los 1.200 millones de euros estimados en la anterior legislatura a 968 millones (cifra que coincide con el rango más elevado de la horquilla ofrecida por AIReF). Como vemos, la estimación de recaudación por el IDSDi no es una cuestión pacífica.

En contraposición con dicha recaudación, debe advertirse que se estima que el establecimiento del IDSDi produzca un impacto negativo en la economía española, tal y como recoge el Informe de Price Waterhouse Coopers sobre el «*Impacto de un impuesto sobre los servicios digitales en la economía española*»<sup>106</sup> (en lo sucesivo «**Informe de PWC**»). En virtud de este detallado informe, el efecto negativo del IDSDi sobre la economía española se materializa:

1. En un impacto económico negativo a corto plazo en el PIB, estimado entre 586 y 662 millones de euros por parte del informe de PWC<sup>107</sup>. Este impacto viene determinado, a su vez, por los efectos que el IDSDi tiene sobre los principales beneficiarios de los servicios digitales que van a ser sometidos a gravamen, esto es, por las pequeñas y medianas empresas y los consumidores finales. En concreto, según el informe de PWC:

a. Las empresas españolas usuarias de los servicios digitales gravados verán reducidos sus beneficios entre 450 y 562 millones de euros, como consecuencia (i) del incremento del coste de uso de plataformas y máquetin *online* (derivadas

<sup>105</sup> Entre otras, cabe destacar la siguiente noticia: <https://www.elmundo.es/economia/2020/02/19/5e4be98121efa031428b45df.html>.

<sup>106</sup> Informe accesible a través del siguiente enlace: [https://www.adigital.org/media/informe\\_pwc-impacto-impuesto-servicios-digitales-economia-espanola.pdf](https://www.adigital.org/media/informe_pwc-impacto-impuesto-servicios-digitales-economia-espanola.pdf).

<sup>107</sup> Como expone el citado Informe de PWC en su página 6.

del establecimiento de este impuesto) y (ii) de la reducción de sus ventas por el traslado previsible de parte del precio al cliente final<sup>108</sup>.

b. Los consumidores, por su parte, verán reducido su bienestar (i) por el incremento del precio de los productos y servicios digitales consumidos y (ii) por el valor de los bienes que dejarán de consumir (coste de oportunidad). Esta reducción del bienestar ha sido cuantificada por el Informe de PWC en un rango de entre 515 y 665 millones de euros.

2. En un efecto sobre la economía a largo plazo, difícil de cuantificar, pero perjudicial, que consiste en una ralentización del proceso de digitalización de la economía española. Este efecto está descrito por el Informe de PWC de la siguiente forma<sup>109</sup>: *«A largo plazo, la ralentización del proceso de digitalización de las empresas españolas hará a la economía menos productiva, menos innovadora, menos emprendedora y, en consecuencia, menos competitiva a nivel global»*.

En pocas palabras, según este Informe de PWC el IDSDi traerá consigo a largo plazo una pérdida de competitividad de la economía española.

A los efectos negativos anteriores (impacto negativo en el PIB a corto plazo y pérdida de competitividad a largo plazo) hay que añadir la posibilidad de que Estados Unidos tome medidas arancelarias como respuesta al establecimiento de este impuesto. En este sentido, no se puede descartar que, como medida de presión, la Administración estadounidense anuncie la imposición de aranceles sobre la importación de productos españoles, por considerar que este impuesto discrimina a las empresas estadounidenses.

Se trata de un escenario realista, puesto que es precisamente lo que ha ocurrido en Francia a raíz del establecimiento de la tasa GAFA (Google, Apple, Facebook y Amazon). De hecho, la amenaza estadounidense de imponer aranceles sobre los productos franceses ha sido uno de los principales motivos por los que Francia ha aplazado su proyecto de Tasa GAFA (Google, Apple, Facebook y Amazon), tratando de evitar temporalmente una guerra comercial.

A la vista de los efectos negativos descritos, la cuestión controvertida que se plantea es si merece la pena establecer el IDSDi en términos económicos a corto y largo plazo. Sobre todo si se tiene en cuenta que el retraso en la tramitación y aprobación definitiva de la norma que regula el IDSDi reduce considerablemente el ámbito de aplicación temporal de este impuesto transitorio y con ello la recaudación esperada del mismo, tal y como pasamos a ver en la siguiente cuestión.

<sup>108</sup> Como expone el citado Informe de PWC en su pág. 5.

<sup>109</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el citado Informe de PWC en su pág. 6.



## 8. ¿Es el momento para tramitarlo?

Finalmente, la última cuestión conflictiva que cabe plantearse sobre este Proyecto de Ley es si realmente estamos ante el momento idóneo para llevar a cabo su tramitación o, si por el contrario, merece la pena esperar hasta finales de 2020 para decidir si tramitar el mismo o no.

Como ya se ha anticipado, teniendo un objetivo eminentemente recaudatorio, el Gobierno de España trata de aprobar este impuesto antes de finalizar el año 2020. De esta forma, si se aprueba el IDSDi con efectos en el ejercicio 2020, ello le permitiría disponer de un ingreso público adicional en este ejercicio.

Ahora bien, no debemos olvidar que nos encontramos en el mes de abril de 2020 con un Proyecto de Ley (i) que se encuentra en una fase muy preliminar de su tramitación parlamentaria y (ii) que, de aprobarse en los términos actuales, no entraría en vigor hasta los tres meses de su publicación en el BOE. Esto significa que la entrada en vigor de un impuesto configurado como una medida provisional (a la espera de alcanzar una solución global) se acerca cada vez más a diciembre de 2020, fecha en la que, en un principio, la OCDE se ha comprometido a alcanzar dicha solución definitiva a nivel internacional.

De ser así, estaríamos ante un impuesto con un periodo temporal de aplicación muy limitado o, en el peor de los casos, que nunca llegaría a aplicarse (si se demora tanto su tramitación que se llega antes a la solución internacional en el seno de la OCDE). Lo anterior genera a su vez una evidente situación de inseguridad jurídica para aquellas empresas llamadas a ser contribuyentes de este impuesto, obligando a las mismas a provisionar parte de su tesorería para satisfacer un potencial impuesto a final de año que puede que nunca llegue a ser efectivo.

Así las cosas, es razonable preguntarse si no sería más práctico y sensato esperar a ver si se adopta una solución definitiva por parte de la OCDE a finales de 2020 antes de plantearse aprobar un impuesto de estas características. Sobre todo si se tiene en cuenta que la limitación temporal de la aplicación del IDSDi como consecuencia del retraso en su tramitación se traduce en una minoración de la recaudación estimada por este impuesto, perdiendo fuerza así el principal motivo que impulsa al Gobierno para acelerar su entrada en vigor.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMA CERRILLO, R.; «Un cambio de criterio en la tributación de la Economía Digital», *Revista Quincena Fiscal*, 2019, núm. 20, págs. 77-94. ISSN: 1132-8576.

- BARRERA, M.; «Seminario de actualización fiscal para la empresa 2018». *Fiscalidad digital: Impuesto sobre determinados servicios digitales* (Garrigues), págs. 209-227.
- BELDA REIG, I.; «La difícil comprobación del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales proyectado en contraposición a otras soluciones adoptadas en el derecho internacional», *Revista Quincena Fiscal*, 2019, núm. 17, págs. 59-68. ISSN: 1132-8576.
- BOX GARCÍA, J. I.; «El Impuesto sobre Servicios Digitales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2019, núm. 946. ISSN: 1132-0257.
- CALDERÓN CARRERO, J. M.; «El Paquete Europeo (2018) en materia de Fiscalidad de la Economía Digital», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, 2018, número 39, págs. 1-17. ISSN: 2443-9843.
- CARREÑO, F. y PERELLÓ, J.; «Plans Regarding Digital Taxes», *International Transfer Pricing Journal (IBFD)*, 2019, núm. 26, No. 2. ISSN: 1554-0650.
- CRUZ AMORÓS, M.; «Nuestro Impuesto sobre determinados Servicios Digitales», *Actum Fiscal* [en línea], 5 de diciembre de 2018, núm. 142, págs. 109-111. ISSN-e 1135-3260. Disponible en: <https://elderecho.com/impuesto-determinados-servicios-digitales>.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.; «El impuesto sobre determinados servicios digitales: la “Tasa Google”», *Revista Quincena Fiscal*, 2019, núm. 11, págs. 47-68. ISSN: 1132-8576.
- GAUDIER, J. L. y PERELLÓ, J.; «Impuesto sobre Servicios Digitales: ¿se quedará la recaudación en la nube?». En: *Legal Today* [en línea], 19 de diciembre de 2018. Disponible en: [http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscalidad\\_internacional/impuesto-sobre-servicios-digitales-se-quedara-la-recaudacion-en-la-nube](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/fiscal/fiscalidad_internacional/impuesto-sobre-servicios-digitales-se-quedara-la-recaudacion-en-la-nube).
- LAMPREAVE, P.; «Spain Has Approved the Digital Service Tax: The Controversy Is Served». En: *Kluwer International Tax Blog* [en línea], 24 de febrero de 2020. Disponible en: [http://kluwertaxblog.com/2020/02/24/spain-has-approved-the-digital-service-tax-the-controversy-is-served/?doing\\_wp\\_cron=1588244954.6733870506286621093750](http://kluwertaxblog.com/2020/02/24/spain-has-approved-the-digital-service-tax-the-controversy-is-served/?doing_wp_cron=1588244954.6733870506286621093750).
- MACARRO OSUNA, J. M.; «La compatibilidad del Impuesto sobre Servicios Digitales con los convenios de doble imposición a la luz del modelo OCDE», *Revista Quincena Fiscal*, 2020, núm. 6, págs. 21-30. ISSN: 1132-8576.
- MENÉNDEZ MORENO, A.; «El nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales», *Revista Quincena Fiscal*, 2019, núm. 6, págs. 1-6. ISSN: 1132-8576.

- PUJALTE MÉNDEZ-LEITE, H.; «Evolución de las propuestas de la OCDE y de la Unión Europea sobre la fiscalidad directa de la economía digital (2010-2018)», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, 2018, número 9, págs. 39-68. ISSN: 2445-2165.
- PwC; «Impacto de un impuesto sobre los servicios digitales de la economía española». En: *AMETIC* [en línea], 29 de enero de 2019. Disponible en: <http://ametic.es/es/publicaciones/impacto-de-un-impuesto-sobre-los-servicios-digitales-en-la-economia-espanola>
- QUINTANA FERRER, E.; «Economía digital y fiscalidad: los impuestos sobre determinados servicios digitales», *Nueva Fiscalidad*, 2019, núm. 3, págs. 159-198. ISSN: 1696-0173.
- VILCHES DE SANTOS, D.; «Estado actual de los trabajos de la OCDE en relación con los desafíos de la economía digital», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 443, 2020, págs. 23 y 24. ISSN: 1138-9540.

## ANEXO I

| ELEMENTOS FUNDAMENTALES PROPUESTA INICIAL DE DIRECTIVA (CUADRO 1)                                                                                                                                                                                       |                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                               |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Elemento                                                                                                                                                                                                                                                | Artículo directiva                                           | Regulación                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                               |
| <b>Elemento objetivo (hecho imponible)</b><br><br><b>¿Qué se grava?</b>                                                                                                                                                                                 | <b>Ingresos imponibles (nota 1)</b><br><br><b>Artículo 3</b> | El ISD grava la prestación de determinados servicios digitales caracterizados por la creación de valor por parte del usuario y que no podrían existir en su forma actual sin la implicación de los mismos. En particular, se gravan <b>tres tipos de servicios</b> :                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                              | <b>Servicios de publicidad en línea (art. 3.1. a):</b> Servicios consistentes en la inclusión de publicidad en una interfaz digital dirigida a los usuarios de dicha interfaz.                                                                                                                                                                      | <b>Servicios de intermediación en línea (art. 3.1.b):</b> Puesta a disposición de los usuarios de una interfaz digital multifacética que les permita localizar a otros usuarios e interactuar con ellos, y que pueda facilitar asimismo las entregas de bienes o las prestaciones de servicios subyacentes directamente entre los usuarios. | <b>Transmisión de datos (art.3.1.c):</b> La transmisión de los datos recopilados acerca de los usuarios que hayan sido generados por actividades desarrolladas por estos últimos en las interfaces digitales. |
|                                                                                                                                                                                                                                                         | <b>Supuestos de no sujeción</b><br><br><b>Artículo 3</b>     | La sujeción al impuesto se aplicará independientemente de que la interfaz digital sea o no propiedad de la entidad responsable de incluir en ella la publicidad. Cuando la entidad que incluya la publicidad no sea propietaria de la interfaz digital se considerará a dicha entidad, y no al propietario de la interfaz, proveedora del servicio. | 1) Cuando las interfaces digitales multifacéticas que facilitan una entrega de bienes o una prestación de servicios subyacentes directamente entre los usuarios de la interfaz, los ingresos obtenidos de esas operaciones por los usuarios quedan fuera del ámbito de aplicación del impuesto.                                             | 1) No incluirá la transmisión de datos por un centro de negociación, un internalizador sistemático o un proveedor de un servicio de financiación participativa regulado.                                      |
|                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 2) Los ingresos procedentes de actividades minoristas consistentes en la venta de bienes o servicios que se contratan en línea a través del sitio web del proveedor de esos bienes o servicios (no son intermediarios) quedan fuera del ámbito de aplicación del ISD.                                                                       |                                                                                                                                                                                                               |
|                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 3) La puesta a disposición de una interfaz digital cuando la única o principal finalidad de la entidad que la lleve a cabo sea (i) suministrar contenidos digitales a los usuarios o (ii) prestarles servicios de comunicación o servicios de pago.                                                                                         | 2) El impuesto no grava (i) la recopilación o (ii) el tratamiento digital de datos para fines internos de la empresa o la cesión de los mismos a otras partes sin mediar remuneración.                        |
|                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 4) La prestación por un centro de negociación o un internalizador sistemático de cualquiera de los servicios contemplados en el anexo I, sección A, puntos 1) a 9), de la Directiva 2014/65/UE.                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                               |
| 5) La prestación por un proveedor de un servicio de financiación participativa regulado o de un servicio consistente en facilitar la concesión de préstamos.                                                                                            |                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                               |
| <b>Grupos de empresas:</b> Los ingresos procedentes de la prestación de uno de los servicios anteriores por una entidad perteneciente a un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera a otra entidad de ese mismo grupo no estarán sujetos. |                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                               |

| ELEMENTOS FUNDAMENTALES PROPUESTA INICIAL DE DIRECTIVA (CUADRO 1) |                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Elemento                                                          | Artículo directiva                                                                                         | Regulación                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| 2) Lugar de imposición<br>¿Dónde se grava?                        | <b>Puntos de conexión para la localización de los ingresos imposables (artículo 5.2)</b>                   | <p>Los ingresos imposables se localizan en el <b>Estado miembro donde estén establecidos los usuarios</b> (localización del usuario principalmente a través de su IP-Internet Protocol-) con independencia de que sea un pagador o no del servicio y al margen del lugar desde el que se realice el pago de los servicios.</p> <p>A estos efectos, se considera que un usuario está situado en un Estado Miembro en un periodo impositivo en función de las siguientes reglas (que varían en función de la naturaleza del servicio prestado).</p> |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|                                                                   |                                                                                                            | <p><b>Servicios de publicidad en línea:</b> Si la publicidad en cuestión aparece en el dispositivo del usuario en un momento en el que el <b>dispositivo se está utilizando</b> en dicho Estado miembro durante ese periodo impositivo para acceder a una interfaz digital.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>• <b>Servicios de intermediación que facilitan las entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes entre los usuarios (online marketplaces):</b> Si el usuario utiliza un dispositivo en ese Estado Miembro para acceder a la interfaz digital y concluye la operación subyacente en dicho periodo impositivo.</p> <p>• <b>Servicios de intermediación que no facilitan operaciones subyacentes (redes sociales):</b> Si la cuenta que se utiliza para acceder a la interfaz ha sido abierta utilizando un dispositivo localizado en ese Estado Miembro.</p> | <p><b>Transmisión de datos:</b> Si el usuario utiliza un dispositivo en ese Estado Miembro para acceder a la interfaz digital y concluye la operación subyacente en dicho periodo impositivo siempre que los datos generados por el usuario se transmitan en ese periodo impositivo.</p> |
|                                                                   | <b>Claves de reparto para distribuir los ingresos imposables entre los Estados miembros (artículo 5.3)</b> | <p>Proporcionalmente en función del <b>número de veces que haya aparecido un anuncio publicitario</b> en los dispositivos del usuario durante ese periodo impositivo <b>en cada Estado Miembro.</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <p>• <b>Servicios de intermediación que facilitan las entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes entre los usuarios (online marketplaces):</b> Proporcionalmente al número de usuarios que concluyen la operación subyacente en ese periodo impositivo utilizando un dispositivo en ese Estado Miembro.</p> <p>• <b>Servicios de intermediación que no facilitan operaciones subyacentes (redes sociales):</b> Proporcionalmente al número de usuarios en cada Estado Miembro que poseen una cuenta en la misma.</p>                                       | <p>Proporcionalmente al número de usuarios en el Estado Miembro cuyos datos han sido monetizados a raíz de la utilización por los mismos de un dispositivo en ese Estado Miembro.</p>                                                                                                    |

| ELEMENTOS FUNDAMENTALES PROPUESTA INICIAL DE DIRECTIVA (CUADRO 2)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Elemento                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Artículo directiva                                                                    | Regulación                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Elemento subjetivo Contribuyente ¿A quién se grava?                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Artículo 4                                                                            | <ul style="list-style-type: none"> <li>Una entidad se considerará sujeto pasivo del impuesto, con respecto a un período impositivo, siempre que cumpla con los dos requisitos siguientes:</li> <li><b>Envergadura:</b> El importe total de los ingresos mundiales que haya comunicado en relación con ejercicio financiero considerado supere los 750 millones de euros.</li> <li><b>Huella digital significativa:</b> El importe total de los ingresos imponibles que haya obtenido dentro de la Unión durante el ejercicio financiero considerado supere los 50 millones de euros.</li> <li><b>Exigibilidad:</b> Los ingresos imponibles se reconocerán como obtenidos a efectos de los límites anteriores en el momento en que sean exigibles, independientemente de que los importes correspondientes hayan sido efectivamente pagados o no.</li> <li><b>Grupos de sociedades:</b> Si la empresa pertenece a un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera, los umbrales deben aplicarse respecto de los ingresos totales del grupo consolidado.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| Base imponible                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Artículo 3.2<br>Artículo 7                                                            | <ul style="list-style-type: none"> <li>La base imponible se corresponde con el <b>total de los ingresos brutos obtenidos por un sujeto pasivo, una vez deducido el impuesto sobre el valor añadido y otros gravámenes similares.</b></li> <li>Dos cuestiones a tener en cuenta:</li> <li><b>Criterio de exigibilidad:</b> Los ingresos imponibles deben considerarse obtenidos por un sujeto pasivo en el momento en que pasan a ser exigibles, con independencia de que en ese momento ya se haya pagado por ellos o no.</li> <li><b>Reparto proporcional entre Estados miembros:</b> El ISD debe ser exigible en un Estado miembro respecto de la proporción de los ingresos imponibles obtenidos por un sujeto pasivo durante un período impositivo que se consideren obtenidos en dicho Estado de acuerdo con las claves de reparto del artículo 5.3.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Tipo de gravamen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Artículo 8                                                                            | <ul style="list-style-type: none"> <li>Tipo impositivo del <b>3%.</b></li> <li><b>Tipo impositivo único para toda la UE</b> con el objetivo de evitar distorsiones en el mercado unitario.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Deducibilidad del impuesto                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Punto expositivo 27                                                                   | <ul style="list-style-type: none"> <li>Con el fin de reducir los posibles casos de doble imposición cuando los mismos ingresos estén sujetos al impuesto sobre sociedades y al ISD, la <b>Directiva prevé que los Estados miembros autoricen a las empresas a deducir el ISD, pagado como coste, de la base imponible del impuesto sobre sociedades</b> en su territorio, independientemente de que ambos impuestos se paguen en el mismo Estado miembro o en Estados miembros diferentes.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| Periodo impositivo y devengo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Artículo 6                                                                            | <ul style="list-style-type: none"> <li>Periodo impositivo <b>anual.</b></li> <li>Exigibilidad: día laborable siguiente al del final del periodo impositivo.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| Obligaciones del contribuyente y mecanismos de cooperación administrativa                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Artículos 9 a 19 (Obligaciones)<br><br>Artículos 20 a 23 (Cooperación administrativa) | <ul style="list-style-type: none"> <li>Obligaciones de <b>identificación, presentación de la declaración del impuesto y pago.</b></li> <li><b>Mecanismo de simplificación de ventanilla única para gestionar los aspectos administrativos (One stop Shop) (Nota 2):</b></li> <li><b>Idea subyacente:</b> Un sujeto pasivo obligado al pago del ISD en uno o varios Estados miembros debe contar con un punto de contacto único (el Estado miembro de identificación) a través del cual pueda cumplir todas sus obligaciones tributarias en relación con dicho impuesto (identificación, presentación de la declaración del ISD y pago).</li> <li>El Estado miembro de identificación es el encargado de compartir esa información con los demás Estados miembros en que se adeuda el ISD, así como de transferir la proporción del ISD recaudado por cuenta de esos otros Estados miembros</li> <li>No obstante, cada Estado miembro en que se adeude el ISD debe tener derecho a ejecutar el pago de este impuesto exigiéndolo directamente al sujeto pasivo, así como a llevar a cabo auditorías fiscales y aplicar medidas de control dirigidas a examinar la obligación tributaria del sujeto pasivo respecto del ISD.</li> <li><b>Cooperación administrativa:</b> Introducción de mecanismos de intercambio de información en lo relativo a la identificación, declaración del ISD y pago del ISD.</li> </ul> |
| <ul style="list-style-type: none"> <li><b>Nota 1:</b> Como veremos, los tres servicios digitales inicialmente propuestos fueron reducidos a uno (publicidad en línea) a lo largo de la tramitación de la Propuesta Inicial de Directiva.</li> <li><b>Nota 2:</b> En una redacción posterior de la Propuesta Inicial de Directiva se sustituyó el sistema inicial de ventanilla única por un modelo de gestión sustentado en la obligación de identificación y de presentación de autoliquidaciones en cada Estado Miembro donde el sujeto pasivo esté obligado al pago.</li> </ul> |                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |

## ANEXO II

| Lugar de realización de las prestaciones de servicios digitales. (ART. 10.2 DEL PLIDSDi) |                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                         |
|------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| TIPO DE SERVICIOS DIGITALES                                                              | SERVICIOS DE PUBLICIDAD EN LÍNEA                                                                                                                                                                                     | SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA                                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                      | SERVICIOS DE TRANSMISIÓN DE DATOS                                                                                                                                                                       |
|                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                      | Con facilitación de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes                                                                                                                                                                                     | Que permiten localizar a los usuarios e interactuar con ellos                                                                                                                        |                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Artículo</b>                                                                          | Artículo 7.2 letra a)                                                                                                                                                                                                | Artículo 7.2, letra b), párrafo primero                                                                                                                                                                                                                            | Artículo 7.2, letra b), Párrafo segundo                                                                                                                                              | Artículo 7.2, letra c)                                                                                                                                                                                  |
| <b>Punto de conexión</b>                                                                 | Localización en España del dispositivo en el que aparece la publicidad para el usuario.                                                                                                                              | Localización en España del dispositivo utilizado por el usuario para concluir la operación subyacente.                                                                                                                                                             | Localización en España del dispositivo utilizado por el usuario para abrir la cuenta que habilita acceder a la interfaz digital.                                                     | Localización en España del dispositivo utilizado por el usuario para acceder a la interfaz digital en la que se generan los datos.                                                                      |
| <b>Momento temporal para analizar el punto de conexión</b>                               | Momento en el que aparece la publicidad en el dispositivo del usuario.                                                                                                                                               | Momento en el que se concluye la operación subyacente.                                                                                                                                                                                                             | Momento de apertura de la cuenta por parte del usuario.                                                                                                                              | Momento de la generación de los datos objeto de transmisión.                                                                                                                                            |
| <b>Ejemplo</b>                                                                           | Contraprestación recibida por Spotify por la publicidad personalizada que aparece en la cuenta gratuita de Spotify a la que se accede por medio de un smartphone (con la aplicación instalada) localizado en España. | Comisión recibida por Uber por el servicio de intermediación prestado para la realización de un servicio de transporte contratado a través de un smartphone (con la aplicación instalada) que se localiza en España cuando se presta dicho servicio de transporte. | Apertura de una cuenta en aplicaciones de localización de personas de pago (como puede ser TrackMyKid) a través de un smartphone localizado en España en el momento de apertura (1). | Contraprestación obtenida por Facebook en la transmisión de los datos generados por un usuario que utiliza un iPad localizado en España para acceder a su cuenta en el momento de generar dichos datos. |

(1) Téngase en cuenta que estos servicios de intermediación para localizar a los usuarios e interactuar con ellos no pueden ofrecer, exclusivamente, servicios de comunicación (en la medida en que se trataría de servicios no sujetos) y para que la base imponible del IDSDi no sea cero deberán de ser de pago.



# ANEXO III

| BASE IMPONIBLE POR TIPO DE SERVICIOS (ART. 10.2 DEL PLIDSDi) |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| TIPO DE SERVICIOS DIGITALES                                  | SERVICIOS DE PUBLICIDAD EN LÍNEA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN EN LÍNEA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | SERVICIOS DE TRANSMISIÓN DE DATOS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Con facilitación de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Sin facilitación de entregas de bienes o prestaciones de servicios subyacentes (redes sociales)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Regulación                                                   | <p><b>Artículo 10.2.a) PLIDSDi:</b> A efectos de determinar la base imponible del impuesto (...) «se aplicará a los ingresos totales obtenidos la proporción que represente el número de veces que aparezca la publicidad en dispositivos que se encuentren en el territorio de aplicación del impuesto respecto del número total de veces que aparezca dicha publicidad en cualquier dispositivo, cualquiera que sea el lugar en que éstos se encuentren.»</p> | <p><b>Artículo 10.2.b) PLIDSDi:</b> A efectos de determinar la base imponible del impuesto (...) «se aplicará a los ingresos totales obtenidos la proporción que represente el número de usuarios situados en el territorio de aplicación del impuesto respecto del número total de usuarios que intervengan en ese servicio, cualquiera que sea el lugar en que estén situados.»</p> | <p><b>Artículo 10.2.b) PLIDSDi:</b> «La base imponible de los demás servicios de intermediación se determinará por el importe total de los ingresos derivados directamente de los usuarios cuando las cuentas que permitan acceder a la interfaz digital utilizada se hubieran abierto utilizando un dispositivo que se encontrara en el momento de su apertura en el territorio de aplicación del impuesto.»</p> | <p><b>Artículo 10.2.c) PLIDSDi:</b> A efectos de determinar la base imponible del impuesto (...) «se aplicará a los ingresos totales obtenidos la proporción que represente el número de usuarios que han generado dichos datos que estén situados en el territorio de aplicación del impuesto respecto del número total de usuarios que hayan generado dichos datos, cualquiera que sea el lugar en que estén situados.»</p> |
| Precisión adicional de la normativa                          | N/A                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | N/A                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | «A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, resultará indiferente el momento temporal en que se hubiera abierto la cuenta utilizada.»                                                                                                                                                                                                                                                                       | «A efectos de lo previsto en el párrafo anterior, resultará indiferente el momento temporal en que los datos transmitidos hubieran sido recopilados»                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Clave de atribución                                          | Número de veces que aparezca la publicidad en dispositivos situados en España (atendiendo al lugar de localización del dispositivo en el momento en el que aparezca dicha publicidad).                                                                                                                                                                                                                                                                          | Número de usuarios situados en España (atendiendo al lugar de localización del dispositivo utilizado por el usuario en el momento en el que se concluya la operación subyacente).                                                                                                                                                                                                     | Ingresos obtenidos por los usuarios situados en España (atendiendo a la localización en España del dispositivo utilizado por el usuario para abrir la cuenta que habilita acceder a la interfaz digital).                                                                                                                                                                                                         | Número de usuarios situados en España (atendiendo al lugar de localización del dispositivo en el momento de generación de los datos por parte de los usuarios).                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Fórmula                                                      | $\frac{\text{Ingresos totales publicidad en línea}}{\text{visualizaciones publicidad en línea}} \times \left( \frac{\text{visualizaciones España}}{\text{visualizaciones totales}} \right)$                                                                                                                                                                                                                                                                     | $\frac{\text{Ingresos totales intermediación en línea}}{\text{Nº de usuarios en línea}} \times \left( \frac{\text{Nº de usuarios España}}{\text{Nº de usuarios totales en todo el mundo}} \right)$                                                                                                                                                                                    | No hay proporción (atribución directa): Importe total de los ingresos derivados directamente de los usuarios localizados en España.                                                                                                                                                                                                                                                                               | $\frac{\text{Ingresos totales transmisión de datos}}{\text{Nº de usuarios en línea}} \times \left( \frac{\text{Nº de usuarios España}}{\text{Nº de usuarios totales en todo el mundo}} \right)$                                                                                                                                                                                                                               |

(Trabajo recibido el 29/04/2020  
y aceptado para su publicación el 20/05/2020)

**EVENTUAL ABUSIVIDAD DEL IRPH-CAJAS:  
UNA VISIÓN CRÍTICA DE LAS DISTINTAS TESIS  
MANTENIDAS  
(A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia  
de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020)**

JUAN ENRIQUE COSTA NINOT  
*Notario*

**RESUMEN**

Una vez más el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia acerca de la interpretación de disposiciones contenidas en la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En este caso el fondo del asunto se centra en el eventual control de abusividad que los tribunales nacionales puedan hacer respecto de las cláusulas contractuales que fijan el IRPH-Cajas como tipo de referencia a la hora del cálculo del interés variable en préstamos hipotecarios. Con todo ello es necesario conocer el alcance del control de abusividad y las eventuales repercusiones que esta sentencia del TJUE pueda tener en nuestro país.

**Palabras clave:** consumidores, índice de referencia, ámbito de aplicación, control de abusividad, tribunales nacionales, IRPH.

**THE EVENTUAL ABUSIVITY OF IRPH-CAJAS:  
A CRITICAL VISION OF THE VARIOUS THESES  
MAINTAINED  
(Regarding Judgment of the Court of Justice of the European  
Union of March 3, 2020)**

JUAN ENRIQUE COSTA NINOT  
*Notary Public*

**ABSTRACT**

Once again the Court of Justice of the European Union rules on the interpretation of provisions contained in Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts. In this

case, the merits of the case focus on the possible control of abuse that the national courts can do with respect to the contractual clauses that establish the IRPH-Cajas as a reference rate when calculating the variable interest in mortgage loans. With all this, it is necessary to know the scope of abuse control and the possible repercussions that this CJEU ruling may have in our country.

**Keywords:** consumers, benchmark, scope, abuse control, national courts, IRPH.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES.—III. SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL. 1. La extensión del control de abusividad a las cláusulas que fijan el IRPH-Cajas como tipo de referencia en los préstamos hipotecarios a interés variable. 2. ¿Cómo entender el control de abusividad en este caso concreto?—IV. TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: EN CASO DE DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA, ¿CUÁL SERÍA LA SOLUCIÓN MÁS ADECUADA PARA SALVAGUARDAR EL CONTRATO AFECTADO?—V. RECORRIDO DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE MARZO DE 2020: ¿HACIA DÓNDE VAMOS?—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado tres de marzo, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) dictó una de las sentencias más esperadas en nuestro país en los últimos tiempos, debido a la enorme repercusión económica que la misma pueda tener, en especial para nuestro sistema bancario y financiero, así como consecuentemente para sus clientes. Pero como se podrá comprobar a continuación, y como es natural en la contestación del TJUE a las cuestiones prejudiciales remitidas por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, dadas las contestaciones oportunas por parte de la Gran Sala y las respectivas aclaraciones hermenéuticas respecto de la norma comunitaria controvertida, la pelota queda en el tejado de los tribunales nacionales. Así pues, la finalidad de la presente exposición no reside tan solo en conocer cuál ha sido el sentido del pronunciamiento del Alto Tribunal Europeo, sino en atrevernos a plantear cuál será la trayectoria de dicho pronunciamiento ante los tribunales españoles. Comprobar si posiciones más precavidas y cautas se mantienen, como ya ocurrió con la sentencia del Tribunal Supremo 669/2017 respecto del IRPH-Entidades como tipo de referencia en el cálculo del interés variable en contratos de préstamo hipotecario, o si por el contrario acabarán triunfando posiciones como las del voto particular mantenido por dos magistrados de nuestro Alto Tribunal en la referida sentencia; lo que conllevará una previsible avalancha de demandas contra las entidades financieras prestamistas, que ya esperan impacientes en las gavetas de salida de algunos abogados españoles.

Entrando en materia, será suficiente hacer una escueta referencia a los hechos enjuiciados para poder pasar de lleno al tratamiento de la cuestión controvertida. Así pues, el 19 de julio de 2001 el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, actual Bankia, un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda. En dicho contrato se pactó el IRPH-Cajas como tipo de referencia a la hora del cálculo del interés variable que preveía el mencionado contrato. Casi 19 años después, el 18 de abril

de 2017, el referido prestatario interpuso demanda contra Bankia, solicitando la nulidad de la mencionada cláusula por considerarla abusiva, alegando, entre otros motivos, que la mayoría de los créditos hipotecarios se calculaban habitualmente cogiendo como tipo de referencia el EURIBOR, el cual parece resultar más ventajoso para el prestatario. Dicha demanda tuvo entrada ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, órgano jurisdiccional que atendidas las alegaciones y posiciones de las partes decidió suspender el procedimiento litigioso y plantear varias cuestiones prejudiciales al TJUE.

## **II. PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13 SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES**

En la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente se plantea si el IRPH-Cajas, que conjuntamente con el IRPH-Bancos y el CECA dejó de ser un «tipo de referencia oficial» a raíz de la entrada en vigor de la Orden 2899/2011 y de la Circular 5/2012 de 27 de junio del Banco de España sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, debe ser objeto del control de abusividad y transparencia por parte de los órganos jurisdiccionales. Cuestión que se plantea al tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13, precepto que excluye del ámbito de aplicación de la referida norma comunitaria, y consecuentemente del control de abusividad, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas. Sabiendo que el IRPH-Cajas era en sí mismo un índice oficial y legal, regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas que se publicaba mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado*, a razón de la información remitida mensualmente al Banco de España por parte de las Cajas de Ahorro, en relación con los préstamos hipotecarios efectuados por las mismas a más de tres años para la adquisición de vivienda libre.

Acerca de esta cuestión prejudicial, el TJUE se pronuncia en el mismo sentido en que ya lo hizo, a razón de este mismo asunto, el Abogado General Sr. Maciej Szpunar en sus conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2019. Al respecto, la Gran Sala recuerda que para que pueda operar la exclusión prevista en el mencionado art. 1.2 de la Directiva 93/13 es preciso que nos encontremos frente a una norma legal o reglamentaria que además sea imperativa. También recuerda, por la consecuente limitación que la exclusión prevista en el art. 1.2 de la Directiva implica en la protección de los consumidores, que dicho precepto sea interpretado restrictivamente.

Así se desprende de varias sentencias del TJUE, como la de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-34/13, en la que el TJUE tuvo que contestar a varias cuestiones prejudiciales remitidas por un tribunal de distrito de Humenné (Eslovaquia), precisamente destinada la última de ellas a esclarecer la interpretación del art. 4

de la Directiva 93/13, en este caso en relación con un contrato de crédito sobre el cual se constituyó una garantía inmobiliaria. Al hilo de esta cuestión prejudicial y sin entrar en el fondo del asunto, pues no es éste nuestro objeto, el TJUE, tal y como se puede comprobar en los apartados 76, 77, 78 y 79 de la citada sentencia, reconoce el carácter estricto de la interpretación de la exclusión prevista en el art. 1.2 de la Directiva 93/13, además de tener que concurrir los requisitos de tratarse de una norma legal o reglamentaria y además imperativa. Es más, el Alto Tribunal Europeo en sentencia de 21 de marzo de 2013, Asunto C-92/11, y sobre esta misma materia resalta que corresponde a los jueces nacionales de los Estados Miembros comprobar si la cláusula enjuiciada refleja disposiciones de Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes *«con independencia de su elección o aquellas que son aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa»*. Lo que demostraría su carácter imperativo<sup>1</sup>. En estos supuestos el TJUE considera que la exclusión se encuentra justificada por entender que: *«...es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos»*<sup>2</sup>.

Volviendo a la STJUE que aquí nos ocupa y en relación al fondo de esta cuestión, considero muy acertada la posición del Abogado General al respecto, la cual en síntesis viene a decir que si bien el IRPH-Cajas es un índice de referencia determinado por disposiciones reglamentarias y administrativas, no existe una disposición legal imperativa que imponga el mencionado IRPH-Cajas como índice de referencia en el cálculo del interés variable en los préstamos hipotecarios celebrados en España entre una entidad financiera y un consumidor. Con ello considero de vital importancia diferenciar la determinación «cuantitativa» del IRPH-Cajas, de su inclusión como tipo de referencia en los préstamos hipotecarios con interés variable. Así, en su determinación cuantitativa, podemos considerar el IRPH-Cajas como reglamentario e «imperativo» en el sentido de que no puede intervenir en su determinación ni objetiva, ni directa ni indirectamente por ninguna de las partes contratantes. Mientras que la inclusión del IRPH-Cajas como tipo de referencia en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable no resulta de ninguna disposición legal, reglamentaria ni imperativa, en el sentido al que se refiere el art. 1.2 de la Directiva 93/13. En este caso, el IRPH-Cajas se trata de un tipo de referencia para el cálculo de interés variable incorporado opcionalmente por la parte prestamista, no existe disposición legal alguna que imponga su inclusión en este tipo de contratos. Es más la Disposición Adicional Segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994 habilita al Banco de España para definir mediante circular *«un conjunto de índices de referencia oficiales, susceptibles (lo que ya pone de manifiesto la posibilidad de escoger otros no previstos por dicha circular) de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable»*. Esta diferencia viene claramente mantenida por

<sup>1</sup> Comunicación de la Comisión Europea; «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores». (2019/C 323/04). En: *Diario Oficial de la Unión Europea*. 2019.

<sup>2</sup> Asunto C-51/17, OTP Bank/Ilyés y Kiss, apartado 53.

el magistrado Francisco Javier Orduña en el voto particular que formuló a raíz de la STS de 14 de diciembre de 2017, voto particular al que se sumó el magistrado Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Para mayor abundamiento y en este mismo sentido, la Orden de 5 de mayo de 1994, en su cláusula 3 bis, letra d), de su anexo II, prevé la posibilidad de que en estos casos las entidades financieras puedan definir el interés variable «*de cualquier otro modo*», siempre que dicha determinación resulte clara, concreta y comprensible por el prestatario y sea conforme a Derecho. De lo cual se desprende claramente que dicha circular se limitaba a fijar las condiciones y requisitos que debía reunir un índice de referencia para ser conforme a Derecho, y si bien los seis índices de referencia oficiales que se publicaron mediante circular cumplían con dichos requisitos, no implica ello que no pudiese la entidad prestamista acudir a otros tipos siempre y cuando fuesen claros, comprensibles y conforme a Derecho, como pudiese ser el EURIBOR, cuya aplicación en este caso solicita la parte demandante. Tipo, el EURIBOR, que por aquel momento no era considerado como índice de referencia oficial.

Todo ello nos lleva a concluir, tal y como reconoce el TJUE y el Abogado General, que no podemos considerar que el IRPH-Cajas venga impuesto por una norma legal e imperativa en el sentido del art. 1.2 de la Directiva 93/13, con lo que debemos entender incluida en el ámbito de aplicación de la mencionada norma comunitaria la cláusula contractual por la que se prevé dicho tipo de referencia.

### III. SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

#### 1. La extensión del control de abusividad a las cláusulas que fijan el IRPH-Cajas como tipo de referencia en los préstamos hipotecarios a interés variable

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones prejudiciales, hemos de tener en cuenta que el art. 4.2 de la Directiva 93/13, artículo no traspuesto a nuestro Derecho Interno, prevé que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales no podrá referirse a aquellas que tengan que ver con el objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni tampoco a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contraprestación, siempre y cuando las referidas cláusulas se hayan redactado de forma clara y comprensible. Así pues, el órgano remitente plantea al TJUE si resulta contrario al art. 8 de la Directiva 93/13<sup>3</sup> que el órgano jurisdiccional invoque y aplique el mencionado art. 4.2 a pesar de no haber sido traspuesto por el legislador español. Esta falta de trasposición pretende, como mantiene el Abogado General pero niega el Gobierno español, ofrecer un completo nivel de protección al consumidor, al permitir

<sup>3</sup> Art. 8 Directiva 93/13: «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección».



el control jurisdiccional de abusividad a todas las cláusulas que el empresario pueda insertar en un contrato suscrito con un consumidor, incluso aunque las mismas afecten al objeto principal del contrato, incluso cuando éstas estuviesen redactadas de una forma clara y comprensible. La posibilidad de que un Estado Miembro pueda garantizar un mayor nivel de protección del previsto en la Directiva 93/13 viene especial y expresamente reconocido por la Comisión en las Directrices ofrecidas por dicha Institución europea en cuanto a la aplicabilidad de la mencionada norma comunitaria<sup>4</sup>.

El TJUE recuerda su propia jurisprudencia y hace constar que la exigencia de redacción clara y comprensible, prevista en el art. 5 de la Directiva 93/13, resulta de aplicación a cualquier cláusula contractual. Como consecuencia de ello, contesta a la cuestión prejudicial señalando que dicha exigencia resulta de aplicación en cualquier caso, incluso en el supuesto de las cláusulas a las que se refiere el art. 4.2 de la Directiva y aún cuando el Estado Miembro no haya traspuesto esta disposición. Esta afirmación ya se desprende de forma clara de lo dispuesto en la STJUE de 30 de abril de 2014, Asunto C26/13, concretamente en su apartado 68, haciendo referencia expresa a la exigencia de claridad y transparencia incluso en el caso de las cláusulas comprendidas en el art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Desde mi punto de vista, el TJUE no ha resuelto en sentido estricto la cuestión prejudicial, no ha entrado en el verdadero fondo que pretendía el órgano remitente. Así pues, resulta obvio que cualquier cláusula contractual, se refiera al extremo que se refiera, debe estar redactada de forma clara y comprensible; pero no ha quedado claro si en este caso y debido a la falta de trasposición, la cláusula controvertida es susceptible de someterse a un control de abusividad, el cual conlleva mayores exigencias que la mera claridad y comprensibilidad, como así reconoce la propia jurisprudencia del TJUE. En este sentido, la STJUE de 20 de septiembre de 2017, Asunto C-186/16, en su apartado 51, refiriéndose a créditos cuyo reembolso debía efectuarse en la misma divisa en que se concedieron, prevé que: «... la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde

<sup>4</sup> Comunicación de la Comisión Europea: «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores». (2019/C 323/04). En: *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2019.

*al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto».*

De este fragmento de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 podemos comprobar cómo el control de abusividad no puede referirse tan solo a aspectos de mera comprensión y claridad, sino que es necesario analizar en particular muchos otros factores y circunstancias que concurran en el caso concreto para salvar el desequilibrio de «fuerzas» que pueda existir entre empresario y consumidor.

Centrándonos en el verdadero sentido de la cuestión prejudicial planteada por el órgano remitente y con la finalidad de arrojar algo de luz respecto de la misma, me gustaría hacer referencia a una reflexión realizada al respecto por el Abogado General, reflexión que comparto. Así pues, en el caso en que se desee que el mencionado art. 4.2 de la Directiva 93/13 resulte de aplicación en nuestro país es necesario que el legislador español proceda a su trasposición. De esta manera hay que precisar que no corresponde a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni mucho menos a un órgano jurisdiccional inferior, decidir que en España resulte de aplicación el mencionado precepto cuando el mismo no ha sido oportunamente traspuesto por el legislador. Teniendo en cuenta además que el precepto controvertido no es una disposición imperativa y vinculante que los Estados Miembros deban incorporar obligatoriamente a sus Ordenamientos.

Al respecto de lo anterior, resulta de vital importancia aquí diferenciar el supuesto en el que nos encontramos, en el que no se trata de la falta de trasposición de una Directiva sino de un precepto de la misma, que como hemos dicho no tiene carácter imperativo para los Estados Miembros destinatarios; del caso en que se invoca la eficacia directa en sentido vertical de una Directiva comunitaria no traspuesta. Las directivas no tienen como destinatarios directos a los particulares sino a los Estados Miembros para que procedan a su trasposición. A pesar de ello, la jurisprudencia del TJUE, con el fin de evitar el perjuicio que la falta de trasposición de una Directiva pueda ocasionar a los ciudadanos y con ello originar un desequilibrio en relación con ciudadanos de otros Estados Miembros que si hayan traspuesto la Directiva, reconoció la posibilidad de invocar directamente por los particulares la Directiva no traspuesta frente a los órganos jurisdiccionales internos. Para ello es preciso que se cumplan, según la jurisprudencia del TJUE, una serie de requisitos: que las disposiciones que se invocan sean incondicionales y suficientemente claras y precisas, que reconozcan derechos a los particulares y que el Estado Miembro destinatario haya incumplido con su trasposición<sup>5</sup>. Es esta una jurisprudencia más que conocida y sentada por parte del TJUE y así se reconoció en sentencia de 4 de diciembre de 1974 por Van Duyn. Hay que diferenciar pues este supuesto de efecto vertical (solo ascendente, de particulares a Estado Miembro) y directo de una Directiva, del supuesto en el que nos encontramos<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> *El efecto directo del Derecho europeo*. En: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) [en línea]. 14 de enero de 2015. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2020]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547>.

<sup>6</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 8.ª ed. Madrid: Tecnos, 2014, p. 404. ISBN:978-84-309-6305-8.

Resulta también importante recordar que es cierto que los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados Miembros deben interpretar el Derecho Comunitario, salvaguardarlo, hacerlo cumplir a nivel interno, así como darle la primacía que se merece respecto al Derecho Interno de acuerdo con el principio de primacía del Derecho Comunitario. Pero ello no implica que dichos órganos jurisdiccionales nacionales puedan imponer la aplicabilidad de una disposición de una Directiva, disposición no traspuesta por no ser imperativa para los Estados Miembros destinatarios, dentro de la «libertad de trasposición» que al respecto disponen dichos Estados a diferencia de lo que ocurre con los Reglamentos Comunitarios que resultan de aplicación directa e inmediata en los Estados Miembros; y máxime en los casos en los que, como el presente, esta falta de trasposición ofrece una mayor protección para el consumidor, lo cual constituye en definitiva la finalidad de la Directiva 93/13 tal y como se desprende de su considerando 24.

Para concluir con este debate considero interesante hacer referencia a una puntualización efectuada por la Comisión Europea respecto de la interpretación del art. 8 de la Directiva 93/13 y su relación directa con la falta de trasposición de algún precepto que pueda afectar a las exigencias impuestas por la propia norma comunitaria, así como la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales al respecto: *«El Tribunal ha confirmado que la jurisprudencia de los tribunales supremos nacionales no entra dentro del ámbito de las medidas nacionales más estrictas de conformidad con el artículo 8. No obstante, cuando los tribunales supremos nacionales elaboren criterios para valorar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que los órganos jurisdiccionales inferiores tendrán que respetar de facto so pena de que se revoquen sus fallos o que están obligados de iure a respetar, dichos criterios serán compatibles con la Directiva 93/13/CEE. Sin embargo, los criterios utilizados por los tribunales supremos nacionales tienen que respetar la jurisprudencia del Tribunal y no deben impedir que el órgano jurisdiccional competente ofrezca a los consumidores una tutela judicial efectiva para la protección de sus derechos o que remita una cuestión prejudicial al Tribunal»*<sup>7</sup>.

Con todo ello, y teniendo en cuenta esta última precisión de la Comisión, me decantaría por considerar no aplicable la exclusión prevista en el art. 4.2 de la Directiva 93/13 debido a su falta de trasposición por parte del legislador español. Con lo que la cláusula controvertida, pese a referirse al objeto del contrato en cuestión o más concretamente a su precio, sí podría someterse a un control de abusividad por parte del órgano jurisdiccional que entienda del litigio. Otra cuestión distinta es si la cláusula aquí debatida resulta o no abusiva a juicio del órgano remitente.

<sup>7</sup> Comunicación de la Comisión Europea; *op. cit.*.

## 2. ¿Cómo entender el control de abusividad en este caso concreto?

En relación con la segunda de las cuestiones prejudiciales, el órgano remitente plantea al TJUE que en el caso en que se permita el control de abusividad respecto de la cláusula controvertida, ¿debe entenderse que el control de transparencia en una cláusula como la que nos ocupa debe comprobar que el profesional haya comunicado al consumidor información suficiente acerca del método de cálculo del índice en que se basa el mencionado tipo de referencia, y sobre la evolución de tal índice en el pasado y cómo podría evolucionar en el futuro?

En cuanto a esta cuestión el TJUE no hace más que recordar su propia jurisprudencia, haciendo saber al órgano remitente que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual como la debatida, no tan sólo debe estar ésta redactada de forma comprensible en un plano formal y gramatical, sino que también debe permitir al «*consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*», la comprensión del modo concreto de funcionamiento y cálculo del índice de referencia y de valorar las consecuencias y riesgos que de ello pueden derivarse. Para ello debe atenderse especialmente a las circunstancias que envuelven el caso concreto y especialmente a la información precontractual facilitada al consumidor. El TJUE, sí se refiere a la necesidad de informar al consumidor acerca de la evolución que en el pasado hubiera tenido el IRPH-Cajas, lo que permitiría al consumidor valorar la tendencia de dicho índice y compararla con los demás existentes al momento de contratar. No se pronuncia por contra respecto de información alguna relacionada con la evolución futura del mencionado índice de referencia.

Una vez más el TJUE, tal y como es su labor, se ha limitado a efectuar una interpretación, bastante general a mi parecer, de la norma comunitaria objeto de la cuestión planteada por el órgano remitente. De esta manera se ha pronunciado sobre en qué debe consistir el control de transparencia previsto en la Directiva 93/13, pero corresponderá a los tribunales españoles comprobar la eventual abusividad de las cláusulas que como la enjuiciada se contienen en préstamos hipotecarios a interés variable.

¿Qué podemos esperar de nuestros tribunales nacionales en esta tarea? La respuesta a esta pregunta tan solo la tiene el tiempo y los mismos jueces y magistrados que entiendan de este asunto. Aún así podemos esforzarnos por hacer una aproximación al devenir de esta controversia, centrándonos no únicamente en lo dicho por el Abogado General en sus conclusiones, que a diferencia del TJUE sí ha tratado más en profundidad la cuestión, sino también acudir a ciertos pronunciamientos de nuestro TS en asuntos similares, y más concretamente a la STS 669/2017 de 14 de diciembre de 2017.

En la inmediatamente mencionada STS se aborda un supuesto de hecho similar al que ha dado lugar a la STJUE aquí analizada, si bien es cierto que el control de abusividad deberá realizarse, como ya se ha dicho, de forma concreta para

cada caso, atendiendo a las circunstancias específicas que envuelven la celebración del contrato. En esta STS de 2017 se preveía el IRPH-Entidades como tipo de referencia en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable. Al hilo de su control de abusividad, el TS, entendiendo que el tipo de referencia mencionado formaba parte de una condición general de contratación (en adelante, CGC), afirma que dicha cláusula cumple con el control de inclusión como parte del control de transparencia, pues la cláusula en cuestión desde un punto de vista gramatical es clara, comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. El propio TS, citando STS 367/2017 de 8 de junio y STS 593/2017 de 7 de noviembre, reconoce que cuando una CGC incluye elementos esenciales del contrato, como es el caso, el control de transparencia debe ser más exhaustivo, de manera que tiene que comprobarse que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que verdaderamente le supone el contrato, así como el conocimiento del riesgo que la operación conlleva. Este incremento de exigencia debe ser tal que no le sea necesario al consumidor analizar pormenorizadamente el contrato para conocer con claridad su contenido e implicaciones. El TS considera que gracias a esta información el prestatario debe conocer la forma de cálculo y la trascendencia del tipo de referencia, pero que ello en ningún caso implica que la entidad prestamista se vea obligada a ofrecer distintos índices de referencia, como tampoco se le puede exigir que se den varias opciones, sino que basta con que el consumidor sepa que existen otros tipos de referencia; extremo este último del que, en ocasiones, no eran debidamente informados los consumidores al tiempo de contratar. Además sostiene el Alto Tribunal que no puede exigirse la comparación del IRPH con el EURIBOR en el momento de efectuar el control de transparencia, principalmente por dos razones: esta visión retrospectiva no es exigida ni forma parte del mencionado control; y por otra parte porque ha de tenerse en cuenta que siendo, por regla general, el IRPH un tipo de referencia más elevado que el EURIBOR, acompañaban al primero tipos diferenciales más bajos que los fijados para el caso del índice europeo, de manera que el tipo nominal final era muy parecido.

No puede afirmarse, considera el TS, que las entidades prestamistas fijasen el IRPH como tipo de referencia por considerar que tendría para ellas un comportamiento más favorable que el EURIBOR, pues las operaciones que se tenían en cuenta para el cálculo del IRPH también eran tenidas en cuenta para la determinación del EURIBOR.

A pesar de la afirmación anterior ha de tenerse en cuenta que para el cálculo del IRPH no tan sólo se hace una media de los intereses remuneratorios de los préstamos concedidos, sino que también se hace una media de la TAE, en contra de lo que el adherente pudiese llegar a pensar, de manera que se excluyen de la media algunos préstamos más rebajados. Todo ello nos lleva a un cálculo totalmente distinto al del EURIBOR, de manera que el IRPH siempre será más alto que el índice de referencia europeo. De esta manera autores como CÁMARA LAPUENTE afirman que, en contra de lo que ha sostenido el TS, la mera neutralidad

del IRPH y su denominación no son suficientes por sí mismas para que el consumidor pueda llegar a entender su auténtica trascendencia económica<sup>8</sup>.

A pesar de ello, el TS consideró que no puede exigirse que la entidad financiera informase al prestatario, al tiempo de la contratación, de la previsión de evolución futura del IRPH. Refuerza esta posición el hecho de que el IRPH sea un índice de referencia en que las entidades prestamistas no pueden incidir objetiva, directa ni indirectamente. Esta fijación depende de todas las entidades que actúan en España y, por ejemplo, se podría ver afectada por la actuación de alguna de estas entidades que por razones de mercado no tuviesen incentivos en aplicar el IRPH en los préstamos hipotecarios que celebrasen, lo que pone de manifiesto la imposibilidad de prever la evolución de este tipo de referencia al depender de entidades distintas a la que celebra el contrato.

El argumento anterior, sostenido por el TS, no es del agrado de toda la doctrina. Así pues, algunos autores, como el mencionado CÁMARA LAPUENTE<sup>9</sup>, afirman que en supuestos como éste no se exige a los bancos que adivinen el futuro y se lo comuniquen a sus clientes, sino que utilicen de su pericia profesional para prever la evolución futura del IRPH. Es más, se ha llegado a sostener por parte de las entidades prestamistas que ofrecían el IRPH por ser un tipo más «estable», siendo conocedoras de su conformación y de las causas de dicha estabilidad<sup>10</sup>.

En términos muy parecidos a los de nuestro Alto Tribunal, en su sentencia de 14 de diciembre de 2017, se pronuncia el Abogado General en sus conclusiones en relación con la STJUE que aquí se estudia; así afirma que en este caso la carga económica que se deriva del contrato de préstamo hipotecario ha podido ser prevista y calculada por el prestatario, no considerando que este consumidor en el momento de la celebración del contrato se encontrase expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que implicaría una evaluación de múltiples escenarios posibles, es decir, una mayor exigencia de información, como sí ocurre en los préstamos hipotecarios denominados en una divisa extranjera. A pesar de esto el magistrado Francisco Javier Orduña consideró oportuno en su voto particular a la STS 669/2017 equiparar los préstamos hipotecarios a interés variable con los préstamos hipotecarios fijados en divisa extranjera en cuanto a las exigencias de información al consumidor para cumplir con el control de transparencia.

El Abogado General considera que, en el caso concreto, el prestatario, a pesar de la complejidad que implica el cálculo del IRPH-Cajas, sí tenía conocimiento de en qué consistía la cuota que debía satisfacer para la amortización del préstamo.

<sup>8</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio; «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017), IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro». En YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.); *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (VV.AA.). Volumen 9.º, 2017. Madrid: Dykinson/BOE, 2018, p. 228. ISBN: 978-84-9148-675-6.

<sup>9</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio; obra cit. *supra*, p. 232.

<sup>10</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *op. cit.*, «Comentario...», p.232.



Recalca además la publicación detallada y mensual de la forma de cálculo del índice de referencia en cuestión en el *BOE* y su posibilidad de compararlo en esta misma publicación con los otros tipos de referencia que también eran publicados. Aunque a este argumento se podría objetar el hecho de que tener acceso al IRPH y a los demás índices permitidos no significa comprender cómo se conforman ni cómo operan. Podríamos decir que se cumple con el control de «inclusión», pero no con el control de transparencia en su vertiente material<sup>11</sup>.

A pesar de ello, el Abogado General tampoco considera que le sea exigible a la entidad prestamista el ofrecer al consumidor diferentes índices de referencia, pues en definitiva la obligación de información a la que se refiere el TJUE no es una obligación de asesoramiento, no supone que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer distintos índices de referencia. Al respecto también deberíamos ser conscientes, que si bien es cierto que las entidades prestamistas no tienen porqué cumplir con una obligación de asesoramiento, también es verdad que las cláusulas que fijan un índice de referencia para el cálculo del interés variable revisten una especial complejidad, con lo que la obligación de transparencia exigida por la Directiva 93/13 debe ser especialmente exhaustiva, y si bien no se puede exigir el ofrecimiento de varios tipos de referencia, las mayores exigencias de transparencia tal vez sí deberían implicar una explicación clara respecto de la existencia de otros índices de referencia y su diferencia con el índice que se pretende fijar contractualmente. Es más, en ocasiones ha quedado demostrado que algunas entidades prestamistas ofrecían al consumidor tanto el IRPH como el EURIBOR, y por tanto habría que plantear si en estos supuestos el banco llegaba a comparar ambos índices para que el consumidor pudiese escoger concienzudamente entre ellos<sup>12</sup>.

De acuerdo con las posiciones y argumentos expuestos hasta el momento parecería admisible sostener que los tribunales españoles no tienen porqué considerar abusivas *per se* estas cláusulas contenidas en contratos de préstamo hipotecario que fijan el IRPH-Cajas como tipo de referencia, sino que, más bien, deberán efectuar el control de abusividad en cada caso concreto atendiendo a las exigencias que sí vienen impuestas a las entidades prestamistas, pero no a otras que puedan resultar desmesuradas. Pues de atender a algunas de las exigencias solicitadas por la parte demandante llegaríamos a una situación que, a mi parecer, nada tiene que ver con la protección del consumidor, pues no se estaría tratando de igualar las posiciones contractuales, sino de beneficiar todavía más a una de ellas. El proteccionismo del consumidor pretende, basándose en su inferioridad, equiparar a éste, al menos informativamente, a la entidad financiera, de manera que pueda acercarse lo máximo posible al conocimiento de la información de la que este último dispone. De esta manera se trata de corregir los desvíos informativos que puedan surgir en los contratos de adhesión, cuya cabida en nuestro ordenamiento jurídico resulta innegable.

<sup>11</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *op. cit.*, p. 229.

<sup>12</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio; *op. cit.*, p. 230.



La matización anterior puede resultar muy impopular, pero con ello no se afirma que en los supuestos como el que aquí nos ocupa, las entidades prestamistas hayan cumplido sin reparos con la transparencia exigida por la normativa comunitaria, ello deberá ser comprobado en cada caso concreto por el órgano jurisdiccional que entienda del eventual litigio. La idea que se pretende transmitir es que, una vez cumplido el control de transparencia exigido por la jurisprudencia del TJUE, imponer unas mayores exigencias podría ir en detrimento del propio consumidor. Ahora bien, no deben entenderse estas mayores exigencias como mayor información y claridad al consumidor, lo cual nunca estará de más siempre y cuando aporte «conocimiento de causa» a este último; lo que deben evitarse son mayores exigencias que puedan añadir más complejidad si cabe a una cuestión que de por sí ya es difícil de entender, incluso para profesionales que estén acostumbrados a tratar con lenguaje jurídico y financiero. La asimetría contractual en estos supuestos es clara, por ello es necesario que las normas ofrezcan una innegable protección al consumidor, pero al mismo tiempo no debería caerse en la tentación de forzar la norma, lo cual nos podría llevar a un resultado contraproducente. Claro está que hay supuestos en que no se han cumplido las exigencias de transparencia por parte de las entidades prestamistas, y que, desde luego, no siempre los argumentos del TS han sido los más adecuados, tal y como han defendido autores de prestigio en nuestro país. Por ello, no faltan las voces discordantes, para muestra el voto particular del magistrado Francisco Javier Orduña y del magistrado Francisco Javier Arroyo Fiestas en la STS 669/2017, que es tendente a un control de abusividad bastante más exhaustivo del mantenido por el TS y que llevaría a una resolución de los litigios totalmente distinta a la conocida hasta ahora.

Para concluir el análisis de este punto no está de más recordar que en la actualidad y debido a la entrada en vigor en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley 5/2019, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, se han reforzado las exigencias de información al consumidor en los casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la citada norma (art. 2). De esta manera, no tan solo se especifica la información y documentación que debe ser facilitada al consumidor (art. 14), sino que en su art. 15 se exige la formalización frente a notario de un acta de transparencia, en la que el notario compruebe que se cumplen todas las exigencias previstas en la norma relativas a la información, plazos y su transparencia, además del asesoramiento gratuito prestado por un profesional del derecho de amplios conocimientos en la materia como es el notario.

Es esta una muestra de que nunca está de más reforzar la posición del consumidor, pero siempre en el sentido de aportarle mayor claridad y conocimiento en la actuación contractual que pretende llevar a cabo con el predisponente. Precisamente en este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley 5/2019, que en definitiva pone de manifiesto la finalidad misma del control de transparencia exigido por el TJUE: «... con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y

*que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material».*

#### **IV. TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: EN CASO DE DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA CONTROVERTIDA ¿CUÁL SERÍA LA SOLUCIÓN MÁS ADECUADA PARA SALVAGUARDAR EL CONTRATO AFECTADO?**

Nos enfrentamos finalmente a la última de las cuestiones prejudiciales remitidas al TJUE por parte del órgano remitente. Al respecto, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona plantea qué solución resulta más conforme a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 en el caso en que se declare la nulidad por abusividad de dicha cláusula. ¿Es más adecuado a la citada norma comunitaria que, en defecto de pacto entre las partes, el juez nacional sustituya el IRPH-Cajas por un índice legal que actúe como sustitutorio? ¿O tal vez es más acorde a Derecho imponer al prestatario la obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados sin el abono de intereses?

Al respecto, el TJUE parece tener bastante clara la respuesta a esta incógnita. En primer lugar recuerda que si el órgano judicial que efectúa el control de abusividad tuviese facultad para modificar las cláusulas del contrato que resultasen abusivas, ello contribuiría a largo plazo a desvirtuar el verdadero objetivo de protección del consumidor perseguido por la Directiva 93/13. Así pues, en este supuesto los profesionales o empresarios se verían alentados a introducir cláusulas abusivas que les fuesen beneficiosas en los contratos celebrados con consumidores, al saber que en el caso de que finalmente fuesen declaradas abusivas por un juez, éste procedería a la integración del contrato y su salvaguarda, es decir, no tendrían verdaderos incentivos para velar por la transparencia de los contratos.

Pero todo ello, según el TJUE, no obsta a que el juez nacional pueda fijar la aplicación de un índice sustitutorio previsto por una disposición supletoria nacional para el caso en que se declare la nulidad por abusividad de la cláusula que prevé la fijación del índice de referencia, considerando esta actuación conforme a la Directiva 93/13. Esto es así al considerar que la mencionada norma comunitaria pretende sustituir el aparente equilibrio formal existente entre las partes contratantes por un equilibrio real en cuanto a sus derechos y obligaciones, lo que no podría conseguirse si se deja sin efecto todo contrato celebrado con un consumidor por el mero hecho de contener una cláusula abusiva. Si como resultado a la nulidad de la cláusula controvertida por no superar el control de transparencia llegásemos a dejar sin efecto el contrato, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. Esta actuación de los jueces nacionales viene avalada por la propia jurisprudencia del TJUE, que reconoce expresamente en su sentencia de 26 de marzo de 2019 la necesidad de salvaguardar, en casos como éste, el contrato que contiene una cláusula abusiva, con el fin de

cumplir con la razón de ser de la Directiva 93/13 y con ello evitar un perjuicio aún mayor para el consumidor.

Por tanto, en este supuesto sería conforme a la Directiva, concluye el TJUE, que el juez nacional previese la aplicación de un índice sustitutorio previsto por una disposición supletoria nacional, siempre y cuando las partes no llegasen a otro acuerdo entre ellas. Al respecto, es de vital importancia tener en cuenta la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley de 2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internalización, en la cual se prevé la desaparición de ciertos tipos de referencia, entre ellos el IRPH-Cajas. Esta misma disposición establece que en los contratos que estuviese prevista la aplicación de un índice de referencia de los que desaparece, se aplicaría el que se hubiese previsto como sustitutorio en el propio contrato, y que en el caso de que éste también desapareciese o que no se hubiese previsto su aplicación, se aplicaría el IRPH-Entidades, lo cual parece coincidir con lo que ocurre en el presente caso. Así, expertos en el sector bancario han señalado que en la mayor parte de los contratos de préstamo hipotecario que contienen el IRPH-Cajas como índice de referencia se acabará sustituyendo dicho índice por el IRPH-Entidades, un índice que consideran prácticamente idéntico, con lo que prevén que en estos supuestos el impacto sobre las cuentas de los bancos afectados sea mínimo<sup>13</sup>. Claro está que esta es la previsión del sector bancario y financiero español, la última palabra la tienen nuestros tribunales, sabiendo además que tanto colectivos de abogados como de consumidores entienden que también sería aplicable el EURIBOR como índice de referencia supletorio<sup>14</sup>.

Debemos concluir sabiendo que el Gobierno Español solicitó al TJUE una limitación temporal de los efectos de la presente sentencia, si bien es cierto que esta petición se realiza situándose nuestro Gobierno en el escenario en el que, declarada la abusividad de cláusulas como la controvertida, el prestatario tan solo tendría que devolver el capital sin el abono de interés, posición que no parece ser la sostenida por el Alto Tribunal Europeo. Aun así, el TJUE concluye recordando que su labor se limita a la interpretación del Derecho Comunitario, con lo que por su parte, y entre sus competencias, no se encuentra la potestad de limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.

<sup>13</sup> GONZALO ALCONADA, Ángeles; «La banca cree que el impacto del IRPH con el dictamen del abogado de la TJUE es limitado y asumible». En: «Cinco Días» [en línea]. 11 de septiembre 2019. [Fecha de consulta: 5 de abril de 2020]. Disponible en: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568142012\\_652216.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568142012_652216.html).

<sup>14</sup> MOLINUEVO, Óscar; «Actuación frente al IRPH». En: [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es) [en línea]. 2020. [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/actuacion-frente-al-irph/>.

## V. RECORRIDO DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE MARZO DE 2020. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Una vez conocidas las respuestas ofrecidas por el TJUE a las cuestiones prejudiciales remitidas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona cabe plantearnos una serie de incógnitas, así: ¿romperán los tribunales españoles la tendencia del TS mantenida en su sentencia de 14 de diciembre de 2017? Si fuese así, ¿cuál será el impacto económico y financiero que ello conllevará para las entidades prestamistas?

Es de una enorme complejidad adivinar el futuro y, en definitiva, en eso consistiría la contestación a esta última pregunta. Aun así, grandes agencias como «Goldman Sachs» cifraron, ya hará ahora un año, el impacto que supondría para la banca que el TJUE declarase nula de raíz la cláusula enjuiciada (resultado que no se ha producido tal y como se desprende del fallo de STJUE), haciendo ascender esta cifra a 44.000 millones de euros<sup>15</sup>. Por las mismas fechas, los bancos españoles publicaron en sus folletos que su exposición al IRPH ascendería a unos 18.000 millones de euros en crédito vivo referenciado a dicho índice de referencia. En cuanto a su impacto determinado por entidad bancaria, la más afectada sería Caixa Bank que cuenta con 6.700 millones de euros en créditos hipotecarios referenciados al IRPH; le sigue el Banco Santander con 4.300 millones de euros, BBVA con 3.100 millones de euros, Bankia con 1.600 millones de euros, Banco Sabadell con 830 millones de euros, Kutxabank con 727 millones de euros y Liberbank con 209 millones de euros<sup>16</sup>. Todos estos datos hicieron que en su día la banca se plantease posibles medidas para paliar los efectos de una declaración de nulidad de la cláusula controvertida, de manera que se llegaron a plantear fusiones de entidades que no pudiesen sobrellevar la carga que este resultado implicaría, así como un evidente recorte de dividendos.

Todo este resultado tan catastrófico para la banca se planteó en el momento de remisión de las cuestiones prejudiciales al TJUE. En cambio, tras la publicación de la sentencia que nos ha ocupado, las entidades bancarias parecen optimistas aunque se muestran cautas, ya que son sabedoras que el aluvión de demandas está casi garantizado y que deberá analizarse cada caso en concreto. Aún así, confían en que el TS mantenga su posición y siga la línea ya establecida en su sentencia de 14 de diciembre de 2017. De hecho, nada más publicarse la STJUE se dispararon en Bolsa las entidades más expuestas a estos litigios, como es el caso de Caixa Bank que llegó a subir hasta un 7%<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> GONZALO ALCONADA, Ángeles; *op. cit.*

<sup>16</sup> GONZALO ALCONADA, Ángeles; *op. cit.*

<sup>17</sup> SUANCES, Pablo R.; MARTÍNEZ, Víctor; «La Justicia europea dictamina que el juez controle si el IRPH es abusivo y alivia a la banca». En: *El Mundo* [en línea]. 3 de marzo de 2020. [Consulta: 7 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2020/03/03/5e5e173e21ef40eb418b45d4.html>.

Pero, ¿qué es lo que está ocurriendo en los tribunales españoles por el momento? Solo un día más tarde de la publicación de la STJUE, el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Burgos falló declarando la abusividad de una cláusula como la controvertida y sustituyendo el IRPH-Cajas por el EURIBOR<sup>18</sup>. No ha sido ésta la única sentencia que respecto a este asunto se ha pronunciado de forma más favorable al consumidor, reconociendo la abusividad de la cláusula que fija el IRPH-Cajas como índice de referencia y sustituyéndolo por el EURIBOR. Así se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Lleida al reconocer que la entidad prestamista, en este caso el Banco Popular (actual Banco Santander), no ha podido explicar al cliente *«la composición ni la forma de obtener el IRPH ni la evolución del mismo»*. Considera que el banco ocultó información relevante para el cliente, no cumpliendo así con la transparencia, que de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE le resulta exigible. En este caso se condena a la entidad prestamista a la devolución de los intereses pagados de más<sup>19</sup>. Aquí podemos comprobar cómo la abusividad de la cláusula se declara de acuerdo con las circunstancias que envuelven el caso concreto, pues la STJUE de 3 de marzo no permite declarar la abusividad de la cláusula controvertida por su simple inclusión en un contrato de préstamos hipotecario a interés variable.

En un sentido prácticamente idéntico se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, declarando la abusividad de la cláusula que contiene el IRPH-Cajas, sustituyendo éste por el EURIBOR y condenando a la entidad prestamista, en este caso Caixa Bank, a la devolución de los intereses pagados de más<sup>20</sup>. Es interesante conocer los argumentos esgrimidos por la jueza para llegar a la conclusión de que el banco no había cumplido con las exigencias de transparencia que le eran exigibles: *«... no se considera acreditado que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado, tanto en la fase precontractual como en las fases de perfección y ejecución del contrato... Teniendo en cuenta la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamos y del último valor disponible»*.

<sup>18</sup> MARRACO, Manuel: «Primeras sentencias sobre el IRPH: los jueces anulan el índice hipotecario y lo sustituyen por el Euribor». En: *El Mundo* [en línea]. 16 de marzo de 2020. [Consulta: 20 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2020/03/16/5e6fed7dfc6c83b3798b460d.html>.

<sup>19</sup> GARCÍA, L.; «Primer fallo que anula el IRPH en Lleida tras la sentencia del TJUE». En: *Segre* [en línea]. 11 de marzo de 2020. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2020]. Disponible en: [https://www.segre.com/es/noticias/guia/2020/03/11/primer\\_fallo\\_que\\_anula\\_irph\\_lleida\\_tras\\_sentencia\\_la\\_ue\\_101233\\_1111.html](https://www.segre.com/es/noticias/guia/2020/03/11/primer_fallo_que_anula_irph_lleida_tras_sentencia_la_ue_101233_1111.html).

<sup>20</sup> Comunicación del Poder Judicial: «Un Juzgado de Palma declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y de la cláusula IRPH de un préstamo con garantía hipotecaria». En: *www.poderjudicial.es* [en línea]. 20 de abril de 2020. (Fecha de consulta: 25 de abril de 2020). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/Un-Juzgado-de-Palma-declara-la-nulidad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-y-de-la-clausula-IRPH-de-un-prestamo-con-garantia-hipotecaria>.

Como ya hemos visto en el epígrafe anterior, las asociaciones bancarias y las entidades prestamistas afectadas por esta clase de procedimientos parecían optimistas tras la publicación de las Conclusiones del abogado general y tras el pronunciamiento final de la Gran Sala del TJUE del pasado 3 de marzo. Los bancos han sido cautos a la hora de adelantar el desenlace de estos futuros litigios, pero se han mostrado convencidos de que, en el caso de sustitución de la cláusula controvertida por resultar abusiva, el índice que resultaría de aplicación sería el IRPH-Entidades. De momento son muy pocos los pronunciamientos judiciales producidos en nuestro país al respecto y todos ellos han sido en instancias inferiores, pero desde luego el resultado no está siendo el esperado por las entidades bancarias, pues tras declararse la abusividad de las cláusulas que fijan el IRPH-Cajas como índice de referencia, por considerar que dadas las circunstancias del caso no se ha cumplido con las exigencias de transparencia, el índice que se está aplicando en sustitución del anterior es el EURIBOR. La consecuencia de ello es que la cantidad a devolver por intereses por parte de las entidades prestamistas es claramente mayor que si el IRPH-Cajas hubiese sido sustituido por el IRPH-Entidades.

Esta es por tanto la línea trazada de momento por los órganos jurisdiccionales españoles en primera instancia, pero no nos encontramos frente a cosa juzgada, con lo que tendremos que esperar a que se recurran estos pronunciamientos hasta llegar al TS y éste pueda sentar jurisprudencia al respecto.

¿Viviremos una situación parecida a la avalancha de demandas por razón de las cláusulas suelo producida a raíz de una STJUE que ya se pronunció sobre la misma Directiva aquí tratada? El fallo de esta STJUE parece que no deja descontentos a los bancos, pero tampoco podrá frenar a los bufetes de abogados y a los consumidores, que con o sin razón se consideran engañados por las entidades prestamistas. Con la avalancha de demandas ocasionadas por el pronunciamiento del Alto Tribunal Europeo acerca de las cláusulas suelo y su transparencia, se tuvieron que habilitar juzgados que se dedicasen en exclusiva a resolver litigios relacionados con estas reclamaciones, tal vez ahora tengamos que asistir a una medida similar. En este sentido, es de interés señalar que el Defensor del Pueblo, don Francisco Fernández Marugán, ha solicitado formalmente al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que se estudie la posibilidad de fijar un mecanismo extrajudicial que permita atender todas las reclamaciones que se puedan originar por razón de esta materia. Todo ello con dos objetivos principales, evitar la saturación de los tribunales de justicia y, por otra parte, habilitar un medio óptimo para que puedan acudir aquellos ciudadanos afectados que no se puedan permitir acudir a la vía judicial<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> «El Defensor del Pueblo reclama a Economía una solución extrajudicial para los afectados por el IRPH». En: [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es) [en línea]. 6 de marzo de 2020. [Consulta: 7 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/sentencia-tjue-irph/>.1



## VI. CONCLUSIÓN

En definitiva, ¿qué podemos entresacar de todo lo expuesto? El TJUE ha dejado claro que cláusulas como la controvertida, que fijan el IRPH-Cajas o cualquier otro tipo de referencia oficial, pueden considerarse incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 al no considerarse disposiciones legales o reglamentarias imperativas en el sentido del art. 1.2 de la mencionada Directiva. Consecuentemente, los tribunales nacionales podrán entrar a valorar la eventual abusividad de dichas cláusulas debido a la falta de trasposición del art. 4.2 de la mencionada norma comunitaria; eso sí, la determinación de si superan o no este control dependerá de los propios tribunales españoles y ya hemos visto la disparidad de opiniones al respecto.

El Alto Tribunal Europeo parece dejar claro que, en el caso en que el juicio de abusividad efectuado por un órgano jurisdiccional nacional lleve a declarar la nulidad de la cláusula controvertida, no tiene por qué exigirse del prestatario la simple devolución del capital sin intereses; sino que, con ánimo de salvaguardar el contrato afectado y en beneficio del consumidor, el IRPH-Cajas deberá ser sustituido por otro fijado por una disposición legal nacional y supletoria, en defecto de acuerdo entre las partes.

Las afirmaciones anteriores parecen claras, ya es un paso, pero el control de abusividad en supuestos como el tratado en esta exposición debe efectuarlo los órganos jurisdiccionales españoles, y aquí yace el dilema. Se han expuesto los argumentos sostenidos por el Abogado General y por el TS en su sentencia de 14 de diciembre de 2017, pero parece que sus motivaciones no son suficientes, o al menos no convencen a todos. Está claro que una cláusula que contenga el IRPH-Cajas como índice de referencia no es abusiva *per se*, pero en tela de juicio se encuentra la actuación y conducta de muchas de las entidades prestamistas al contratar con sus clientes. Como se ha expuesto, no faltan las voces discordantes, y no son pocas, sus razones son de peso, peso que ganan cuando se entra a analizar al detalle la conducta de muchos bancos en cada caso concreto, y así lo demuestran las sentencias ya dictadas por algunos juzgados de primera instancia en nuestro país. Está claro que no todo se hizo bien, aunque no se pueda generalizar.

El TS, en su sentencia 669/2017, tal vez pecó de cauto, ofreciendo un fallo muy favorable a las entidades bancarias y poco tendente a un incremento de la protección del consumidor. Parece que la STJUE de 3 de marzo de 2020 abre de nuevo «la caja de Pandora», parece brindar una nueva oportunidad para que los tribunales españoles puedan pronunciarse de una forma más firme respecto de la cuestión del IRPH, resolviendo así las peticiones de miles de consumidores. No obstante, el TS tendrá de nuevo la oportunidad de esclarecer el asunto y sentar jurisprudencia en esta materia, dejando claro en qué consiste el control de transparencia en supuestos como el presente.



El legislador español ha ido adoptando medidas, como las contenidas en la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario, tendentes a reforzar la protección e información del consumidor en ciertos contratos formalizados con entidades prestamistas. Ahora está por ver si el TS sigue este mismo camino. No se trata de declarar nulas todas las cláusulas, como la controvertida, sino de que nuestro Alto Tribunal sienta una jurisprudencia firme, con unos criterios claros que permitan a empresarios y consumidores conocer qué exigencias de transparencia deben cumplirse en estos casos. De esta manera, no tan solo se logrará una protección más eficaz y segura del consumidor, sino una actuación más articulada y uniforme por parte de la otra parte contratante. Y no sólo se conseguirán resolver los litigios como el que ha dado lugar a la STJUE aquí tratada, sino que permitirá fijar unas bases que, como complemento del derecho positivo, permitan una actuación eficiente en este ámbito, evitando que dentro de unos cuantos años volvamos a encontrarnos frente a una problemática similar.

Todas las incógnitas planteadas las dejo a su juicio, el devenir de la cuestión está por ver, el debate está servido.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### Libros y artículos consultados

BECERRA, Irene y MARTÍNEZ, José Ángel; Claves para entender la sentencia del TJUE sobre hipotecas referenciadas al IRPH». En: [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com) [en línea]. 5 de marzo de 2020. [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020]. Disponible en: <https://elderecho.com/claves-entender-la-sentencia-del-tjue-hipotecas-referenciadas-al-irph>.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio; «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017), IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro». En YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.); *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)* (VV.AA.). Volumen 9.º, 2017. Madrid: Dykinson/BOE, 2018, pp. 211-235. ISBN: 978-84-9148-675-6.

Comunicación de la Comisión Europea; «Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores». (2019/C 323/04). En *Diario Oficial de la Unión Europea*. 2019.

Comunicación del Poder Judicial; «Un Juzgado de Palma declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y de la cláusula IRPH de un préstamo con garantía hipotecaria». En: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) [en línea]. 20 de abril de 2020. (Fecha de consulta: 25 de abril de 2020). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/Un>

Juzgado-de-Palma-declara-la-nulidad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-y-de-la-clausula-IRPH-de-un-prestamo-con-garantia-hipotecaria.

GARCÍA, L.; «Primer fallo que anula el IRPH en Lleida tras la sentencia del TJUE». En: *Segre* [en línea]. 11 de marzo de 2020. [Fecha de consulta: 25 de abril de 2020]. Disponible en: [https://www.segre.com/es/noticias/guia/2020/03/11/primer\\_fallo\\_que\\_anula\\_irph\\_lleida\\_tras\\_sentencia\\_la\\_ue\\_101233\\_1111.html](https://www.segre.com/es/noticias/guia/2020/03/11/primer_fallo_que_anula_irph_lleida_tras_sentencia_la_ue_101233_1111.html).

GONZALO ALCONADA, Ángeles;

— «La banca cree que el impacto del IRPH con el dictamen del abogado de la TJUE es limitado y asumible». En: «*Cinco Días*» [en línea]. 11 de septiembre 2019. [Fecha de consulta: 5 de abril de 2020]. Disponible en: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568142012\\_652216.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/09/10/companias/1568142012_652216.html).

— «El Defensor del Pueblo reclama a Economía una solución extrajudicial para los afectados por el IRPH». En: [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es) [en línea]. 6 de marzo de 2020. [Consulta: 7 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/sentencia-tjue-irph/>.

— *El efecto directo del Derecho europeo*. En: [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) [en línea]. 14 de enero de 2015. [Fecha de consulta: 20 de abril de 2020]. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547\\_](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114547_).

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 8.<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2014, ISBN:978-84-309-6305-8.

MOLINUEVO, Óscar; «Actuación frente al IRPH». En: [www.abogacia.es](http://www.abogacia.es) [en línea]. 2020. [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/actuacion-frente-al-irph/>.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; «Francisco Javier Orduña analiza la sentencia del TJUE sobre IRPH». En *Dossiers Thomson Reuters*. 3 de marzo de 2020.

MACIEJ SZPUNAR; «Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, Asunto C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S.a.». En: [www.curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) [en línea]. 10 de diciembre de 2019. [Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=217553&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=807255>.

MARRACO, Manuel; «Primeras sentencias sobre el IRPH: los jueces anulan el índice hipotecario y lo sustituyen por el Euribor». En: *El Mundo* [en línea]. 16 de marzo de 2020. [Consulta: 20 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2020/03/16/5e6fed7dfc6c83b3798b460d.html>.

SUANCES, Pablo R.; MARTÍNEZ, Víctor; «La Justicia europea dictamina que el juez controle si el IRPH es abusivo y alivia a la banca». En: *El Mundo* [en línea]. 3 de marzo de 2020. [Consulta: 7 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2020/03/03/5e5e173e21efa0eb418b45d4.html>.

### Sentencias consultadas

| <b>Tribunal</b>                                      | <b>Fecha</b>             | <b>Número de sentencia</b>             | <b>Juez/Magistrado Ponente</b> |
|------------------------------------------------------|--------------------------|----------------------------------------|--------------------------------|
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea             | 4 de diciembre de 1974   | Asunto 41/74                           | Sr. M. Sorensen                |
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea             | 21 de marzo de 2013      | Asunto C92/11                          | Sr. M. Safjan                  |
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea             | 30 de abril de 2014      | Asunto C-26/13                         | Sra. A. Prechal                |
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea             | 10 de septiembre de 2014 | Asunto C-34/13                         | Sra. C. Toader                 |
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea             | 20 de septiembre de 2017 | Asunto C-186/16                        | Sra. A. Prechal                |
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea             | 26 de marzo de 2019      | Asunto C-70/17 y C-179/17              | Sr. S. Rodin                   |
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) | 3 de marzo de 2020       | Asunto C-125/18                        | Sr. S. Rodin                   |
| Tribunal Supremo                                     | 8 de junio de 2017       | Resolución 367/2017 Casación 2697/2014 | Sr. D. Rafael Sarazá Jimena    |
| Tribunal Supremo                                     | 7 de noviembre de 2017   | Resolución 593/2017 Recurso 405/2015   | Sr. Pedro José Vela Torres     |
| Tribunal Supremo                                     | 14 de diciembre de 2017  | Resolución 669/2017 Recurso 1394/2016  | Sr. Pedro José Vela Torres     |

| <b>Tribunal</b>                                          | <b>Fecha</b>        | <b>Número de sentencia</b> | <b>Juez/Magistrado Ponente</b>      |
|----------------------------------------------------------|---------------------|----------------------------|-------------------------------------|
| Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Burgos             | 4 de marzo de 2020  | Resolución 393/2020        | Sra. Begoña Hocas Sanz              |
| Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Lleida             | 9 de marzo de 2020  | Resolución 227/2020        | Sra. Laura Bueso Hernández          |
| Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca | 20 de abril de 2020 | Resolución 582/2020        | Sra. Margarita Isabel Poveda Bernal |

*(Trabajo recibido el 14/04/2020  
y aceptado para su publicación el 22/05/2020)*

# **PRÁCTICA JURÍDICA**



**EL PODER INADMISIBLE EN EL ÁMBITO JUDICIAL,  
NOTARIAL Y REGISTRAL: EL APODERAMIENTO  
ELECTRÓNICO DEL ART. 41 LEY 14/2013, DE 27  
DE SEPTIEMBRE, DE APOYO  
A LOS EMPRENDEDORES  
Y SU INTERNACIONALIZACIÓN**

**JAVIER MICÓ GINER**  
*Notario de Sabadell*

**RESUMEN**

El autor analiza el poder electrónico que contempla el artículo 41 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, defendiendo, con apoyo en una prolija y sólida argumentación, que no tiene el alcance con el que ahora pretende presentarse ante la opinión pública porque, tratándose de un documento privado (la firma electrónica de los particulares solo puede generar documentos privados), nunca puede sustituir al poder mediante documento público notarial. Tal poder solo tiene sentido para su remisión directa por medios electrónicos a los registros procedentes, que son únicamente los administrativos.

Todo ello sin perjuicio de que, tal y como defiende el autor, pueda estudiarse la posibilidad de admitir ya el poder notarial en soporte electrónico y con firma electrónica sobre la base del art. 17 bis LN y la DT 11 de la citada Ley.

**Palabras clave:** poder, documento electrónico, documento público, registros administrativos, inscripción.



# INADMISSIBLE POWER OF ATTORNEY IN MATTERS PERTAINING TO COURTS, NOTARIES AND REGISTERS: ELECTRONIC POWER OF ATTORNEY, PURSUANT TO ART. 41 LAW 14/2013, OF 27 SEPTEMBER IN SUPPORT OF ENTREPRENEURS AND THEIR INTERNATIONALISATION

JAVIER MICÓ GINER  
*Notary Public of Sabadell*

## ABSTRACT

The author analyses the electronic power of attorney mentioned in article 412 of the Law 14/2013 of 27 September in support of Business Entrepreneurs and their Internationalisation, putting forward the theory, sustained by extensive and solid arguments, that said law lacks the scope that it aims to provide to the public because it is a private document, (since the electronic signature of private individuals is only valid for private documents) and thus it can never replace a power of attorney issued as a public instrument by a notary. This power of attorney is only useful for direct electronic forwarding to the appropriate registers, namely solely for administrative purposes.

All of which is without prejudice to the fact that, as the author holds, accepting a notarised power of attorney in electronic format with digital signature is in fact a possibility in accordance with art. 17 bis LN and the DT 11 of the aforementioned law.

**Keywords:** power of attorney, electronic document, public document, administrative registers, recording.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EN POCAS PALABRAS.—III. CON MUCHAS MÁS PALABRAS, PERO ACLARANDO IDEAS Y CONCEPTOS.—IV. LA EVOLUCIÓN DE LA FIRMA Y LA TECNOLOGÍA.—V. LOS PRECEDENTES PERMITEN ENTENDER EL ART. 41 DE LA LEY DE EMPRENDEDORES. SU INTERPRETACIÓN. 1. La finalidad y espíritu de la norma. 2. El contexto. 3. Los antecedentes históricos. 4. Los antecedentes legislativos. 5. La interpretación sistemática de la Ley 14/2013. 6. La interpretación literal de la norma. 7. Otros argumentos menores. 8. El argumento de la intrascendencia del poder y su carácter unilateral. 9. La Ley del blanqueo de capitales. 10. El fraude fiscal. 11. La facilidad de falsificación. Negocios jurídicos firmados por muertos o con certificados caducados. 12. El argumento «contra monopolio». 13. El principio de equivalencia funcional, la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y las calificaciones de los Registradores de la Propiedad. La imposibilidad de una ignorancia general de las normas. 14. La interpretación lógica: el proceso absurdo. 15. *Unintended consequences*: I. La certificación. La gratuidad de la publicidad formal. 16. *Unintended consequences*: II. La extraordinaria y reconocida endeblez del sistema. La responsabilidad civil del registrador mercantil. 17. *Unintended consequences* III. La innecesariedad de la calificación personal del registrador mercantil. 18. La realidad social. 18.1. El primer intento frustrado. 18.2. El segundo intento.

18.3. La cruda realidad.—VI. CONCLUSIÓN PRELIMINAR.—VII. ¿ES CORRECTO EL DISEÑO DE LA APLICACIÓN REGISTRADORES.ORG?—VIII. ¿CÓMO FUNCIONAN LOS PODERES ELECTRÓNICOS PARA RELACIONARSE CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS? ¿TENDRÍA SENTIDO INSCRIBIRLOS ANTES EN EL REGISTRO MERCANTIL? LAS *WEBS* REMITEN AL PODER NOTARIAL.—IX. EL ARGUMENTO DEFINITIVO: LA LEY CONCURSAL DE 2020.—X. ¿Y AHORA QUÉ? ¿CABE ALGUNA SALIDA HONORABLE?—XI. ¿CUÁL DEBE SER LA ACTUACIÓN LEGAL Y PRÁCTICA DE UN JUEZ, UN NOTARIO O UN ABOGADO QUE ASESORE A SU CLIENTE?—XII. CONCLUSIÓN. INTERPRETACIONES DE LA DOCTRINA MÁS MODERNA. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA.—XIII. LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA: UN PROYECTO, ¿COMÚN?



## I. INTRODUCCIÓN

El poder electrónico de la Ley de emprendedores no tiene el alcance con el que ahora pretende presentarse ante la opinión pública porque, tratándose de un documento privado (la firma electrónica de los particulares solo puede generar documentos privados), nunca puede sustituir al poder mediante documento público notarial. Tal poder solo tiene sentido para su remisión directa por medios electrónicos a los registros procedentes, que son únicamente los administrativos.

Su regulación supuso la extensión de los poderes electrónicos a todo el ámbito de relaciones con las Administraciones Públicas. Sencillamente, nunca ha existido legalmente la posibilidad, a la que ahora se pretende dar carta de naturaleza por la vía de los hechos consumados, de ser utilizados para otra finalidad.

El servicio de seguridad jurídica preventiva español, basado en el documento público notarial y su inscripción, resiste su comparación con cualquier otro, especialmente con los que, en ocasiones, se han querido presentar como alternativa al mismo<sup>1</sup>. Solo circulan y acceden al Registro títulos dotados de todas las garantías. Cuando se pretende abstraer los efectos del documento público del mismo documento, creando el artificio de pretender que tales efectos surgen solo de su constancia tabular y no del documento público, el sistema se desequilibra y genera monstruos. Un sistema sustentado en dos pilares no subsistirá sin uno de ellos. La reacción proporcional a defender la eliminación del documento público sería considerar suficiente un mero registro administrativo, como sucede en la mayoría de países europeos, excesos que se rechazan.

---

<sup>1</sup> Los sistemas anglosajones basados en el seguro del título son más costosos y menos eficientes. La crisis de las hipotecas sub-prime demostró que ni siquiera acreditan quién había firmado las hipotecas.

La inmensa mayoría de notarios y registradores cumplen bien y lealmente la función pública que tienen encomendada. El sistema funciona. No es el momento idóneo para intentar resucitar figuras fracasadas dándoles ahora una interpretación sesgada incongruente con el conjunto de nuestro sistema jurídico.

La interpretación que afirma que el art. 41 es una norma dirigida exclusivamente a los poderes destinados a las relaciones con las Administraciones Públicas que buscaba su generalización a las mismas resulta (de acuerdo con las reglas de la hermenéutica o interpretación y la actividad legislativa posterior) la única coherente con nuestro Derecho nacional y europeo. Defender que tal norma encubriría una radical ruptura, revolución o subversión del sistema que, curiosamente, habría pasado inadvertida durante siete años para todos los operadores jurídicos (excepción hecha de quienes actúan *pro domo sua*) no se sostiene.

La argumentación de una supuesta pretensión de la norma de «acabar con el monopolio del documento público para el acceso al Registro» supone desconocer que los notarios ejercen una función pública por delegación del Estado, causando perplejidad cuando tal argumento procede de alguien que ejerciendo otra función del Estado —la de exclusividad de la publicidad de un Registro público—, con el mismo régimen (supuestamente) «monopolístico», actúa además con competencia territorial exclusiva sin ni siquiera permitir elección por el usuario del servicio público.

De aceptarse la tesis de quienes defienden el ámbito ilimitado de los poderes privados del art. 41, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes DGRN) y la totalidad de los Registradores de la Propiedad llevarían siete años dictando resoluciones y calificaciones, respectivamente, ilegales, mostrando una ignorancia inaudita, pues ante el poder extranjero (en lógico cumplimiento de las leyes) aquella y estos aplican el principio de equivalencia que solo se cumple si el poder extranjero está autorizado por los funcionarios delegados por el Estado para dar fe pública, así como para garantizar los juicios de identidad y de capacidad. Pretender que a la Dirección General y a los Registradores de la Propiedad les ha pasado desapercibida una revolución legislativa consistente en considerar que todo poder puede ahora constar en documento privado califica por sí solo el argumentario en pro de esta tesis.

También sería de todo punto absurdo que un tipo de poderes, los necesarios para relacionarse con la Administración Pública que nunca han precisado inscripción en el Registro Mercantil, la necesitasen a raíz de una norma que pretende simplificar procedimientos administrativos.

El poder es un negocio jurídico de gran trascendencia y, por sus efectos, debe ser objeto de un cuidadoso asesoramiento. Es totalmente lógico que en los casos del art. 1280.5 CC se exija el documento público. Si ha llegado el momento de admitir el poder en soporte electrónico y con firma electrónica, basta la utilización del art. 17 bis LN sin necesidad de generar una disrupción del sistema jurídi-

co actual. Basta considerar que los avances tecnológicos que citaba la DT 11 LN ya han llegado. Como tesis innovadora se defiende que la DT 11 LN no precisa un levantamiento expreso, sino que puede entenderse derogada cada vez que se legisle admitiendo el documento electrónico e, incluso sin darse esta circunstancia, cada vez que el notario considere que los avances tecnológicos le permiten garantizar la seguridad del documento público electrónico.

Debería acometerse, desde el principio de lealtad a la función y al interés general, un proyecto común de mejora de la eficiencia que genere ilusión a la sociedad y a los responsables del ejercicio de las funciones públicas que hasta el día de hoy han sido tomadas como referente comparado de «seguridad jurídica preventiva» frente a los sistemas «paliativos» de raíz anglosajona que han ofrecido el resultado de todos conocido.

## II. EN POCAS PALABRAS

«¿Puedo comparecer ante notario o ante registrador para realizar actos de mínima trascendencia mediante un apoderamiento electrónico conferido a mi favor pasado por el Registro Mercantil? ¿Pueden admitirlo el juez, el notario o el registrador?». Si el lector no quiere perder el tiempo, se lo ahorraré: no.

Pero es posible que insista. «¿Cómo es posible? ¡Si he seguido las instrucciones, un vídeo y un anuncio y lo han inscrito en el Registro Mercantil!». Lo siento, amable lector y confiado usuario de alguna campaña cuya finalidad no alcanzo a entender, usted tiene un apoderamiento de la Ley 14/2013 con la limitada amplitud y ámbito propio de la misma.

## III. CON MUCHAS MÁS PALABRAS, PERO ACLARANDO IDEAS Y CONCEPTOS

Como usted, insiste, me veo obligado a explicarlo más despacio. Si quien lee estas notas es jurista o notario, no necesitará mucha explicación.

El artículo 1280 CC dispone que: «*Deberán constar en documento público: ... 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y de cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero*».

Cualquier poder para algo tan sencillo como administrar debe constar en documento público. Cualquier poder cuyo objeto sea un acto que, aunque no estuviera redactado en escritura pública (por infracción de las normas), debiera estarlo, deberá constar en documento público. Cualquier poder que haya de perjudicar a tercero deberá constar en documento público.

Como es lógico pensar, si se confiere un poder es para que surta efectos y deba ser tenido en cuenta por terceros. Si el juez no se lo va a admitir, si el notario no se lo va a admitir, si el tercero no puede quedar perjudicado, usted tendrá algo (luego veremos qué), pero no un poder.

Si el poder debe constar en documento público, ¿qué es un documento público? Según el art. 1216 CC, «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley».

Si el documento que usted tiene no está expedido por notario tendrá un documento, pero no un documento público y no será un poder a los efectos del art. 1280 CC. Es así porque el notario es un funcionario que por delegación del Estado tiene conferida la función de dar fe pública de los actos extrajudiciales<sup>2</sup> (como otros en el ámbito judicial) y, por ello, asume numerosos deberes y obligaciones con motivo del otorgamiento del poder que solo a él le competen. Enumeraremos solo algunos: debe identificar al poderdante (competencia exclusiva)<sup>3</sup>, juzgar su capacidad (competencia exclusiva), juzgar su legitimación para actuar en nombre de sociedades sea como administrador o como apoderado (competencia exclusiva), controlar la legalidad, verificar que mediante el poder no se encubre el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo o se enmascaran situaciones que afecten a personas con responsabilidades políticas extranjeras o nacionales o aparezcan en listas de congelación de fondos y, finalmente, comprobar que quien otorga el poder ha tenido un cabal conocimiento de su contenido y efectos y lo consiente. Como usted solo ve al notario al final del proceso de autorización (hoy la autorización notarial no es un acto, sino un proceso que comienza mucho antes del otorgamiento y concluye mucho después), no es consciente de que todos esos juicios y comprobaciones se realizan. Además, casi todas esas actuaciones (juicios de identidad, capacidad y legitimación) son competencias exclusivas del notario. El notario no puede delegar el juicio de capacidad en un médico. Y ejerce en exclusiva el juicio de legitimación, pues las sentencias del Tribunal Supremo (art. 98 de la Ley 24/2001 y sentencias del TS 643, 644 y 648, todas de noviembre de 2018, las dos primeras del día 20 y la última del 22) no dejan resquicio a la duda<sup>4</sup>. Son competencias exclusivas notariales. Para emitir este juicio debe examinar la existencia, validez y vigencia del poder.

---

<sup>2</sup> Porque es una función pública es impropio hablar de un «monopolio» del acceso al Registro o de la documentación pública. Tal expresión aparece en un video de *youtube* (<https://youtu.be/ouHiCF4Hj54>). Sorprende que una persona del nivel de Vicente GUILARTE use esa expresión tan impropia.

<sup>3</sup> La Resolución de la DGRN (hoy, DGSJyFP) de 29 de julio de 2016 afirma que no se puede cuestionar la identidad de los comparecientes realizada por el notario, pues es una competencia del notario que no incumbe al registrador. A otros funcionarios solo les corresponde comprobar si los datos de la persona coinciden o no con los que tienen en sus registros, nunca identificarlos.

<sup>4</sup> Nunca debería haber sido necesaria tanta contradicción. Ya desde la STS 645/2011, de 23 de septiembre, no se podía poner en duda que el juicio sobre la suficiencia de las facultades representativas corresponde al notario y no a otros funcionarios. Es más, el juicio del notario no puede ser corregido por otros funcionarios. Pero la STS de 20 de noviembre de 2018 es especialmente relevante, porque el notario consideró correcto un poder no inscrito en el Registro Mercantil y el TS



Es decir, es el notario y solo el notario quien puede considerar existente, válido y vigente un poder, aunque no esté inscrito en el Registro (precisamente ese fue el supuesto de la STS 643/2018). Y, por la misma razón, podrá considerarlo inexistente, nulo o no válido o no vigente, aunque esté inscrito en un Registro. ¿Cómo es posible? Sencillamente, porque la inscripción o no de los poderes en el Registro Mercantil carece de toda eficacia constitutiva, se trata de una inscripción meramente declarativa del documento que constituye el poder, que no es otro que el documento público notarial. El poder existe siempre antes de su inscripción y deja de existir por su revocación, conste o no en el registro.

Esta situación es lógica y congruente con un Registro Mercantil regulado por el Código de Comercio. En su art. 18 nos deja claro que *«La inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público. Sólo podrá practicarse en virtud de documento privado en los casos expresamente prevenidos en las Leyes y en el Reglamento del Registro Mercantil»*. Sienta la regla general de necesidad de documento público y la posible excepción que, como todo jurista sabe, debe ser interpretada restrictivamente. Y es lógico, pues, para que el poder pueda gozar de las presunciones de veracidad e integridad<sup>5</sup> debe constar en documento público. Solo el notario garantiza la identidad del firmante, su capacidad y legitimación y que, efectivamente, quiere y consiente el contenido del poder<sup>6</sup>. No es una cuestión puramente de título formal, sino de que para que un poder surta efectos en el ámbito del art. 1280.5 CC y sea inscribible es necesario garantizar su autría, identidad, capacidad y legitimación del firmante, cabal comprensión y consentimiento informado previo asesoramiento y esos aspectos están atribuidos a la competencia exclusiva del funcionario competente (el notario) y nunca estarán justificados en el documento privado.

Es más, la inscripción de los empresarios individuales (salvo el naviero) es potestativa (art. 19). Nunca es constitutiva. El empresario o el poder que otorga existen antes de que se les dé publicidad en el Registro. Si no se inscriben siguen existiendo y produciendo efectos, pero no se benefician de algunas ventajas de la inscripción (las Resoluciones de la DGRN o la sentencia del TS no dejan lugar a duda). Por el contrario, por mucho que esté inscrito el poder y no conste su revocación, si el apoderado no exhibe la copia autorizada por notario no podrá actuar; si la exhibe, pero en la copia consta una nota de revocación con media firma del notario, tampoco será aceptado el poder. Nada importará que esté inscrito o no.

---

dice que *«para emitir ese juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación»*.

<sup>5</sup> Art. 17 bis LN.

<sup>6</sup> Exigencia formal refrendada en el art. 5 RRM. Como excepción no derivada de la Ley (215 LSC), sino de una norma reglamentaria (art. 142 RRM), se cita la inscripción del nombramiento de administradores, que, además de mediante escritura pública, solo a veces puede hacerse con certificación con firmas legitimadas notarialmente, testimonio notarial del acta o copia autorizada del acta notarial. Nótese que en todos los supuestos existe intervención notarial y que esta excepción nunca alcanza al poder. De hecho, estudios ulteriores deberían analizar si lo más coherente no sería la derogación o supresión del pfo. 1 del art. 142 RRM. En todo caso, en ningún momento exceptúa de la necesidad de documento público para la inscripción del poder.

La realidad se impone. El mundo tabular, que respetamos, tiene sus propios efectos y reglas, pero no puede sustituirse la realidad por su mera publicidad acertada o errónea.

Tanto es así que incluso en los casos en que se pretende que la inscripción es constitutiva<sup>7</sup>, como en las sociedades anónimas o limitadas, resulta que ambas existen y actúan antes de la inscripción<sup>8</sup> y pueden todavía operar para ciertos actos después de su disolución y liquidación cuyos asientos registrales son puramente formales<sup>9</sup>.

Los administradores nombrados pueden ejercer sus cargos antes de la inscripción<sup>10</sup>.

Si el empresario no inscrito precisa relacionarse con la Administración, naturalmente que podrá dar poderes.

Podríamos seguir. El art. 20 nos recuerda que el Registro solo proporciona una mera presunción de exactitud y validez, ni más ni menos que una presunción, que no es poco, pero que no es más que eso. Por eso el notario puede rechazar un poder inscrito y aceptar uno pendiente de inscripción.

**Es más, como «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes» (vd. mismo art. 20 CdeC y 7 RRM), no es que el juez o el notario puedan, sino que deberán rechazar un poder nulo cuando se pretenda utilizar un poder que no sea documento público para un acto que lo precise, que es casi siempre (al menos en actos de alguna relevancia).**

No decimos nada nuevo. De hecho, el artículo 22 nos recuerda que los únicos poderes a inscribir serían «los generales» (concepto al que quizá erróneamente se ha dado una interpretación demasiado extensiva). Todos los poderes especiales funcionan sin ninguna inscripción: nunca se inscriben los de pleitos ni los conferidos para la realización de actos concretos (art. 87.1.2.º RRM). Cuando sí deban inscribirse deberán constar en escritura pública (art. 94.1.5.º y 95 RRM).

Recordemos el ejemplo anterior. Imaginemos que una entidad financiera decide no inscribir ningún poder. Comparece el apoderado con su copia auténtica ante notario. El notario verá que no está inscrito. ¿Puede rechazar la actuación del apoderado? No. Lo que debe es comprobar la regularidad formal y material de su poder. Deberá comprobar que quien se lo ha dado (por ejemplo, el consejero

<sup>7</sup> La inscripción constitutiva de la hipoteca es, en rigor, un mito. El TS ha aceptado como existentes hipotecas no inscritas en casos de controversia, cuando los compradores se habían subrogado mediante documento público.

<sup>8</sup> Arts. 36 y ss. LSC.

<sup>9</sup> Vd. los actos de los artículos 398, 399 y 400 LSC, y la doctrina de las Resoluciones de la DGRN, hoy DGSJyFP, sobre las sociedades sin masa tras el concurso.

<sup>10</sup> Art. 214 LSC.

delegado u otro apoderado) podía conferirle esas facultades. Y si efectivamente es así admitirá el poder.

En tal caso, ¿por qué los notarios aconsejan inscribir? Porque esa labor de comprobar la regularidad formal y material consume tiempo y es más cómodo, menos laborioso, apoyarse en la presunción que se deriva del hecho de su inscripción. Como dijimos antes, una presunción, importante y cómoda, ¡qué duda cabe!, ni más ni menos. Pero la comodidad notarial no puede hacernos olvidar la legalidad vigente.

Pero es que ni siquiera hoy tiene importancia que se haya inscrito en el Registro, lo importante —en todo caso— sería lo que diga el BORME. La fecha en que un documento está inscrito tampoco produce efecto alguno frente a terceros, para ello nos dice el art. 21 que debemos esperar no ya a la publicación en el BORME, sino al transcurso de quince días desde dicha publicación.

Y es que las cosas no son lo que parecen, sino lo que son. Notarios y Registradores Mercantiles convencidos del gran valor de nuestro sistema de seguridad preventiva, pese a no ser constitutiva la inscripción, la hemos fomentado. Pero esa buena voluntad no nos debe llevar al engaño de confundir las consecuencias jurídicas.

Surgen paradojas y conflictos que los propios Registradores Mercantiles<sup>11</sup> no pueden ocultar. Así, paradojas como que la plena oponibilidad requiere la inserción del anuncio y del extracto en el BORME, pero sin que esa publicación sea suficientemente informativa. Conflictos como los del registro incompleto, los de defectuosa inscripción del título válido presentado o la discordancia entre inscripción y publicación.

**Un poder deberá ser aceptado por el juez o el notario, aunque no esté inscrito, si verifica su regularidad formal y material. Un poder deberá ser rechazado por el juez o por el notario, aunque esté inscrito, si es nulo o si no cumple la regularidad formal o material o le consta su revocación o insuficiencia para el acto que se pretende otorgar.**

Dejemos al margen supuestos patológicos.

---

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; «La eficacia de la publicidad material del apoderamiento inscrito en el registro mercantil. El apoderamiento electrónico (art. 41 Ley 14/2013)». En *La ley mercantil*, número 1, abril 2014, páginas 6 y ss., en concreto página 18 y nota 32. ISSN: 2341-4537. El autor es jurista de amplia formación con el que siempre he tenido un trato óptimo. El trabajo es interesante; por desgracia, gran parte de su interés decae, no ya porque defienda más las tesis propias del autor que las normalmente aceptadas, sino porque parte en sus críticas de supuestos anteriores a que la STS 13 de febrero de 2014 exija no solo la buena fe del tercero, sino también la buena fe del apoderado, para proteger a aquél. Sentencia no tenida en cuenta por el autor, que deja su argumentario obsoleto.

**La conclusión es evidente: si puede existir un principio de legitimación registral es porque la inscripción del Registro se basa en documentos públicos que ya (antes de su inscripción) «gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro» (art. 17 bis LN).**

En este sistema de seguridad jurídica preventiva que funciona, que resiste la comparación con cualquier otro, que me atrevería a decir que es de los mejores del mundo, basado en dos pilares (el documento público y su inscripción), respondiendo de ambos pilares profesionales altamente cualificados prestando su función pública, aparece el art. 41 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización referido a determinados poderes.

**La cuestión es si este art. 41, relativo a determinados apoderamientos electrónicos, es un precepto que surge de la nada, nacido por generación espontánea y que por sí solo pretende una revolución y disrupción de todo el sistema de seguridad jurídica preventiva español, derogando y desplazando todas las normas vigentes o, por el contrario, es un precepto totalmente coherente con el contexto y con una finalidad perfectamente alineada con dicho sistema, como es regular los apoderamientos electrónicos para relacionarse con las Administraciones Públicas.**

Personalmente, me gusta el sistema de seguridad jurídica preventiva y creo que es más eficiente que los demás<sup>12</sup>. Pero, aunque no me gustase, «la seguridad jurídica preventiva es un derecho de los ciudadanos que un Estado debe garantizar»<sup>13</sup>. Seguridad que se asienta en la fe pública<sup>14</sup>. No olvidemos el art. 228 LH: «*Los Registradores, en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, así como con los Órganos jurisdiccionales, las Administraciones públicas y los Notarios*». Deber de colaboración que entiendo recíproco.

También propugno el aprovechamiento de las nuevas tecnologías en nuestra función pública al servicio del ciudadano. Desde 2007<sup>15</sup> defendiendo el uso de la firma electrónica en aquellos casos en que considero que puede aportar ventajas.

Pero mis preferencias no pueden nublar la realidad. No es cuestión de gustos, sino de Derecho. Necesitamos interpretar desapasionadamente el art. 41, para lo cual es imprescindible entender algunos conceptos previos y antecedentes que nos permitirán enmarcarlo.

<sup>12</sup> El lector ya habrá deducido que me gusta nuestro sistema de seguridad preventiva y no me plantea problema la dualidad de funciones, sin desconocer la posibilidad de mejorar su eficiencia.

<sup>13</sup> MARÍN SÁNCHEZ, José Alberto; «El valor de la seguridad preventiva». En *Cinco Días* [en línea]. 7 abril 2014. [Fecha de última consulta: 8 mayo 2020]. Disponible en:

[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/04/07/economia/1396887078\\_303437.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2014/04/07/economia/1396887078_303437.html)

<sup>14</sup> El cambio de nombre de DGRN a Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública puede revelarse como un acierto.

<sup>15</sup> MICÓ GINER, Javier; *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. ISBN: 9788484568001.

#### IV. LA EVOLUCIÓN DE LA FIRMA Y LA TECNOLOGÍA

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al margen de prever el acceso telemático a los libros del Registro (acceso nunca implementado pese a que con mayor rotundidad lo exigió de nuevo la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, que la modifica), implanta el uso de la firma electrónica por parte de notarios y de los registradores. Su artículo 98 atribuyó exclusivamente a los notarios la competencia para formular el juicio de legitimación del que ya nos hemos ocupado. Destaca la Sección 8.<sup>a</sup>, titulada «Incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva». Los artículos 106 y siguientes desarrollan la atribución y uso de la firma electrónica por parte de notarios y registradores, la implantación obligatoria de sistemas telemáticos en los ámbitos notarial y registral y las materias conexas.

Estos artículos solo atendían al uso de la firma electrónica entre notarios y registradores. Pero el art. 115 introduce la innovación. El artículo 115 de la Ley 24/2001 añadió el nuevo artículo 17 bis a la Ley del Notariado:

*«Artículo 17 bis.*

**1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del Notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, ...**

**2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo.**

*En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:*

**a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.**

**b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes».<sup>1</sup>**

Basta leer el precepto para entender que la Ley se planteó, ni más ni menos:

- La redacción de instrumentos públicos notariales en soporte electrónico.
- El uso por el notario de su firma electrónica «avanzada» (hoy, reconocida) y por los otorgantes o intervinientes.
- El principio de **neutralidad tecnológica**, de suerte que sea cual sea el soporte el documento público goce de fe pública y de las presunciones de veracidad e integridad.
- Como es lógico, dado que quien autoriza los instrumentos públicos juzgando la identidad, capacidad y legitimación de los otorgantes es el notario, la norma ni menciona ni prevé la relación entre registradores y particulares mediante firma electrónica.

En aquellos años, pese al notable avance, la utilización de tal firma electrónica ante el notario todavía generaba suspicacias, por lo que se introdujo una transitoria de período indefinido (término cierto en que debe llegar, pero incierto cuándo), impidiendo la utilización de las nuevas tecnologías solo respecto de la matriz del documento notarial, pero admitiéndolo en sus copias:

*«Disposición transitoria undécima.*

*Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas.»*

Se admitieron desde entonces las copias electrónicas del documento notarial expedidas por notarios y su circulación para su puesta a disposición de la Administración, los jueces y los registradores, constituyendo un «caso de éxito» rotundo.

Pero pese a prever la matriz electrónica, la posibilidad de soporte electrónico en la relación notario-otorgantes o intervinientes, la ley la paralizó «hasta que los avances tecnológicos» la hicieran posible.

Los notarios hemos insistido recientemente en la conveniencia de considerar que esos avances ya se han producido, sin ignorar que el desarrollo de la norma y su implementación requiere prudencia y medida.

Lo que en ningún caso dice la norma es que esa relación de los particulares mediante firma electrónica proceda en otros ámbitos. Resulta sorprendente que el notariado no se haya atrevido, pese a disponer de norma de cobertura, a considerar que el período transitorio ha concluido y regular *motu proprio* la materia y

otros, que carecen de tal respaldo legislativo, hayan osado hacerlo sin que nadie conozca ni haya aprobado tal desarrollo.

**Frente a la claridad del art. 17 bis LN para establecer la posibilidad de que el notario admita en su actuación firmas electrónicas o, incluso, admita la matriz en soporte electrónico, no veo que la legislación haya previsto nada semejante para los registradores. Sencillamente, porque no se precisa para nada. Su función es dar publicidad de las inscripciones, normalmente basadas en documentos que ya son públicos.**

Pero es que, además, cuando no se precise documento público por no tratarse de un poder del ámbito del art. 1280 CC, hay un artículo en esta Ley 24/2011 que parece que pasa desapercibido, el art. 114, que dice:

*«Artículo 114. Constatación fehaciente de hechos relacionados con soportes informáticos.*

*1. Por el procedimiento que reglamentariamente se disponga, cuando un notario sea requerido para dejar constancia de cualquier hecho relacionado con un archivo informático, no será necesaria la transcripción de su contenido en el documento en soporte papel, ... El archivo informático así referenciado deberá quedar almacenado ... Las copias que se expidan del documento confeccionado podrán reproducir únicamente la parte escrita de la matriz, adjuntando una copia en soporte informático adecuado del archivo relacionado, amparada por la firma electrónica avanzada del notario.*

*2. Asimismo, a solicitud de los interesados, los notarios podrán almacenar en archivo informático las comunicaciones electrónicas recibidas, así como las que, a requerimiento de aquéllos, envíen a terceros. En todo caso, el notario actuante, dejará constancia en acta de tales hechos, consignando la fecha y hora en que hayan sucedido y expresando con claridad los extremos que quedan amparados bajo su fe. A estos exclusivos efectos, podrán los notarios admitir como requerimiento de parte la instancia suscrita con firma electrónica avanzada atribuida al requirente por un prestador de servicios de certificación acreditado mediante un certificado reconocido».<sup>2</sup>*

**Es decir, desde 2001 el notario puede recibir archivos informáticos, dejar constancia de los mismos y cumplir el requerimiento que con firma electrónica le haga el requirente de remisión del archivo a la Administración Pública o a donde indique. Decimos a la Administración porque determinados poderes para personarse ante la Administración no entran en el ámbito del art. 1280.5 CC y son esos poderes los que podrán tramitarse por esta vía.**

Y en ese sentido el **Real Decreto 45/2007, de 19 de enero**, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, modificando el **artículo 200 RN**, prevé que *«los notarios deberán dejar constancia en acta, a*



*solicitud de los interesados, tanto de las comunicaciones electrónicas recibidas de éstos como de las que, a requerimiento de los mismos, envíen los notarios a terceros», artículo perfectamente aplicable a un poder electrónico remitido por el notario a la Administración.*

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico se preocupa de dejar claramente fuera de su ámbito los servicios prestados por notarios y registradores, los cuales no pueden pretender que esta norma les dé cobertura alguna al decir expresamente su art. 5 que son «servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley», entre otros, «Los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas». El lector podría pensar que tal exclusión se refiere solo a la actuación de notarios y registradores, pero no de quienes se comunican con ellos. Nada más lejos de la realidad, el art. 23.4 nos aclara que la Ley «no será de aplicación ... a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones» y que «los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica».

Si algún documento exige por ley la forma documental pública y la intervención de notarios es el poder (excepcionalmente caben poderes para trámites administrativos menores de los que también nos ocuparemos).

Además, en su artículo 3.2, la norma nos recuerda que cualquier actuación respecto de derechos reales de inmuebles sitos en España se sujeta a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español<sup>16</sup>.

Esta Ley tiene importancia porque desde la óptica de un importante sector registral no era aplicable a los Registros. La DGRN resolvió, en cuanto a comunicaciones de la Administración, en sentido contrario. Pero me interesa destacarlo porque la clave de la Resolución no fue que el documento tenga o no un CSV, sino que el órgano que emite el documento, que es el autor del documento (en este caso la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria), emite su CSV. El CSV no convierte un documento en lo que no es ni cambia su autoría. La Agencia Tributaria, obviamente, no podría enviar al Registro un documento de particular y, con la excusa de que le añade un CSV, convertirlo en documento oficial<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> «2. En todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español.»

<sup>17</sup> En la Resolución DGSJFP de 6 de marzo de 2012 el registrador afirma que «la Ley 11/2007 no es de aplicación al ámbito del procedimiento y función registral ..., que debe encontrar su adecuado marco de aplicación en el ámbito de las relaciones de los ciudadanos con las Administracio-

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica define la firma electrónica en su artículo 3 distinguiendo la avanzada de la reconocida.

Apuntamos como mero detalle una curiosidad. Para obtener un certificado reconocido es necesaria la **identificación** de la persona física y esa identificación debe realizarse mediante **personación** del interesado. Como es lógico, esa situación restringiría mucho la expedición de firmas electrónicas reconocidas, pero esa personación se excluye, cuando **la solicitud se firma en presencia de notario y este legitima la firma**<sup>18</sup>. El sistema jurídico es un todo y pretende construir una estructura lógica. La función pública de identificación, juzgar la capacidad y la legitimación está encomendada al notario. Es lógico que la legislación ni se plantee usar ningún otro funcionario. Quedan solo al margen las actuaciones puramente administrativas.

Volviendo al tema esencial, entremos en el documento electrónico. Dice la ley que *«Se considera **documento electrónico** la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado»*<sup>19</sup>.

Por tanto, puede existir un documento electrónico (un soporte electrónico con información) y puede firmarse. Pero, una vez firmado, la propia norma aclara que **la firma electrónica no altera la naturaleza del documento electrónico**, pues dice:

*«Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable».*

Tenemos documento electrónico firmado electrónicamente. ¿Qué valor tiene? Los apartados siguientes nos lo aclaran:

«6. El documento electrónico será soporte de:

---

*nes Públicas, y las de estas entre sí, pero no con relación al Registro de la Propiedad, que no forma parte de la estructura de la Administración General del Estado, Autonómica o local...».* La DGSJFP admite la Administración remita sus documentos oficiales. Y, por supuesto, puede remitirlos sin estar de alta en ningún servicio interactivo. Una idea debe quedar clara: si el autor del documento es la Administración podrá remitirlo con su CSV porque es documento oficial. El uso de un sistema u otro no cambia el autor ni la naturaleza del documento.

<sup>18</sup> Vid. artículo 13 LFE: *«Artículo 13. Comprobación de la identidad y otras circunstancias personales de los solicitantes de un certificado reconocido.*

*1. La identificación de la persona física que solicite un certificado reconocido exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en derecho. Podrá prescindirse de la personación si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial...».*

<sup>19</sup> Art. 3.6 LFE.

a) **Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.**

b) **Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.**

c) **Documentos privados.**

7. *Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable».*

Si ahora unimos esta explicación al apartado 4 («4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel»), tenemos una visión clara.

Hay documentos públicos, documentos oficiales y documentos privados, en soporte papel o en soporte telemático. Por mucho que un particular o una empresa firme un documento con firma electrónica reconocida (y, atención, **ni siquiera para este nimio efecto que le reconocemos a ese documento vale cualquier firma, debe ser la reconocida**), ese documento tendrá el mismo valor que la firma manuscrita, ni más ni menos. Será un documento privado. Por tanto, no puede firmarse «un poder» mediante firma electrónica mientras no sea el funcionario que tiene atribuida legalmente la facultad de dar fe pública (identidad, capacidad, legitimación, etc.) quien lo autorice poniendo su firma. **Solo son documentos públicos electrónicos los firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.**

El requisito es doble: (1) que lo firme el funcionario que puede dar fe y (2) que actúe en el ámbito de su competencia y con los requisitos legales. Por tanto, no son requisitos intercambiables. Ni el notario podrá firmar electrónicamente una sentencia, ni un funcionario administrativo con fe pública administrativa autorizar un poder ni firmar una sentencia. No digamos ya nada de quienes ni siquiera tienen fe pública en estos campos de juicio de identidad y capacidad y legitimación atribuidos en el ámbito extrajudicial como competencia exclusiva notarial.

Además, no se olvide el **peculiar sistema de revocación de la firma electrónica** que aparece en el art. 8.3: «La extinción de la vigencia de un certificado electrónico surtirá efectos frente a terceros, en los supuestos de expiración de su período de validez, desde que se produzca esta circunstancia y, en los demás

*casos, desde que la indicación de dicha extinción se incluya en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados del prestador de servicios de certificación». La firma electrónica no se extingue cuando se extingue (permítannos la expresión), sino cuando se incluye esa extinción en el servicio de consulta por el prestador de servicios de certificación, lo cual puede suponer una demora y un mal uso durante un intervalo que puede ser importante.*

## V. LOS PRECEDENTES PERMITEN ENTENDER EL ART. 41 DE LA LEY DE EMPRENDEDORES. SU INTERPRETACIÓN

Queda claro que el poder exige documento público para todos los actos del art. 1280.5 CC. El funcionario que expide el documento público en el ámbito extrajudicial es el notario. La firma electrónica (que debería ser «reconocida») en un soporte electrónico sigue siendo una firma manuscrita. Solo si el notario firma electrónicamente en el ámbito de su competencia, se dispondrá de un documento público electrónico. Un sistema coherente desde 2001 y con la única pendencia de considerar que los avances tecnológicos son suficientes.

Llega así el art. 41 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización:

*«Artículo 41. Apoderamientos electrónicos.*

*Los apoderamientos y sus revocaciones, otorgados por administradores o apoderados de sociedades mercantiles o por emprendedores de responsabilidad limitada podrán también ser conferidos en documento electrónico, siempre que el documento de apoderamiento sea suscrito con la firma electrónica reconocida del poderdante. Dicho documento podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda».*<sup>4</sup>

Al interpretar las normas debemos tener en cuenta diversos criterios<sup>20</sup> y revisar los argumentos apuntados por la doctrina<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Vid. art. 3.1 CC.

<sup>21</sup> Cito algunos: FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; *op. cit.*; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel; «Comentario al art. 41 de la Ley de emprendedores»— En [www.notariosyregistradores.org](http://www.notariosyregistradores.org) [en línea]. 2 de octubre de 2013. [Fecha de consulta: 25 abril 2020]. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-apoderamiento-privado-electronico-antolin.htm>; SOLÍS VILLA, Ignacio; «Los apoderamientos electrónicos en la Ley de emprendedores». En *El notario del Siglo XXI* [en línea], número 51, septiembre-octubre 2013. [Fecha de consulta: 25 abril 2020]. Disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-51/ley-de-apoyo-a-los-emprendedores/3518-los-apoderamientos-electronicos-de-la-ley-de-emprendedores>; MORATALLA ESCUDERO, José Ramón; «Los apoderamientos electrónicos y los riesgos de su uso en la seguridad jurídica registral». En [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com) [en línea], sección Tribuna, Lefebvre. 25 de marzo de 2014. [Fecha de consulta: 25 abril 2020] Disponible en: <https://elderecho.com/los-apoderamientos-electronicos-y-los-riesgos-de-su-uso-en-la-seguridad-juridica-registral>; y un estudio que todavía aparece publicado en la web de ARBO, [www.arbo.org](http://www.arbo.org): «Argumentario jurídico sobre el artículo 41

## 1. La finalidad y espíritu de la norma

Teleológicamente nunca jamás ha defendido nadie que tal ley destinada al «apoyo de los emprendedores y su internacionalización» o precepto alguno de la misma se dirija a algo tan trascendente como el concepto de documento público. Ni se modifica el CC ni la Ley de servicios de la sociedad de información ni la Ley de firma electrónica. ¿Se nos escapa algo? ¿Pretendía dicha norma alterar todo el sistema de fe pública? Basta leer su preámbulo para entender claramente esa no era su pretensión en absoluto: *«El Título IV —“Apoyo al crecimiento y desarrollo de los proyectos empresariales”— se dedica a medidas para fomentar el crecimiento empresarial»*<sup>22</sup>.

Ni una mísera mención a un supuesto intento de generar una disrupción en el ámbito de la fe pública. De haberse pretendido, algo se habría dicho.

Por no decir de la escasa consideración que se tendrían a sí mismos registradores y notarios si admitiesen estar englobados en el concepto de «carga administrativa».

## 2. El contexto

Como hemos explicado, el art. 41 no aparece en un mundo sin ley. Surge en un sistema jurídico desarrollado basado en la seguridad jurídica preventiva, donde el soporte es el documento público que, precisamente, por gozar de fe pública, permite que su inscripción produzca efectos en beneficio del tráfico.

También surge en un sistema que ya ha definido los efectos de la firma electrónica. Caben documentos públicos (judicial, notarial o administrativo, cada uno en el ámbito de sus competencias), documentos oficiales (expedidos por funcionarios) y documentos privados. Si no interviene notario no es documento público extrajudicial y el documento firmado electrónicamente no surte tales efectos. Por eso, el art. 17 bis LN sí tiene previsto que sea posible un documento público electrónico, firmado por notario y, en su caso, por otorgantes e intervinientes. Sin función pública, sin actuación del funcionario, no hay documento público alguno.

## 3. Los antecedentes históricos

Curiosamente, la existencia de antecedentes legislativos es usada por algunos para afirmar que, puesto que existían, si se interpretase que el art. 41 es solo para los poderes cuyo objeto son las relaciones con la Administración, la norma nada

---

de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización» [en línea]. [Fecha de consulta: 25 abril 2020]. Disponible en: <http://www.arbo.org.es/pdf/pdf00002.pdf>.

<sup>22</sup> Léase la explicación del contenido del capítulo I en el preámbulo de la norma.

innovaría y carecería de sentido, como si toda norma debiera ser necesariamente disruptiva.

No vamos a negar, sino a afirmar (por todo lo contrario, porque creemos que explican perfectamente que el art. 41 se refiere a los poderes para las relaciones con la Administración), que existían algunos antecedentes. Precisamente, el art. 41 no sería más que un desarrollo de normas administrativas ya existentes y sí produciría un efecto: su generalización.

— El art. 45.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común (hoy derogada) ya señalaba que estas impulsarán los medios telemáticos, para el ejercicio de sus competencias, pero con las limitaciones de la Constitución y las Leyes.

— El art. 96.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, señala que los ciudadanos pueden relacionarse con la Administración Tributaria por medios telemáticos. La representación se acredita (art. 46.2) por cualquier medio válido admitido en Derecho.

— Se desarrolla en el art. 111 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria. Los medios esenciales de representación sin personación física son cualquiera de estos: acreditar que la existencia del cargo consta inscrita y vigente en un registro público (para lo que se exige titulación pública); documento público o documento privado con firma legitimada notarialmente; documento normalizado; o documento emitido electrónicamente con los requisitos que establezca la Administración tributaria.

— La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, solo exige firma electrónica (sea la del DNI u otros sistemas). La gran dificultad de esta materia se aprecia en la discusión que se suscitó sobre esta norma y sus consecuencias.

— La Orden HAP/1637/2012, de 5 de julio, regula el Registro Electrónico de Apoderamientos. Y afirma que «la representación que se inscriba en el Registro solo será válida para los trámites y actuaciones por medios electrónicos».

— La Orden ESS/486/2013, de 26 de marzo, regula el Registro electrónico de apoderamientos de la Seguridad Social. Admite el poder otorgado por vía telemática, pero solo a través del servicio habilitado en la sede electrónica de la Seguridad Social.

En este punto surge la discusión doctrinal:



— Para unos, como todas esas posibilidades ya existían, «la norma nada innovaría ... no entrañaría ninguna simplificación ni mejora del entorno empresarial»<sup>23</sup>. Por tanto, parece que es el argumento, debe referirse a todos los demás poderes.

— Para otros, a mi juicio con mucho mejor criterio, «el art. 41 vendría a reafirmar con carácter general la posibilidad de otorgar apoderamientos eficaces frente a cualquiera de las Administraciones Públicas (estatal, autonómicas o locales) con la firma electrónica reconocida ... ampliando a cualquiera de estos registros administrativos la posibilidad de hacer constar del mismo modo las revocaciones de dichos poderes»<sup>24</sup>. En el mismo sentido: «Con este precepto (artículo 41 LE) se le pretende sacar el jugo, ampliándolo a cualquier Administración, facilitando las relaciones de éstas de los administrados (y este es el punto de ampliación del artículo 41 LE, que no puede de considerarse redundante con la legislación vigente, como se ha apuntado por algunos autores»<sup>25</sup>.

Los autores, cuando interpretan normas, arriesgan. Pero nosotros tenemos una ventaja. Podemos saber quién tenía razón. Si la primera postura tenía razón, como la innovación era la misma norma, ya no se precisaban normas ulteriores. Si el acierto lo tuviese la segunda postura, esa generalización debería tener continuidad en normas posteriores.

Por tanto, hoy sabemos que tenían razón quienes se referían a que se trataba de poderes para relacionarse con la Administración. Al poco tiempo de la Ley 14/2013 sí apareció una norma, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (cuyo artículo 6 regula los Registros electrónicos de apoderamiento). Esta norma hace precisamente lo vaticinado por los autores de la segunda postura. Su disposición adicional segunda, conforme a lo profetizado por los defensores de la limitación del art. 41 a los poderes administrativos, se refiere solo a ellos y prevé la «Adhesión de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales a las plataformas y registros de la Administración General del Estado». Queda demostrado que la innovación que buscaba la Ley 14/2013 era generalizar el sistema a todas las Administraciones Públicas, en lugar de ser aplicado solo en la estatal, como sucedía antes de la misma.

Como nos dice el art. 6 citado, los poderes se otorgan en cualquiera de estas modalidades: «*apud acta, presencial o electrónicamente*». Se inscriben en el Registro electrónico de apoderamientos (el general de la Administración General del Estado o los particulares de otras administraciones). Y es ese Registro el que puede comprobar mediante la consulta a otros registros administrativos similares, al registro mercantil, de la propiedad y a los protocolos notariales la representa-

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; obra cit., pág. 22.

<sup>24</sup> *Vid.* el argumentario publicado en ARBO; [www.arbo.org](http://www.arbo.org): «Argumentario jurídico sobre el artículo 41 de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización» [en línea]. Página 6 [fecha de consulta: 25 abril 2020]. Disponible en: <http://www.arbo.org.es/pdf/pdf00002.pdf>.

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel; obra cit., pág. 5.



ción. Nótese que no se está planteando que sea un poder otorgado ante el Registro Mercantil ni ante el Registro de la Propiedad. Por el contrario, el poder se otorga *apud acta*, de forma presencial o electrónica ante la Administración, que es quien efectúa las consultas que desee. La norma deja claro dónde se inscriben los poderes administrativos: «... en los registros electrónicos generales y particulares ...». Estos poderes no necesitan inscribirse en ningún Registro Mercantil. Son poderes especiales, no generales. Además, la validez de esos poderes es por cinco años desde la fecha de registro. ¿Dónde? En el Registro de apoderamientos electrónicos de la Administración.

Las referencias a Registros de la Propiedad y Mercantiles lo son solo a efectos de interoperabilidad, para poder consultar lo que se desee. Por ejemplo, si es un administrador quien ha dado el poder, el protocolo notarial de su nombramiento o su inscripción registral.

#### 4. Los antecedentes legislativos

Centrándonos en la propia norma, a la redacción del art. 41 se presentaron ciertamente enmiendas. Enmiendas dirigidas a aclarar más el precepto, evitando las dudas objeto de este artículo. Las presentaron el Grupo Socialista, PNV, CiU y Entesa.

Quienes defienden que el poder electrónico del art. 41 no se limita al ámbito de las Administraciones Públicas encuentran en el mero hecho negativo de su no aprobación un argumento para su tesis. La tesis sería: si se rechazó la enmienda es que era contraria a la norma.

Quienes defienden lo contrario señalan que el rechazo de una enmienda aclaratoria no implica que no sea correcta su interpretación, sino que puede deducirse del resto del ordenamiento jurídico y se rechaza por su carácter redundante o superfluo. La tesis es: el rechazo de las enmiendas se debió a su carácter redundante o innecesario, porque el ámbito del poder venía ya restringido por el resto del ordenamiento jurídico. Si los preámbulos no tienen valor normativo, hasta el punto que algunos propugnan su supresión, fundamentar la interpretación en textos alternativos no aprobados ni publicados con la norma no es una solución razonable.

En todo caso, este es solo uno de los argumentos interpretativos posibles. Podemos afirmar que esta argumentación dista de ser decisiva. Interpretar la norma aisladamente y por todo lo que no dice no suele funcionar bien en Derecho. Ninguna norma registral ni notarial dice que los otorgantes son iguales ante registradores y notarios, porque lo dice otra norma (art. 14 CE).

En realidad, es la vieja polémica sobre interpretación objetiva o subjetiva de las normas. Predomina la tendencia objetiva, por lo que el recurso a materiales

prelegislativos no es abundante ni decisivo. Y, por el contrario, sí se acude a la interpretación que de la propia norma resulta de otras posteriores. Para quienes defendían la tesis del art. 41 aplicable a todo tipo de poderes, esa sería la única innovación posible del precepto. Para quienes afirman que se refiere a los apoderamientos ante la Administración, la innovación era generalizar el sistema a todas las Administraciones Públicas. Y, precisamente, como hemos demostrado, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, nos demuestra que el legislador lo que pretendía era ampliar el sistema al conjunto de las Administraciones Públicas.

Por lo demás, no dejaría de ser curioso que la Administración regida por un Gobierno de coalición, en el que se encuentra uno de los Grupos que propuso enmiendas de aclaración en el sentido de que el poder del art. 41 se refiere solo a los poderes electrónicos destinados a los registros de apoderamientos de las Administraciones Públicas, bendijese un desarrollo contrario a su interpretación.

## **5. La interpretación sistemática de la Ley 14/2013**

Analizada ya la finalidad de la norma, detengámonos en su ubicación sistemática. Se encuentra en el Título IV, titulado «*apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales*». Su capítulo primero se dedica a la «*simplificación de cargas administrativas*». Se preocupa de revisar el clima de negocios (art. 36), simplificar cargas administrativas (art. 37), reducir cargas estadísticas (art. 38), prevención de riesgos laborales de las PYMES (art. 39) y libros de visitas electrónico (art. 40) y en ese contexto se incardinan apoderamientos electrónicos (art. 41) que no pueden ser sino administrativos por pura coherencia con la finalidad de la norma y la ubicación del precepto. Con tal ubicación es impensable que pretenda modificar el concepto de documento público.

## **6. La interpretación literal de la norma**

En la interpretación literal se discute el sentido de la palabra «también».

Para unos significa que, frente al poder mediante documento público inscrito en el Registro Mercantil, se admite ahora un poder en documento privado (pero curiosamente) a inscribir en el Mercantil.

Para otros, la expresión «también» implica que no se trata de modificar el régimen vigente, sino de añadir una forma más en el ámbito de la norma (poderes para la Administración Pública) y generalizarla.

El argumento de los primeros es endeble. Desde luego, el «también» como forma alternativa nunca permitiría defender la tesis de que solo se prescinde del

documento público, pero no de su inscripción. Se prescindiría de todo para todos los casos, según tal tesis que no podemos sino rechazar.

Se discute cuál es el «Registro que corresponda».

Para unos, no se usa la expresión «Registro Mercantil» porque también podría ser «Registro de Cooperativas».

Para otros, es evidente que no puede referirse sino al «Registro administrativo» que corresponda, que serán los que existan o los que se puedan crear en el futuro al cumplir la finalidad de la Ley, generalizando a todas las Administraciones los registros electrónicos de apoderamientos.

Las expresiones dirigidas al Registro Mercantil y a actividades registrales propias del Registro Mercantil y del Registro de la propiedad («registrador» o «registral») aparecen unas 56 veces en la norma. Pretender que la omisión de la expresión «Mercantil» se justifica para no añadir «o de Cooperativas» (palabra que aparece cinco veces en el texto) parece un argumento de gran endeblez.

Se discute la ausencia de la expresión «dirigidos a las Administraciones Públicas». De nuevo, estamos en la valoración de un hecho negativo y resulta un sistema de argumentación endeble. No todo lo que la ley no dice está permitido.

No siendo concluyentes ninguno de los argumentos anteriores (aunque a nuestro juicio unos son más acertados que otros), creemos que el argumento literal relativo a la expresión de que el «*documento podrá ser remitido directamente por medios electrónicos al Registro que corresponda*» y no «podrá ser presentado en el Registro Mercantil para su inscripción», confirma la tesis de que el destinatario de tales poderes es el Registro de Apoderamiento Electrónico que corresponda. Los documentos no se «remiten» al Registro Mercantil, se presentan.

Nótese pues que esos poderes donde se remiten no es al Registro Mercantil, como algunos nos quieren hacer creer, sino al Registro administrativo que corresponda.

## 7. Otros argumentos menores

Son los clásicos argumentos poco definitivos. Por ejemplo, donde la ley no distingue, no puede el intérprete distinguir; pero es que la Ley distingue claramente y tiene su ámbito. O que la ley sería especial y posterior y derogarí el art. 1280.5 CC; pero en realidad vemos que no existe mención alguna de derogación de tal artículo ni referencia a un intento de modificar todo el régimen de documentación pública e inscripción; o argumentos que más bien refuerzan la posición que considera que el art. 41 y el 1280.5 CC tienen distinto ámbito y por eso aquél no puede derogar este.

## **8. El argumento de la intrascendencia del poder y su carácter unilateral**

Se ha dicho que como el poder es «un acto puramente unilateral y puramente estandarizado donde la intervención de un delegado del Estado, no se justifica porque no es un acto que tenga trascendencia social, que tenga interés general»<sup>26</sup>. Al margen de que un poder no es un acto, sino un negocio jurídico, considerar que el sistema de legitimación en el tráfico y la seguridad del documento en el que se basa no es trascendente resulta sorprendente. La misma argumentación conduciría a que tampoco sería trascendente la inscripción o no en los Registros porque es un problema privado. Es evidente que quienes esto dicen nunca han atendido a ningún empresario o administrador o apoderado preguntando qué facultades delegan y cuáles no; si imponen limitaciones cuantitativas, temporales o espaciales; si nombran uno o varios apoderados; si les facultan o no para sustituir el poder, para subapoderar o para obtener copias del mismo; cómo se revoca y qué sucede caso de un mal uso. Si la garantía de la autoría, veracidad, integridad del poder y del correcto consentimiento debidamente informado de quien lo otorga no es trascendente, no sabemos ya qué puede serlo. Con un poder se compromete el tráfico y el patrimonio de quien lo otorga. Un poder no es una carta privada, no es una broma, es algo muy serio. Naturalmente que es de interés general que podamos confiar en los poderes. Sin esa confianza que genera la intervención de un delegado del Estado dando fe, el tráfico se resentiría y se encarecerían los costes de transacción.

## **9. La Ley del blanqueo de capitales**

Entre las muchas obligaciones del funcionario público responsable de dar fe de los poderes se incluye la especial diligencia de investigar y constatar la «titularidad real». El apoderamiento es una de las formas más sencillas de ocultar a dicho titular real, usando testafierros o estructuras interpuestas. La función de los notarios españoles en esta materia ha sido reconocida por las Instituciones Internacionales. No podemos explicar aquí una actuación que, para ser eficaz, exige la natural discreción. Pero quienes conocen la realidad saben de qué hablamos. La facilidad del fraude y del blanqueo de capitales de admitirse poderes con mera firma electrónica privada debería alejar toda tentación por los riesgos de todo tipo que comporta para quienes las admitan.

## **10. El fraude fiscal**

La operativa propuesta por los Registradores Mercantiles facilitará el fraude fiscal mediante la elusión de los impuestos de Renta o Sociedades (las ganancias nunca aflorarán), autonómicos o municipales. En lugar de transmitir los activos subyacentes (incluso inmuebles), de estar aportados a una sociedad, bastará ceder

---

<sup>26</sup> GUILARTE, Vicente; en el video reseñado (nota a pie de página 2).

las claves de la firma del representante. Para no ayudar a estos fraudes no detallaremos el proceso a seguir.

### **11. La facilidad de falsificación. Negocios jurídicos firmados por muertos o con certificados caducados**

Los países que han hecho el experimento de sustituir en algún negocio el documento público por el documento privado han experimentado un incremento exponencial de las falsificaciones, falsificaciones que de inmediato contaminan los Registros en que se reflejan. Nada obstará a que se sigan utilizando las firmas electrónicas de personas muertas. Añadan a ello el peculiar sistema de revocación de los certificados digitales que no se produce cuando el titular revoca el certificado, sino cuando el prestador de servicios de la información publica la revocación. En el intervalo se podrá seguir realizando negocios sin consentimiento del titular de la firma si se conocen sus claves.

### **12. El argumento «contra monopolio»**

Se ha dicho que el art. 41 vendría a acabar con el «monopolio de la documentación pública para el acceso al registro»<sup>27</sup>, cuestionando que la intervención de un delegado del Estado sea necesaria. La argumentación de una supuesta pretensión de la norma de «acabar con el monopolio del documento público para el acceso al Registro», cuando procede de personas que ignoran que registradores y notarios ejercen una función pública por delegación del Estado, muestra una ignorancia de la diferencia entre las reglas del mercado en libre competencia y el ejercicio de una potestad del Estado por delegación. Cuando ese argumento se utiliza por alguien que ejerce otra función del Estado —la de publicidad del contenido de un Registro público—, con exactamente el mismo régimen (supuestamente —de admitirse el argumento—) «monopolístico», causa perplejidad al comparar la libre competencia entre notarios en el ejercicio de su función y el derecho de elección del consumidor entre los notarios frente al «monopolio territorial» con prohibición de la libre elección del registrador. No entramos en el debate sobre la procedencia o no de la libre elección de registrador, solo destacamos la incongruencia de solicitar el fin de un supuesto «monopolio» de una función pública que se ejerce en régimen de competencia y con derecho de libre elección, por quien ejerce otro supuesto «monopolio» de otra función pública en régimen de «monopolio territorial sin libre elección».

En la función pública no hay monopolio, hay cumplimiento de una delegación del Estado.

<sup>27</sup> GUILARTE, Vicente, en el video reseñado (nota a pie de página 2).

### **13. El principio de equivalencia funcional, la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y las calificaciones de los Registradores de la Propiedad. La imposibilidad de una ignorancia general de las normas**

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, consagra la obligación de notarios y registradores de comprobar que los documentos extranjeros tienen «*al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas*». Tal equivalencia se traduce en materia de poderes en la doctrina sentada por las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública (de 14 de septiembre de 2016, 17 de abril de 2017 y 7 de septiembre de 2018) que se sintetiza en: «*Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga* (vid. en el mismo sentido el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—)».

De aceptarse la tesis de quienes defienden el ámbito ilimitado de los poderes privados del art. 41, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (antes DGRN) y la totalidad de los Registradores de la Propiedad llevarían siete años dictando resoluciones y calificaciones, respectivamente, ilegales, mostrando una ignorancia inaudita, pues ante el poder extranjero (en lógico cumplimiento de las leyes) aquella y estos aplican el principio de equivalencia funcional exigiendo que el poder extranjero esté autorizado por funcionarios delegados por el Estado para dar fe pública, así como para garantizar los juicios de identidad y de capacidad, porque esos son los requisitos de la legislación española para la validez del poder español. Si el poder español no exigiese esos requisitos, se estaría haciendo mal en exigirlos a los extranjeros. *Ergo*, si se exigen, es porque el poder español los exige. Pretender que a la Dirección General y a los Registradores de la Propiedad les ha pasado desapercibida una revolución legislativa consistente en considerar que todo poder puede ahora constar en documento privado, califica por sí solo el argumentario en pro de esta tesis.

Si se aceptase la tesis de extender el ámbito del poder electrónico del art. 41 más allá del poder para relacionarse con las Administraciones Públicas, al exigir registradores de la Propiedad y la Dirección General de SJyFP a los poderes extranjeros la autorización por funcionario dotado de fe pública para considerarlos equivalentes al formalizado en España, estarían infringiendo la ley pues los poderes en España no precisarían (según ellos) la intervención de funcionario dotado de fe pública. El absurdo es de tal alcance que la argumentación decae por sí sola.

No podemos convertir ni a nuestra Dirección General ni a los Registradores de la Propiedad ni a los notarios que cumplen la Ley en el hazmerreír jurídico de Europa. Si se me permite la expresión, debemos abandonar las elucubraciones que nos alejan de la realidad, debemos abandonar «Matrix».

#### 14. La interpretación lógica: el proceso absurdo

Tampoco es posible admitir que el art. 41 sí exige la inscripción en el Registro Mercantil, siquiera sea para los poderes para relacionarse con la Administración.

La representación ante las Administraciones Públicas se realiza mediante personación ante la Administración, poder notarial o poder electrónico presentado directamente al Registro público de apoderamientos de esa Administración. Nunca, jamás, se ha exigido para esos poderes una previa inscripción en el Registro Mercantil porque son poderes para actos concretos (art. 94.1.5 RRM). El apoderamiento electrónico se remite directamente de forma telemática a la Administración Pública. Veremos después cómo se hace y qué se exige.

Intercalar en ese proceso el trámite y el coste de una inscripción registral iría contra el objetivo de la Ley 14/2013, pero —sobre todo— crearía un proceso ininteligible. Con razón se ha dicho que «la admisibilidad de presentar tales apoderamientos ... en los registros administrativos correspondientes es consecuencia de la propia forma de su otorgamiento, pues un documento electrónico es creado para ser remitido telemáticamente a su destinatario o, al menos, para que pueda ser accesible a un destinatario o, al menos, para que pueda ser accesible por otras personas (como sucede con los depositados en las Sedes Electrónicas de la Administración). No tiene sentido crear un documento dirigido a terceros y firmarlo electrónicamente para ser guardado en el propio sistema informático»<sup>28</sup>. Es decir, se rechaza que tenga sentido el circuito propuesto por quienes propugnan la interpretación extensiva del art. 41 (redactar un documento privado; remitirlo al Registro Mercantil; practicar algún asiento indeterminado en el Registro con —quizá— mero efecto de publicidad noticia; expedición por el Registro de un CSV no de ese documento, sino solo de que se recibió un documento privado y algún asiento se practicó; documento que archivará el poderdante; para que —por fin— lo remita electrónicamente a una Administración que nada tiene previsto ni habilitado al respecto y que además se verá forzada a comprobar ese CSV, todo frente a un sistema que desde el primer momento solo admite y exige que el poder se de en su propio registro electrónico administrativo de poderes ...). Una ley que simplifica cargas y procesos no puede crear procesos innecesarios.

<sup>28</sup> Vid. el argumentario publicado en ARBO (citado en nota 22). Página 7.



## 15. *Unintended consequences*: I. La certificación. La gratuidad de la publicidad formal

La supuesta innovación para evitar cargas pronto se reveló como una actuación encubridora de unos costes ocultos inasumibles.

Así, se dijo que «la acreditación del poder electrónico inscrito se hará mediante certificación en soporte papel o electrónica con aplicación de las reglas generales de la publicidad formal»<sup>29</sup>. Y, es más, se añadió: «Es indiscutible que la certificación es ... el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos»<sup>30</sup>. Se dice que la «certificación» es «documento público», pero nadie puede engañarse, pues como solo son documentos públicos los emitidos por los funcionarios en el ámbito de su competencia, esa certificación lo único que podría documentar es que existe un asiento donde consta apuntado un documento privado, sin intervención de ningún funcionario encomendado de dar fe pública de la generación del negocio que haya comprobado ni la identidad, ni la capacidad, ni la legitimación, ni el consentimiento informado. Lo único que certificará es que hay un «título» que no cumple los requisitos materiales ni formales para ser un poder por mucho que conste incorrectamente inscrito.

A partir de aquí se detectó que cada vez que se quisiese usar el poder se debería pedir una certificación, con el consiguiente coste totalmente inasumible, pues se incurriría en el mismo cada vez que se pretendiese usar el poder. No es necesario decir más.

Como la finalidad era evidente, se buscaron soluciones. Se citó el art. 221, 222, 227 y 248 LH y el art. 354 RH por analogía. Pero estos preceptos plantean cómo se debe solicitar cada vez la información cuando es continuada; su constancia en el Libro Diario; los plazos para juzgar el interés legítimo para obtenerla; los plazos para recurrir si se deniega, plazos para expedirla ... un sistema que se supone respeta la normativa de Protección de Datos, pero que demuestra que el control del interés legítimo es «imposible» o, si no lo es, es inútil para el tráfico. Una mera excusa para que la información no sea de acceso a quienes legítimamente tienen derecho a ella. Ninguno de esos preceptos plantea la solución que al final se dio: un CSV.

La paradoja es impresionante: desde 2001 (y, rotundamente, desde 2005) los notarios deberían tener acceso en línea a los libros registrales para conocer en tiempo real la situación de los mismos. Veinte años después se les sigue obligando por los Registros a utilizar el «fax» para solicitarla. Los Registros disponen de tres días hábiles para expedirla, ampliable a cinco días hábiles (4 en el art. 236 LH, 3 a 5 en el 354 LH). Se refiere siempre a la situación registral «vigente ... al cierre del Libro Diario del día anterior a la expedición de la presente nota» y se

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; *op. cit.* página 12.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; *op. cit.* página 8.

avisa que son datos «vigentes antes de la apertura del diario», por lo que cuando se recibe puede estar ya desfasada y obligaría —si es información continuada— a avisar durante un plazo ... Quienes no han facilitado en veinte años la información en tiempo real, por ser imposible según ellos, ahora la mantendrían permanentemente actualizada sin esfuerzo alguno. Por no entrar en que las certificaciones solo cubren un plazo máximo de 30 días y deben volver a pedirse a partir del día 20. No nos pronunciamos sobre si preferimos el sistema el acceso directo o sería suficiente información del Registro (con algunas mejoras evidentes).

Y ahora la consecuencia no pretendida. Para poder justificar que se ganaba algo se incluyó que el «CSV no entrañaba costes adicionales» (burdo intento si se piensa que se omite que siempre se genera un coste adicional de inscripción del todo punto innecesario). La consecuencia es inmediata.

Si la información registral de la situación de los poderes puede mantenerse actualizada en tiempo real y sin coste, ¿por qué el resto de información no tiene el mismo tratamiento? Usando las expresiones que no compartimos a efectos puramente argumentativos, ¿por qué el «monopolio» de la información de actos societarios que, una vez inscritos, se han publicado en el BORME? ¿Cuánto tiempo tardará esa gratuidad en extenderse, primero, al resto de la publicidad del Registro Mercantil y, después, a la del Registro de la Propiedad? Mantener esa actualización hasta ahora imposible conllevará gastos y menos ingresos al ser gratuita. ¿Cómo se compagina esa posición con la defensa numantina de que las Directivas de Sociedades no impidan «cobrar» los costes del servicio registral de información societaria?

Da la sensación de que a veces no se realiza el «análisis de consecuencias» y que, en un supuesto juego de faroles a ver quién es más osado, se está dispuesto (al menos en apariencia) a soportar un perjuicio.

Curiosa forma de garantizar la sostenibilidad del servicio.

## 16. *Unintended consequences*: II. La extraordinaria y reconocida endeblez del sistema. La responsabilidad civil del registrador mercantil

Cito literalmente porque, en otro caso, se diría que exagero:

«Si se inscribe un apoderamiento electrónico en virtud de suplantación de identidad y de utilización indebida de la clave privada que debió conservar el «dominus», el tercero registral está protegido por la fe pública ex art. 20 CCom a pesar de la discordancia entre registro y realidad jurídica extrarregistral y sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir quien infringe los deberes de custodia de la clave privada»<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis; *op. cit.* página 5.

A lo que no cabe sino apostillar «y del registrador que haya admitido una suplantación de personalidad, es decir, del Sr. Registrador» (responsabilidad que solo alcanzará a quienes se hayan creído la tesis minoritaria de admitir el art. 41 para cualquier poder).

Cuando en un documento público de poder hay una suplantación de personalidad lo primero que hacen los perjudicados es intentar demandar por responsabilidad civil al notario. Si se admite el poder electrónico sin notario del art. 41, el primero al que demandarán será al Registrador. Actualicen su seguro de responsabilidad civil, amplíen sus coberturas y prepárense a contestar demandas.

Se ha dicho, con razón, que la firma electrónica «nunca puede acreditar que en el momento de su empleo el firmante tenía plena capacidad, podía representar a la sociedad poderdante y conocía suficientemente el contenido de lo que firmaba ... Ni siquiera cabe acreditarse que quien hizo uso de la firma electrónica era su titular. ... Crece exponencialmente el riesgo de comisión de posibles usurpaciones. .... Cabe que emerja una situación de riesgo no prevista inicialmente y que afecte a la falta de capacidad o legitimación sobrevenida del poderdante y/o del apoderado .... Situación de debilidad por la carencia del asesoramiento notarial ... subcontratación, autocontratación, ... puedan alegar que no entendían el contenido del apoderamiento o incluso su idioma. ... Menoscabo de la seguridad jurídica registral»<sup>32</sup>.

Los ejemplos pueden ser numerosos.

Y no olvidemos, como dijimos supra, el peculiar sistema de revocación de la firma electrónica que aparece en el art. 8.3 LFE «*La extinción de la vigencia de un certificado electrónico surtirá efectos frente a terceros, en los supuestos de expiración de su período de validez, desde que se produzca esta circunstancia y, en los demás casos, desde que la indicación de dicha extinción se incluya en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados del prestador de servicios de certificación*». La firma electrónica no se extingue cuando se extingue (permítannos la expresión), sino cuando se incluye esa extinción en el servicio de consulta por el prestador de servicios de certificación, lo cual puede suponer una demora y un mal uso durante un intervalo que puede ser importante. Podrían acceder a los Registros Mercantiles documentos electrónicos firmados por difuntos, por apoderados con poderes revocados, por administradores cesados etc.

Y dejamos para mejor ocasión la ficción de llamar «tercero registral» respecto de la publicidad del Registro Mercantil a quien en realidad es «segundo» ...

---

<sup>32</sup> MORATALLA ESCUDERO, José Ramón; obra cit. [Fecha de consulta: 25 abril 2020.] Disponible en: <https://elderecho.com/los-apoderamientos-electronicos-y-los-riesgos-de-su-uso-en-la-seguridad-juridica-registral>.

### **17. *Unintended consequences* III. La innecesariedad de la calificación personal del registrador mercantil**

¿Cómo funciona la aplicación registral? Mediante la selección de casilleros con redacción predeterminada e inamovible. Como es lógico, aunque ya hemos detectado incongruencias entre los mismos, es impensable que el registrador mercantil califique negativamente textos que ellos mismos han publicitado en la *web*. No hará falta calificación. Si bien se piensa, esto hace que la calificación individual de cualquier registrador mercantil devenga superflua y sea sustituible con economía de tiempo y de costes por máquinas. La tecnología permite eso y mucho más.

De ahí resulta un corolario: si se puede prescindir de la calificación personal del registrador mercantil sustituyéndola por una aplicación informática en un tipo de documentos, ¿por qué no en todos? ¿Cuánto subsistirá su función concebida en esos términos?

### **18. La realidad social**

#### *18.1. El primer intento frustrado*

En 2013 ya intentó alguien convencer a alguna sociedad cotizada de que el artículo 41, relativo a poderes administrativos para remitir a los registros administrativos que correspondan, se refería a cualquier poder con cualquier facultad y que se remitiera al Registro Mercantil. Como las sociedades cotizadas tienen en sus Consejos o Secretarías a abogados del Estado, quienes se fían juristas con buen criterio, tal pretensión no prosperó. Ni siquiera hizo mella el dudoso argumento de que daba igual la posible ilegalidad, porque se inscribirían y quedarían bajo la salvaguarda de los Tribunales ... Ni a las sociedades ni a los abogados del Estado ni a los juristas les gustan los documentos nulos porque saben que la inscripción no los convalida.

Siete años después, prácticamente nadie ha «comprado» el argumentario y las hipotéticas bondades y gratuidad del sistema.

#### *18.2. El segundo intento*

En 2020, aprovechando la situación actual, se ha pretendido convertir esos poderes administrativos para el Registro administrativo en un invento al servicio de otros fines.

Ha aparecido publicidad, se han remitido cartas a diversos Colegios, etc.

### 18.3. *La cruda realidad*

Les ruego que abandonemos ese mundo de «Matrix» puramente teórico. En la realidad práctica, ¿quién tiene en una Sociedad Limitada hoy por hoy la firma electrónica? ¿Están dispuestos a responder de que siempre y sin duda quien utiliza la firma electrónica es su titular? Con lo que llegamos a necesitar que la ficción soporte el sistema, la ficción de que la firma electrónica es usada siempre por su titular. Como es evidente que puede hacerse un uso indebido, esa ficción no servirá para excluir la responsabilidad de quien admita documentos privados (en los que nadie controla nada) frente a documentos públicos en que se controla prácticamente todo (y donde si no se hiciera así, la responsabilidad no sería de quien los inscribiera, sino de quien los autorizara).

Y por eso, ya, en el mundo real, se han rechazado esos poderes.

## VI. CONCLUSIÓN PRELIMINAR

La conclusión es sencilla. La Administración puede (o no, como veremos) admitir poderes para temas concretos sin sujeción a forma (porque en ese caso no se aplica el art. 1.280 Cc). Normalmente son poderes para personarse en sus distintos trámites, gestiones, inspecciones, presentación de documentos, etc. Por el contrario, cualquier actuación que haya de perjudicar a tercero o se refiera a las materias del art. 1280.5 CC exige documento público. El funcionario competente para dar fe de los poderes en documento público es el notario.

Jueces, registradores mercantiles y notarios ni pueden ni deben, a mi juicio, admitir hoy por hoy poderes electrónicos para el ámbito del art. 1280.5 CC. Si hoy se considera necesario este sistema, ya disponemos del art. 17 bis de la LN, que permitiría seguir disponiendo de un documento público con todas sus garantías y, a la par, en soporte electrónico. No es casualidad que la implementación práctica de la matriz del documento público electrónico con intervención notarial se haya demorado ante la posibilidad de ataques tecnológicos y que, cuando se estudia su implementación, se haya acudido a la videoconferencia como garantía adicional.

La presencia física es un medio, no el fin. Pero sustituir un sistema bastante seguro y que funciona y está respaldado por una función del Estado (la fe pública), por otro sin ninguna garantía, no parece responsable.

Llegados aquí, si admitimos que un poder cuyo objeto sea solo relacionarse con la Administración Pública podría constar en documento privado, por lo que nos debemos plantear tres cuestiones. La primera, si el diseño de la aplicación del Registro Mercantil es correcto. La segunda, si tendría sentido inscribir tales poderes en el Registro Mercantil antes de su uso ante las Administraciones Públicas.

Y la tercera, qué se hace con la aplicación y si se busca una salida honorable a lo que apunta a ser un error con consecuencias no pretendidas.

## VII. ¿ES CORRECTO EL DISEÑO DE LA APLICACIÓN REGISTRADORES.ORG?

Desde la página *web* de *registradores.org*<sup>33</sup> se puede descargar un pdf<sup>34</sup> donde se supone que explican este artificio.

### *Requisitos:*

Entre los requisitos se exige estar dado de alta en los servicios interactivos del Colegio de registradores. Tal requisito no está previsto en norma alguna y sería (de admitirse el artificio) inadmisibile por no respetar la neutralidad tecnológica.

Solo se solicita firma electrónica. Pero ya hemos visto que hay firma avanzada y reconocida y que solo esta última suple a la firma manuscrita. Quizá debería aclararse que no sirve toda firma electrónica o, por el contrario, sea lógico que ni siquiera se concrete más el tipo de firma (total, para lo que va a servir).

### *Formularios:*

Los formularios están disponibles en línea<sup>35</sup>. Hasta su propio nombre habla de «instancias». Una instancia tiene el valor que tiene. Si vamos al que dicen «alta de poderes», se abre un pdf.

Lo primero discutible es el propio sistema de «formularios». ¿Por qué se restringe la libertad de formular la voluntad en los términos que se deseen a un casillero? ¿Qué norma autoriza al Registro Mercantil a impedir que se presente un texto con firma electrónica y con cualquier otro contenido? ¿Qué autoriza al Registro Mercantil a obligar a escribir sobre su página *web* y no a remitir el documento electrónico firmado?

La endeblez del sistema se aprecia enseguida. Tras decir que deben darse datos de identificación, prevé que el poder se otorgue porque exista un acuerdo.

<sup>33</sup> <https://www.registradores.org/>.

<sup>34</sup> [https://www.registradores.org/documents/33383/229101/Poderes\\_electronicos\\_registradores.pdf/11b0a6ea-4b7f-ed03-9e77-5ef1881c78f0?t=1587467326999](https://www.registradores.org/documents/33383/229101/Poderes_electronicos_registradores.pdf/11b0a6ea-4b7f-ed03-9e77-5ef1881c78f0?t=1587467326999).

<sup>35</sup> <https://www.registradores.org/instancias-de-presentacion/>.

*Veamos la pantalla:*

| EXPONE                                                                                                                       |                            |       |                      |             |                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|-------|----------------------|-------------|-----------------------|
| <b>PRIMERO.-</b> Que actúa en nombre y representación de la sociedad                                                         |                            |       |                      |             |                       |
| Denominación Social* <input type="text"/>                                                                                    |                            |       |                      |             |                       |
| NIF*                                                                                                                         | <input type="text"/>       | Tomo  | <input type="text"/> | Libro       | <input type="text"/>  |
|                                                                                                                              |                            |       |                      | Folio       | <input type="text"/>  |
|                                                                                                                              |                            |       |                      | Hoja        | <input type="text"/>  |
| <b>SEGUNDO.-</b> Que su legitimación deriva de su cargo de                                                                   |                            |       |                      |             |                       |
| Tipo*                                                                                                                        | <input type="text"/>       |       |                      |             |                       |
|                                                                                                                              | Otros <input type="text"/> |       |                      |             |                       |
| En virtud del acuerdo de                                                                                                     |                            |       |                      |             |                       |
| Tipo Acuerdo*                                                                                                                | <input type="text"/>       |       |                      |             | Fecha de celebración* |
|                                                                                                                              |                            |       |                      |             | <input type="text"/>  |
| Tomo                                                                                                                         | <input type="text"/>       | Libro | <input type="text"/> | Folio       | <input type="text"/>  |
|                                                                                                                              |                            |       |                      | Hoja        | <input type="text"/>  |
|                                                                                                                              |                            |       |                      | Inscripción | <input type="text"/>  |
| <b>TERCERO.-</b> Que la relación de apoderados y poderes otorgados quedan reflejados en el <b>ANEXO 1</b> de esta solicitud. |                            |       |                      |             |                       |

O el Registro Mercantil está pidiendo que se le informen de datos de nombramiento que ya constan en el mismo Registro Mercantil o prevé que quien firme un poder lo haga en virtud de acuerdo.

De ser este el caso, llama la atención que prevea el acuerdo de Junta. Como es bien sabido, los poderes los confiere el órgano de administración, no la Junta. Debería rechazarse el poder.

Y si se refiere a que, por ser órgano colegiado, precisa acuerdo del Consejo, debería incorporarse, con firma del secretario y visto bueno del presidente, cuyas firmas deberían estar legitimadas notarialmente, lo que será imposible. El anexo 2 parece prever su incorporación.

| ANEXO 2             |        |                      |
|---------------------|--------|----------------------|
| Documentos Adjuntos |        |                      |
| +                   | Número | Descripción          |
| -                   | 1      | <input type="text"/> |

¿De qué sirve unir un documento de acuerdo de Junta o Consejo sin firmas legitimadas? ¿Piensan aceptar así a partir de ahora los poderes?

*Apoderados:*

Parece que se puede poner varios apoderados, pero no indicar su forma de actuación, como no sea en el apartado «observaciones». Curiosa sistemática.

*Efectos:*

La publicidad nos dice:



*«¿Qué efectos produce? Los efectos del poder son exactamente los mismos que los del poder otorgado por otro procedimiento, acreditando las facultades del apoderado y la vigencia de las mismas por la legitimación —presunción de veracidad y validez— resultante de su inscripción en el Registro Mercantil».*

El juicio de «legitimación» es competencia exclusiva notarial en los documentos públicos de poder. Y juzgar la «legitimación» de un documento privado sin haber identificado a las partes, juzgado su capacidad, etc., no tiene sentido alguno. Es más, la presunción de veracidad y validez no se predica de la legitimación, sino solo de que al registro ha accedido un documento privado. El acceso al Registro Mercantil de un documento privado no tiene la virtud taumatúrgica de convertir en documento público lo que no es sino un documento privado que no goza de ninguna presunción de autoría, capacidad, legitimación, etc. Lo único «público» sería que se ha decidido (por las razones que sean) dejar constancia del mismo en el Registro, no de que el documento sea válido.

Como veremos (y ya ha pasado), me temo que cuando quien utilice este sistema pretenda usar el poder, se encontrará con rechazos de todo tipo, no siendo imposible que exija responsabilidades por publicidad engañosa. Al margen de que ya hemos dicho que el registro solo facilita una presunción y que un poder puede valer no estando inscrito y dejar de valer pese a estar inscrito, vamos a ver qué facultades se admiten.

*Facultades:*

| + Apoderados:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                               |                                                               |                                                                               |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|----------------------------------|--------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|----------------------------------|-----------------------------------|--------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------|------------------------------------|---------------------------------------|-----------------------------------------------|------------------------------------------------------------------|-------------------------------------|-----------------------------------------|-----------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|-----------------------------------------|-----------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|-------------------------------------------|------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|--|-----------------------------------------------|-----------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|
| Personalidad <input type="text"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Nombre* <input type="text"/>                  | Apellidos* <input type="text"/>                               |                                                                               |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| Tipo <input type="text"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Documento* <input type="text"/>               |                                                               |                                                                               |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| Duración del Cargo*: Indefinida <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                               | Período: Inicio <input type="text"/> Fin <input type="text"/> |                                                                               |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| <table border="0"> <tr> <td><input type="checkbox"/> <b>TODOS</b></td> <td><input type="checkbox"/> Poderes</td> <td><input type="checkbox"/> Facultad de Sustitución</td> <td><input type="checkbox"/> Transacciones Deudores Acreedores</td> </tr> <tr> <td><input type="checkbox"/> Seguros</td> <td><input type="checkbox"/> Tributos</td> <td><input type="checkbox"/> Operaciones Financieras</td> <td><input type="checkbox"/> Actuaciones ante fedatarios públicos</td> </tr> <tr> <td><input type="checkbox"/> Garantías</td> <td><input type="checkbox"/> Cobros Pagos</td> <td><input type="checkbox"/> Servicios Exteriores</td> <td><input type="checkbox"/> Representación ante Organismos Públicos</td> </tr> <tr> <td><input type="checkbox"/> Mercancías</td> <td><input type="checkbox"/> Arrendamientos</td> <td><input type="checkbox"/> Prestación Servicios</td> <td><input type="checkbox"/> Operaciones Arrendamiento Financiero Leasing Renting</td> </tr> <tr> <td><input type="checkbox"/> Depósitos</td> <td><input type="checkbox"/> Bienes Muebles</td> <td><input type="checkbox"/> Reconocimiento Deuda</td> <td><input type="checkbox"/> Certificado Electrónico Personas Jurídicas</td> </tr> <tr> <td><input type="checkbox"/> Litigios</td> <td><input type="checkbox"/> Bienes Inmuebles</td> <td><input type="checkbox"/> Participación en Sociedades</td> <td><input type="checkbox"/> Correspondencia Contabilidad</td> </tr> <tr> <td></td> <td><input type="checkbox"/> Relaciones Laborales</td> <td><input type="checkbox"/> Propiedad Industrial</td> <td><input type="checkbox"/> Participación en Subastas Concursos</td> </tr> </table> |                                               |                                                               |                                                                               | <input type="checkbox"/> <b>TODOS</b> | <input type="checkbox"/> Poderes | <input type="checkbox"/> Facultad de Sustitución | <input type="checkbox"/> Transacciones Deudores Acreedores | <input type="checkbox"/> Seguros | <input type="checkbox"/> Tributos | <input type="checkbox"/> Operaciones Financieras | <input type="checkbox"/> Actuaciones ante fedatarios públicos | <input type="checkbox"/> Garantías | <input type="checkbox"/> Cobros Pagos | <input type="checkbox"/> Servicios Exteriores | <input type="checkbox"/> Representación ante Organismos Públicos | <input type="checkbox"/> Mercancías | <input type="checkbox"/> Arrendamientos | <input type="checkbox"/> Prestación Servicios | <input type="checkbox"/> Operaciones Arrendamiento Financiero Leasing Renting | <input type="checkbox"/> Depósitos | <input type="checkbox"/> Bienes Muebles | <input type="checkbox"/> Reconocimiento Deuda | <input type="checkbox"/> Certificado Electrónico Personas Jurídicas | <input type="checkbox"/> Litigios | <input type="checkbox"/> Bienes Inmuebles | <input type="checkbox"/> Participación en Sociedades | <input type="checkbox"/> Correspondencia Contabilidad |  | <input type="checkbox"/> Relaciones Laborales | <input type="checkbox"/> Propiedad Industrial | <input type="checkbox"/> Participación en Subastas Concursos |
| <input type="checkbox"/> <b>TODOS</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <input type="checkbox"/> Poderes              | <input type="checkbox"/> Facultad de Sustitución              | <input type="checkbox"/> Transacciones Deudores Acreedores                    |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| <input type="checkbox"/> Seguros                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | <input type="checkbox"/> Tributos             | <input type="checkbox"/> Operaciones Financieras              | <input type="checkbox"/> Actuaciones ante fedatarios públicos                 |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| <input type="checkbox"/> Garantías                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <input type="checkbox"/> Cobros Pagos         | <input type="checkbox"/> Servicios Exteriores                 | <input type="checkbox"/> Representación ante Organismos Públicos              |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| <input type="checkbox"/> Mercancías                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | <input type="checkbox"/> Arrendamientos       | <input type="checkbox"/> Prestación Servicios                 | <input type="checkbox"/> Operaciones Arrendamiento Financiero Leasing Renting |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| <input type="checkbox"/> Depósitos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <input type="checkbox"/> Bienes Muebles       | <input type="checkbox"/> Reconocimiento Deuda                 | <input type="checkbox"/> Certificado Electrónico Personas Jurídicas           |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
| <input type="checkbox"/> Litigios                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <input type="checkbox"/> Bienes Inmuebles     | <input type="checkbox"/> Participación en Sociedades          | <input type="checkbox"/> Correspondencia Contabilidad                         |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | <input type="checkbox"/> Relaciones Laborales | <input type="checkbox"/> Propiedad Industrial                 | <input type="checkbox"/> Participación en Subastas Concursos                  |                                       |                                  |                                                  |                                                            |                                  |                                   |                                                  |                                                               |                                    |                                       |                                               |                                                                  |                                     |                                         |                                               |                                                                               |                                    |                                         |                                               |                                                                     |                                   |                                           |                                                      |                                                       |  |                                               |                                               |                                                              |

Y aquí lo sentimos, pero la publicidad engañosa o errónea es evidente.

¿Qué facultades se permiten dar? No me detengo en todas.

De todos ellos, señalo aquellas facultades que de nada servirán porque como deben ejercerse mediante comparecencia ante notario, este rechazará la pretensión de personarse con un papel documento privado con un CSV del Registro Mercantil que solo acreditará que este recibió un documento privado no se sabe de quién:

- Garantías (avales, las prendas o pignoraciones). Se formalizan ante notario.
- Operaciones financieras (póliza de préstamo, crédito, factoring, contraaval, etc.). Se formalizan ante notario.
- Arrendamientos financieros. Leasing. Renting. De nuevo, se formalizan mediante póliza.
- Participaciones en sociedades. La constitución de sociedades, la compra de participaciones sociales, el aumento de capital. ¿Adivinan ante quién se formaliza? Ante el notario. Incluso *lege ferenda* la Directiva prevé sistemas en línea que no implican necesariamente exclusión de la actuación notarial.
- Arrendamientos. Cuando se pretenda elevarlo a público ante notario tampoco servirá este poder.
- Transacciones. Normalmente, las transacciones se formalizan ante notario.

Destaco aquellas facultades que, además, parecen ir *contra legem*:

- Bienes inmuebles. ¿Ni siquiera se han leído la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información sobre su no aplicación a los inmuebles?
- Litigios. Ya hemos visto las únicas formas admisibles del poder para pleitos. Es evidente que quien prepara este casillero carece de la experiencia notarial en la materia. Hoy los poderes para pleitos ante notario se remiten a los Juzgados por el notariado por vía electrónica. Las facultades cambian según las circunstancias del caso. No conoce mucho quien cree que basta un aspa. Tampoco nos compete ilustrarle sobre cómo debería haberlo diseñado. En todo caso, vulnera el art. 24 LEC.
- Poderes. Infracción del 1280.5 CC.
- Facultad de sustitución. Para sustituir (parece que solo conocen la sustitución y no el subapoderamiento) se otorga un documento público notarial (1280.5 CC).

Y dejo para el final la facultad más indeterminada que he visto en tiempo, aquella que todos saben que no puede ser y además es imposible: «Actuaciones ante fedatarios públicos». No puedo sino felicitar la fina ironía de quien haya diseñado la plantilla porque siendo consciente de que nunca se admitirá por los notarios, los incluye (y no los llama por su nombre). Sin comentarios.

Ni el notario ni el juez admitirán poderes de este tipo en documento privado, le pongan uno o cien cuños de CSV posteriormente porque no son documento público electrónico.

Comparar esta cuadrícula con un proyecto de sistematización de facultades de los poderes que se hizo en el notariado es un ejercicio curioso.

Lo sentimos, pero desde luego este «apoderamiento» no va a surtir los mismos efectos que un poder en documento público.

Si el legislador cree que en este momento procede el documento público electrónico de poder, es tan sencillo como aplicar la última norma que lo admite: el art. 17 bis LN, que solo está sujeto a una pendencia tecnológica.

## **VIII. ¿CÓMO FUNCIONAN LOS PODERES ELECTRÓNICOS PARA RELACIONARSE CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS? ¿TENDRÍA SENTIDO INSCRIBIRLOS ANTES EN EL REGISTRO MERCANTIL? LAS *WEBS* REMITEN AL PODER NOTARIAL.**

En realidad, si como afirmamos, el Registro administrativo al que debe remitirse el poder electrónico es el que proceda según la actuación, no acabamos de ver la utilidad de su previa inscripción en el Registro Mercantil. Solo supone asumir un coste innecesario, máxime cuando comprobamos que las páginas *web* de la Administración remiten al documento notarial.

Si usted quiere dar un poder para la Administración, irá a Registro electrónico de apoderamientos.

[https://sede.administracion.gob.es/PAG\\_Sede/ServiciosElectronicos/RegistroElectronicoDeApoderamientos.html](https://sede.administracion.gob.es/PAG_Sede/ServiciosElectronicos/RegistroElectronicoDeApoderamientos.html)

Iremos a @apodera.

Podrá acceder con

Certificado digital o DNI electrónico

Cl@ve PIN

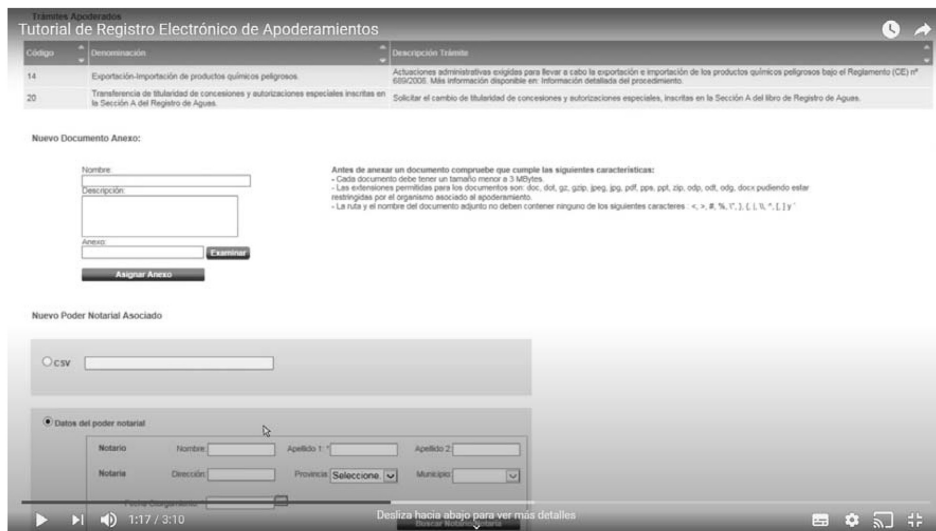
JAVIER MICÓ GINER

Cl@ve Permanente

En Internet tienen el tutorial.

<https://www.youtube.com/watch?v=BLhH-Aolr2E>

A partir del minuto 3, explica que se debe adjuntar el poder notarial, indicando notario y protocolo.



En la parte inferior de la pantalla se indica que se debe incorporar el poder indicando notario, fecha del otorgamiento, número de protocolo.

Por tanto, para los trámites administrativos ya tiene el acceso al Registro de apoderamientos, que lo único que le exige es que se justifique mediante documento público notarial que actúa en ejercicio de un poder notarial.

## IX. EL ARGUMENTO DEFINITIVO: LA LEY CONCURSAL DE 2020

En Derecho todo es opinable, pero al final solo puede quedar una opinión como correcta.

Ya dijimos que, a nuestro juicio, la Ley 39/2015 daba la razón a quienes señalaban que el art. 41 solo estaba generalizando el sistema de los registros de apoderamientos electrónicos de la Administración frente a los que pretendían la

derogación del art. 1280.5 CC. Pero el lector ya no tiene porqué fiarse de nuestro criterio. Le basta leer el BOE.

Estando ya en galeradas este texto aparece en el BOE de 7 de mayo de 2020 el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

El art. 6.2 nos dice: *«El poder en el que el deudor otorgue la representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia de cualquier oficina judicial y deberá ser especial para solicitar el concurso»*.

Y el art. 363.3 nos dice:

*«El apoderamiento deberá conferirse por comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia del juzgado o mediante escritura pública y se entenderá que las facultades representativas para asistir a la Junta comprenden las de intervenir en ella y votar cualquier clase de convenio»*.

**No aparece ni rastro de esa supuesta derogación del art. 1280.5 CC, ni se admite apoderamiento electrónico ante un órgano sin funciones en estas materias (el Registro Mercantil).** Decaen con esta norma todas las ficciones creadas. Ni el legislador quiso derogar nunca el art. 1280.5 CC ni ha «comprado» nunca el argumento de que cabe un poder del ámbito de dicho precepto mediante firma electrónica sin intervención de los funcionarios a los que les corresponde dar fe pública en el ámbito extrajudicial (notario) o judicial (letrado de la Administración de Justicia).

Puestos a defender tesis insostenibles, los autores de la teoría expansiva del ámbito del art. 41 de la Ley 14/2013 nos deberían decir ahora: que el art. 41 derogó el art. 1280.5 CC; y que el art. 6.2 de la Ley Concursal ha derogado el art. 41 ... o alguna elaboración igualmente alambicada. Lo que desde luego no podrán decir es que el legislador se ha olvidado de la Ley 14/2013, porque la cita hasta en tres ocasiones directamente<sup>36</sup>.

¿No es más fácil admitir el error? Es muchísimo más sencillo y coherente seguir la tesis de que el art. 41 nunca se ha referido a poderes distintos de los que se remiten electrónicamente a los registros administrativos de las Administraciones Públicas; nunca ha instaurado que quepa un poder mediante documento privado (eso es la firma electrónica) en el ámbito del art. 1280.5 CC; nunca se ha planteado un supuesto coste adicional de inscribir estos poderes «administrativos» en el Registro Mercantil; y, por ello, la Ley Concursal es coherente con el sistema (art. 1280.5 CC y 24 LEC) no admitiendo poderes en el ámbito en que se exige documento público que no se autoricen única y exclusivamente por los

<sup>36</sup> En el preámbulo, en la DD única. 2, letra j) y en el art. 578.

funcionarios competentes: los que dan fe pública de identidad, capacidad, legitimación ... Notarios y Letrados de la Administración de Justicia, cada uno en su área de competencia.

## X. ¿Y AHORA QUÉ? ¿CABE ALGUNA SALIDA HONORABLE?

No olvidemos que si el registro tiene valor es porque acceden documentos elaborados por notarios con un altísimo nivel técnico. Cuando el documento que accede no tiene valor pasará como dicen los informáticos: *«garbage in, garbage out»*.

Si la aplicación no sirve para la inmensa mayoría de las facultades que se indican; si la aplicación solo serviría para algunas facultades de relaciones con las Administraciones Públicas, pero es un paso nunca exigido y absolutamente prescindible, ¿qué hacemos con la aplicación?

Quiero creer que esto es más bien un lapsus, un error, quizá un inmenso error. Quiero creer que alguien, aprovechando una norma dictada para otros Registros administrativos quiso quizá forzar una ampliación de funciones, pero que nadie aprobó el uso concreto de los fondos de desarrollo informáticos y publicitarios, quizá una empresa subcontratada o empleados con un exceso de celo mal entendido han creado una aplicación bastante inútil.

Pero soy partidario de dar a todo el mundo una salida honorable, incluso cuando se equivocan o creen que menoscaban una función pública con una política de hechos consumados que ponga a la Administración y a sus propios compañeros en una situación incómoda. Si la única alternativa que se le da a quien está equivocado es una rectificación pública es probable que su orgullo se lo impida.

Por ello, se propugna por algunos que lo menos estruendoso sería rectificar la aplicación consignando como única facultad «relaciones con las Administraciones Públicas». El documento así inscrito, al ser mero documento privado, no gozaría de ninguna de las presunciones legales y su publicidad tampoco podría producir ninguno de los efectos legales. Sería un supuesto de mera «publicidad-noticia», sin función jurídica alguna.

No es mala solución, pero creo que tendrá detractores por ambas partes.

Para algunos dejará larvado el problema, aunque acotado y será un precedente en una mala dirección.

Para otros, la admisión de la publicidad-noticia degrada el Registro a medio plazo. Si no produce efectos jurídicos, ¿para qué va a encomendarse a operadores jurídicos? Por otro lado, deberá mantenerse la aplicación, su uso será residual, el coste de mantenerla operativa acabará superando a sus ingresos o beneficios.

Incómoda decisión. Pero no soy yo quien debe rendir cuenta del dinero empleado en un desarrollo erróneo y en su campaña publicitaria, ni quien debe exigirla.

Mi experiencia en mantener aplicaciones de uso residual me aconsejaría eliminarla, pero —insisto— afortunadamente no me corresponde asumir esas responsabilidades.

## **XI. ¿CUÁL DEBE SER LA ACTUACIÓN LEGAL Y PRÁCTICA DE UN JUEZ, UN NOTARIO O UN ABOGADO QUE ASESORE A SU CLIENTE?**

Sí será mi responsabilidad cómo actuar en el día a día de mi despacho. Imagino los supuestos que pueden plantearse.

En primer lugar, la consulta sobre la conveniencia de utilizar la vía de un «poder» con firma manuscrita que no es sino un documento privado (el poder con firma electrónica reconocida no es más que esto, se inscriba o no se inscriba). Manifestaré el criterio antes expuesto. Informaré que, a mi juicio, el poder será inútil para cualquier actuación del art. 1280.5 CC (casi todas o, al menos, las más importantes) y que solo considero que puede surtir efectos para las relaciones con las Administraciones Públicas y que, para ello, mejor otorgan el poder notarial que puede ser especial y no precisar inscripción.

En segundo lugar, la consulta sobre la posibilidad de contratar con quien alega un mero poder con firma manuscrita que no es sino un documento privado (insisto el poder con firma electrónica reconocida no es más que esto, se inscriba o no se inscriba). Evidentemente, le informaré que no existe garantía de autoría, juicio de identidad, capacidad, legitimación, consentimiento informado, etc. Le diré que personalmente no lo admitiría. Si es un abogado de empresa seria, acostumbrado a realizar *due diligence* o, simplemente, un abogado que no quiera acabar respondiendo con sus bienes de sus errores, le diré que no aceptaría esa representación.

En tercer lugar, la pretensión de hacer valer en cualquier documento público que deba autorizar un poder con mera firma manuscrita que no es sino un documento privado (el poder con firma electrónica reconocida no es más que esto, se inscriba o no se inscriba), como justificante de la representación. Sencillamente, les diré que no estoy dispuesto a responder con mi patrimonio personal por no cumplir las competencias que la legislación me atribuye y me impone en exclusiva de comprobar la identidad, capacidad, legitimación y consentimiento otorgado, por lo que no puedo admitir una mera firma manuscrita porque ni puedo saber si es del poderdante, ni si estaba capaz cuando se supone que la puso, si la puso o no, si usó otra persona su firma electrónica o no ... A partir de aquí, se abren estas opciones:



— Otorgar un poder nuevo con cumplimiento de los requisitos legales, autorizándolo el notario, e inscribirlo (o no, en función de si es general o especial).

— Con la duda de si cabe elevar a público el documento privado del poder. Solución que no me gusta nada porque deberé aclarar en el instrumento la ausencia de efecto retroactivo en perjuicio de terceros y porque deberé explicar (en su exposición) la anómala situación creada. De aceptar esta solución también tendré la duda de si una vez elevado a público presento o no al Registro Mercantil para subsanar el asiento (a mi juicio inexacto de considerar poder lo que no puede serlo) de mera publicidad-noticia de un documento privado para que practiquen nueva inscripción que, ahora sí, surta todos los efectos legales. El cliente imagino que me dirá que no piensa pagar dos veces al Registro Mercantil. Situación que me obligará o a negociar con el Registro, o a entender que es innecesario inscribirlo y alegar que se subsana con la elevación a público el error de haberlo inscrito. Como esta situación es confusa preferiré la opción de autorizar un nuevo poder. Si el cliente considera o no que pagó correcta o incorrectamente una primera inscripción será «asunto ajeno» a mi función, pues no participé en su gestación.

— Y, finalmente, no puedo descartar que el poderdante niegue haber firmado «electrónicamente» el poder; que alegue usurpación o mal uso de su firma electrónica. Situación en que deberé solicitar información corporativa de si me obliga a comunicarlo al Ministerio Fiscal.

Estoy convencido que prácticamente nadie (las disrupciones tecnológicas no tienen la acogida tan fácil que se pretende, no todos somos Steve Jobs y su empresa se arruinó varias veces antes de triunfar) me presentará tales poderes.

¿Les diré a los demás que hagan como yo? ¿A mis amigos abogados, empresarios, notarios, registradores o jueces o letrados de la administración de justicia, etcétera? Si no me preguntan, no. No pretendo ni dogmatizar ni imponer mi criterio. Pero si me preguntan me limitaré a decir que mi ética es kantiana: «Obra solo según una máxima tal, que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal»<sup>37</sup> y que si defendiendo esta postura es, sencillamente, porque considero que es la correcta para todos. Personalmente, no deseo que me demande un cliente o un contratante o un tercero ni responder con mi patrimonio, por lo que respetaré el criterio indicado, que creo el más adecuado a Derecho.

## **XII. CONCLUSIÓN. INTERPRETACIONES DE LA DOCTRINA MÁS MODERNA. INTERPRETACIÓN INTEGRADORA**

Llegados a este punto es importante entender dónde estamos:

---

<sup>37</sup> KANT, Immanuel; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785.

1.º Los poderes pueden estar dentro del ámbito del art. 1280.5 CC o no (por ejemplo, poderes para relacionarse con la Administración).

Los poderes del ámbito del art. 1280.5 CC exigen siempre documento público.

Los poderes para relacionarse con la Administración admiten varias vías (por ejemplo, el poder en documento privado y firmas legitimadas ante notario, el poder presencial ante la Administración o el poder electrónico dirigido directamente y sin intermediación a la Administración, que podrá efectuar las consultas que desee en la notaría o en cualquier registro público).

2.º Desde 2001, el notario puede autorizar escrituras y actas en soporte electrónico. Es más, puede ser requerido mediante firma electrónica para comunicar ese documento a terceros (la Administración Pública). Tal actuación no podía realizarse, respecto de la matriz, mientras los avances tecnológicos no la hicieran posible (la DT 11 LN dice: «Hasta que los avances tecnológicos hagan posible»), circunstancia objetiva que no depende de una norma ni de una modificación legislativa, sino de un hecho futuro, pero cierto en que ha de venir.

3.º La Ley 14/2013 dentro del loable intento de «Simplificación de las cargas administrativas» solo pretendió generalizar que los poderes destinados a relacionarse ante la Administración se pudieran otorgar siempre electrónicamente ante esta e inscribirse directamente en el registro administrativo de poderes electrónicos.

4.º Defender que dicha Ley, en lugar de simplificar cargas unificando los registros electrónicos administrativos de apoderamientos, pretendiera generar más cargas y costes, exigiendo ahora que los poderes administrativos, en lugar de remitirse directamente al registro administrativo de poderes electrónicos, debieran: 1.º, inscribirse en el registro mercantil con un coste adicional; 2.º, remitirse al registro electrónico; 3.º, obligar a dicho registro a una labor adicional de comprobación de CSV o similar, no resiste la crítica.

5.º Defender que dicha Ley admitía que cualquier poder pudiera realizarse con mera firma electrónica, ignorando que las firmas electrónicas solo tienen el mismo valor que las manuscritas y que por ello solo generan un documento privado, no se sostiene. Un documento privado no muta su naturaleza con motivo de su inscripción en ningún registro y por ello nunca servirá para los actos del art. 1280.5 CC. Quienes defendieron esta tesis pretendieron ignorar que la innovación de la Ley 14/2013 era extender el sistema de registro electrónico de apoderamientos a todas las Administraciones Públicas, como lo demostraron los hechos legislativos posteriores.

6.º Una vez que se publica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, queda clara la

innovación buscada por la Ley 14/2013 y la finalidad objetiva buscada por el legislador (artículo 6 y DA segunda): generalizar a todas las Administraciones el sistema de apoderamientos electrónicos remitidos directamente por los particulares a la Administración a todo tipo de Administraciones.

7.º Nunca es posible utilizar ante ningún operador jurídico un poder electrónico relativo al ámbito del art. 1280.5 CC porque el poder con firma electrónica es siempre un mero documento privado.

8.º Un poder del ámbito del 1280.5 CC exige siempre documento público. El único documento público adecuado que cumple con las competencias exclusivas de juicio de identidad, capacidad, legitimación, asesoramiento y consentimiento informado es el documento público notarial que puede constar en documento público electrónico (art. 17 bis LN y dando por cumplida la DT 11 LN).

9.º Adicionalmente, el notario deberá cumplir con la normativa de Prevención de Blanqueo de capitales. Permitir los poderes electrónicos privados sin intervención de notario abriría una puerta de consecuencias inimaginables para el fraude fiscal y el blanqueo de capitales, pudiendo transmitirse toda clase de activos con la mera cesión de la firma electrónica particular cuya utilización por el legítimo titular no podría jamás comprobarse en ausencia de la función notarial.

Hasta aquí las conclusiones evidentes para la actuación práctica.

No obstante, como hay cuestiones actuales que se plantean y se plantearán deseo mostrar dos posiciones modernas. Ambas integradoras de las normas. La primera más pacífica y la segunda más innovadora.

1. La primera<sup>38</sup>:

1.a. Los poderes para relacionarse con las Administraciones Públicas, puesto que estas admiten los documentos privados pueden realizarse directamente por medios electrónicos ante las mismas Administraciones Públicas y se les remiten directamente a ellas, sin intermediación alguna. Argumento: art. 41 Ley 14/2013.

Imponer para tales poderes su inscripción en el Registro Mercantil no ya no simplifica cargas, sino que incrementa cargas y costes para particulares y la Administración.

1.b. Los poderes susceptibles de inscripción en los Registros Mercantiles en el ámbito del art. 1280.5 CC deben constar en documento público. Es posible el

---

<sup>38</sup> Esta tesis ha sido defendida por Javier OÑATE, Íñigo ROMERO BUSTILLO e Iñaki GARRIGA en un debate sostenido sobre esta materia por medios electrónicos.

poder electrónico por la vía del art. 17 bis LN. Argumentos: CC, C de C, RRM, Leyes de todo orden y art. 17 bis LN.

2. La segunda. La tesis del autor. El alcance de la DT 11.

2.a. Los poderes para relacionarse con las Administraciones Públicas no están incardinados en el art. 1280.5 CC. Dependerá de cada Administración. Argumentos: Ley 14/2013 y ley 39/2015. Tales poderes son «especiales». No precisan inscripción alguna en Registro Mercantil (RRM) y no es necesario asumir ese coste adicional superfluo.

Así, para la AEAT se admite:

- i. Por internet, mediante uso de firma electrónica admitida por la AEAT.
- ii. Por comparecencia personal ante la AEAT.
- iii. Mediante documento público o documento privado con firmas legitimadas notarialmente, presentado ante la AEAT,

A destacar que siendo la última reforma por Resolución del año 2018 brilla por su ausencia cualquier trámite previo de remisión al registro mercantil (por ser innecesario).

Rige lo mismo para la Seguridad Social.

En este restringido ámbito (esta es la primera parte arriesgada e innovadora de la tesis) el notario puede aceptar poderes con firma electrónica, pues la transitoriedad de la DT 11 LN queda sin efecto con la Ley 14/2013, respecto de los poderes para las Administraciones Públicas. Por tanto, el notario podrá aceptar estos poderes ya con firma electrónica y remitirlos a la Administración.

2.b. Los poderes incardinados en el ámbito del art. 1280.5 CC deben constar necesariamente en documento público. Los documentos públicos lo son con independencia del soporte físico o electrónico y surten los mismos efectos. El elemento esencial para que un documento no sea privado, sino público, es la intervención notarial.

La utilización del documento público electrónico quedó, en 2001, pendiente de la DT 11.<sup>a</sup> Las últimas medidas legislativas adoptadas muestran que el notario puede y debe autorizar, con las cautelas que considere oportunas, documentos públicos electrónicos (p. e., actas de sociedades<sup>39</sup>), por lo que la DT 11 no precisa de un levantamiento expreso, sino de que las circunstancias tecnológicas permitan la seguridad necesaria. El art. 17 bis LN permitiría hoy (esta es la segunda parte

---

<sup>39</sup> Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo: artículo 40.7.

arriesgada e innovadora de la tesis), con las cautelas que cada notario juzgue oportunas, autorizar estos poderes en soporte electrónico. Tales cautelas pueden ir desde una intensidad menor (comprobaciones por email o telefónicas) o mayor (videoconferencia y/o consentimiento anticipado genérico del poderdante en documento público).

Por esta misma vía, con las cautelas indicadas que podrán ser decididas por cada notario en tanto la DG SJyFP o el CGN no dicten normas unificadoras, se podría entender que cualquier instrumento público (en especial, los unilaterales<sup>40</sup>) podrá realizarse ya mediante documento público electrónico, de suerte que el reconocimiento de que el momento previsto por la DT 11 ha llegado emane de la propia voluntad del interesado al no ser un evento que precisa de disposición legislativa. Como corolario adicional de esta tesis, añado que cualquier innovación legislativa que admita actuaciones electrónicas debe entenderse desde ya y para lo sucesivo como un levantamiento de la indefinida «vacatio» de la DT 11.

Como quiera que esta última tesis es personal y arriesgada, quédese el lector prudente con la primera, mientras la mía no reciba respaldo o consenso. Puesto que critiqué a otros que quisieran cambiar los designios del legislador por los suyos propios, no caeré en el mismo error. Mi tesis final es doctrinal, pero encuentra precedentes en la práctica. Respecto de la actuación práctica actual me remito al apartado XI.

### **XIII. LA SEGURIDAD JURÍDICA PREVENTIVA: UN PROYECTO ¿COMÚN?**

La función pública de la seguridad jurídica preventiva está encomendada a funcionarios públicos. En concreto, notarios y registradores.

Tan importante es la función que el notariado, pese a estar amparado por el art. 17 bis LN para adaptar el documento público a la tecnología, cuando se plantea aplicar la firma electrónica a la póliza propone usar no solo la firma electrónica, sino adicionar la videoconferencia con la finalidad de poder sustituir la presencia física, el consentimiento informado y el asesoramiento. Parece evidente que quienes admiten que valga solo la firma electrónica nada opondrán a una solución mucho más garantista para el interés general.

Permitan que ahora relaje el discurso y descienda al terreno de los sentimientos. Registradores y notarios son dos cuerpos muy relacionados, cuyos miembros tienen amigos o familiares en el otro cuerpo. Las relaciones humanas son numerosas. Las relaciones profesionales son constantes y presididas por la corrección. En su práctica totalidad, el trato con los compañeros de cualquiera de los dos cuerpos (todos son compañeros) es de notable nivel técnico, jurídico y humano.

---

<sup>40</sup> Pero de momento no los que afecten a los derechos reales por el art. 3.2 LSSI.

Sin embargo, parece que cada cierto tiempo «se nos rompa el amor». Alguien interpreta que una propuesta o mejora o avance de otro es una amenaza y reacción. Se genera un bucle sin fin. Las acusaciones del tipo «empezó él» y «tú más» se suceden.

Debo reconocer que no he sido capaz de entender cuál de las últimas propuestas de unos ha provocado que se haya intentado resucitar el fracaso de los poderes electrónicos en documento privado (perdonen la expresión de «fracaso», pero desde 2013 nadie me ha presentado un solo poder así firmado, por lo que, aunque me dicen que alguno se ha firmado ahora con motivo de la costosa campaña publicitaria, presumo que difícilmente se habrán cubierto costes de desarrollo, *lobbies*, publicidad, artículos ...).

El problema es que comienza un bucle. La reacción proporcional a algo tan radical como eliminar el documento público supongo que sería solicitar que los registros funcionen con carácter puramente administrativo como en tantos otros países. Ni lo uno ni lo otro me parecen posturas sensatas.

Me gustaría que en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva que se basa en la fe pública cada cual se centre en sus fortalezas.

Uno de mis mejores amigos registradores, buen jurista y mejor persona y a quien aprecio mucho, me dijo una vez, «comprende que yo pego tiros porque estoy en esta trinchera». Deberíamos abandonar el lenguaje bélico, salir de las trincheras y hablar con calma de cualquier cuestión. Seguro que son más que menos a los que nos gusta un sistema de seguridad jurídica preventiva con espacio para todos, susceptible de mejoras, sí; pero sin arrasar uno de sus dos fundamentos esenciales: el documento público. Tampoco me causaría ninguna felicidad que por reconducirse a registro administrativo alguno de mis amigos o compañeros registradores tuvieran problemas con su medio de vida. No concibo así la vida ni las relaciones humanas.

Para salir de este bucle es necesario un proyecto compartido de mejora que responda al interés general y que, respetando un sistema que funciona en lo esencial, mejore la eficiencia. El notariado español está a la vanguardia mundial del uso de las tecnologías en la seguridad jurídica preventiva y sabemos qué se podría mejorar.

Y, perdónenme, no me creo que no sea posible solucionar cualquier conflicto con diálogo y transigencia. Tenemos demasiado talento y recursos desperdiciados en la guerra de guerrillas, en lugar de en diseñar e implementar un proyecto común capaz de satisfacer el interés general e ilusionar a los funcionarios afectados. Déjenme, al menos en esta creencia.

Deseo, fervientemente, no entrar en polémicas. Pido disculpas si alguna de mis opiniones o expresiones no ha sido acertada o se considera ofensiva, si bien,

para no contribuir al bucle que mencionaba, guardaré silencio sobre qué expresiones me han parecido ofensivas para la función pública que, junto con muchos otros, me ha sido encomendada defender.

Si este artículo, en lugar de detener el bucle, lo incrementa, habré fracasado. Por eso, no solicito ni adhesiones ni me escondo en el anonimato.

Desoyendo algunos consejos, como estoy seguro que nadie usará su posición funcional para discriminarme por discrepancias doctrinales, firmo este documento con el que no pretendo ni adhesiones ni enfrentamientos, sino una reflexión serena.

*(Trabajo recibido el 28/04/2020  
y aceptado para su publicación el 18/05/2020)*



# **LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA EN SOCIEDADES NO COTIZADAS**

**JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO**

*Notario de Valladolid*

**MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO**

*Abogado en Garayar Abogados*

## **RESUMEN**

En este trabajo los autores profundizan en la regulación en nuestro ordenamiento de la prohibición de asistencia financiera en sociedades no cotizadas, abordando, en particular, las siguientes cuestiones: principios sobre los que se sustenta la prohibición legal, supuestos en que se incurre en la prohibición, operaciones excluidas y consecuencias derivadas de la vulneración de la prohibición. Para ello, además de analizar la regulación vigente, los autores abordan diferentes cuestiones que se han ido planteando en la práctica en esta materia, así como las soluciones ofrecidas por nuestros tribunales, en su caso.

**Palabras clave:** asistencia financiera, garantías, préstamos, prohibición, sociedades de capital, protección de socios, nulidad parcial.

# **PROHIBITION ON FINANCIAL ASSISTANCE IN NON-LISTED COMPANIES**

**JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO**

*Notary Public of Valladolid*

**MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO**

*Lawyer at Garayar Abogados*

## **ABSTRACT**

The authors of this paper examine the way in which the Spanish legal system regulates the prohibition on financial assistance to non-listed companies, addressing in particular the following issues: principles on which the legal prohibition is based, cases to which the prohibition applies, corporations exempt from regulation, and the consequences of

contravening the prohibition. In addition to analysing the current regulation, the authors address the various issues in this area that arise in practice, as well as the solutions provided by the Spanish courts, as appropriate.

**Keywords:** financial assistance, guarantees, loans, prohibition, corporations, protection of shareholders, partial invalidity.

**SUMARIO:** I. CONCEPTO.—II. FUNDAMENTO. 1. Protección de los acreedores y del principio de integridad y realidad del capital social. 2. Protección de los socios minoritarios y del principio de igualdad de trato.—III. MARCO NORMATIVO ACTUAL. 1. Ley de Sociedades de Capital. 2. Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. 3. Directiva 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017.—IV. EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN. 1. Anticipar fondos. 2. Conceder préstamos o créditos. 3. Prestar garantías. 4. Asistencia financiera.—V. OPERACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN. 1. Casos en que falta el negocio de adquisición. 1.1. Usufructo. 1.2. Nuda propiedad. 1.3. Acreedor pignoraticio. 1.4. Opción de compra. 1.5. Derechos de adquisición preferente. 1.6. Activos esenciales. 2. Casos en que la adquisición no se hace por un tercero, sino por la propia sociedad. 2.1. ¿Constituyen las sociedades del mismo grupo tercero a estos efectos? 2.2. Adquisición por tercero de participaciones o acciones de sociedades del grupo. 2.3. Adquisiciones por parte de sociedad instrumental o «newco». 3. Casos en que falta el nexo causal entre el negocio asistencial y el de adquisición. 4. Casos en que la asistencia no se presta con activos o contra recursos propios de la sociedad.—VI. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE ASISTENCIA FINANCIERA. 1. Nulidad parcial. 2. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONCEPTO

Las operaciones de asistencia financiera prohibidas a las que vamos a referirnos son aquellas a través de las cuales una sociedad proporciona por distintos medios auxilio a un tercero para la adquisición de acciones o participaciones de la propia sociedad asistente<sup>1</sup> o de sociedades pertenecientes al grupo de ésta en los términos que veremos. La regulación de esta materia aparece regulada separadamente en función de si nos encontramos ante una Sociedad Limitada o ante una Sociedad Anónima. Para las primeras, el **art. 143.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital** (en adelante, «LSC») dispone que *«La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca»*. Por su parte, para las segundas, el **art. 150 LSC** establece: *«La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero»*.

Ambos artículos, similares pero no idénticos, parten de una estructura común:

**a) Un negocio de adquisición**, por el que un tercero pretende la adquisición de parte del capital de la propia sociedad asistente o de otras sociedades de su grupo (con los matices que luego veremos).

**b) Un negocio de asistencia financiera**, por el que la sociedad que presta la asistencia facilita al tercero adquirente dicha adquisición, sea de forma directa anticipando fondos o concediendo préstamos o créditos, o sea de forma

---

<sup>1</sup> SAP Madrid 362/2019, de 12 de julio.

indirecta por medio de la prestación de cualquier clase de garantías por cuenta del tercero.

c) **Un nexo causal**, que vincule ambos, de modo que la asistencia prestada tenga precisamente como finalidad u objetivo facilitar el negocio de adquisición. Y ello independientemente de que la asistencia se preste con anterioridad, simultáneamente, o con posterioridad al negocio de adquisición.

## II. FUNDAMENTO

### 1. Protección de los acreedores y del principio de integridad y realidad del capital social

La prohibición de prestar asistencia financiera a un tercero para la adquisición de participaciones o acciones propias tiene un origen remoto<sup>2</sup> común con la prohibición de negocios sobre las propias participaciones o acciones. La finalidad originaria de dicha normativa es asegurar la realidad e integridad del capital social, protegiendo así la solvencia patrimonial de la sociedad y evitando que se manipule la correspondencia entre capital y patrimonio social. La prohibición de la asistencia financiera, al igual que la de los negocios sobre las propias participaciones o acciones, pretende evitar el vaciamiento del capital social, al integrarse el patrimonio social con aportaciones financiadas por la propia sociedad y no por un tercero, lo que en la práctica supone una liquidación encubierta del patrimonio social. Al producirse dicha manipulación, el capital social quedaría imposibilitado para desempeñar su función como garantía frente a acreedores. El fundamento, o al menos uno de ellos, es evitar ese vaciamiento patrimonial de la sociedad asistente. El problema a evitar sería que la asistencia financiera podría, fácilmente, colocar a la sociedad en una situación de riesgo que comprometa su viabilidad financiera, abocándola, en el peor de los casos, a una situación de insolvencia.

La prestación de asistencia financiera al tercero supone que, directa<sup>3</sup> o indirectamente (prestando garantías), la sociedad asistente está poniendo en riesgo su solvencia en beneficio exclusivo del tercero adquirente, respondiendo frente a los financiadores de éste de la devolución de lo adelantado para financiar la adquisición. Existe en estas operaciones o bien una despatrimonialización efectiva de la sociedad (si la asistencia financiera se presta de forma directa), o un riesgo de despatrimonializar la sociedad (si se limita a la prestación de garantías). Desde la perspectiva de los acreedores, las deudas contraídas con anterioridad podrían correr el riesgo de no ser satisfechas, al haber dado la sociedad preferencia sobre ellas al negocio de asistencia financiera<sup>4</sup>. Como contrapartida el beneficiado es

<sup>2</sup> Trevor v. Whitworth (1887) 12 App. Cas. 409, H.L.

<sup>3</sup> Realizando atribuciones patrimoniales, anticipando fondos o financiando de una u otra forma.

<sup>4</sup> Por ejemplo, pignorando importantes activos financieros titularidad de la sociedad o constituyendo hipoteca sobre activos inmobiliarios, de modo que los activos sobre los que recaiga la

el tercero adquirente, para el que la asistencia prestada supondrá unos menores costes de financiación.

## **2. Protección de los socios minoritarios y del principio de igualdad de trato**

Añadido a lo anterior, la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias busca proteger a los socios frente a manipulaciones realizadas por los administradores que, vulnerando el principio de igualdad de trato, tengan como fin alterar en su propio beneficio o en el de determinados socios la estructura y composición del capital social y/o el régimen de mayorías, facilitando a un tercero la adquisición de parte del capital social con recursos en todo o en parte de la propia sociedad.

Si bien los administradores deben actuar siempre en aras del interés social y cumpliendo las exigencias del deber de lealtad, resultaría aparentemente tentador para éstos abusar de su posición facilitando —con recursos financieros de la sociedad— el reforzamiento de la posición del propio administrador, de un socio o entidad vinculada a éste o, sencillamente, de un tercero con quien medie un acuerdo previo. El adquirente beneficiado por la asistencia financiera podría alterar el régimen de mayorías existente diluyendo y aguando la porción del capital y de los derechos de voto en manos de los minoritarios, facilitando a determinadas personas o entidades el concurrir a un aumento de capital social o bien reforzando la posición en el capital de determinados socios o grupos de interés, blindando a la sociedad frente a ulteriores tentativas de adquisición por otros interesados.

La normativa reguladora del deber de lealtad contempla expresamente la posibilidad de que la Junta general (en el caso de la Sociedad Limitada), o alternativamente (en el caso de la Sociedad Anónima) los restantes miembros del órgano de administración autoricen expresamente la asistencia financiera de la sociedad en favor del propio administrador o de personas o entidades vinculadas a éste (las del art. 231 LSC). Pero no se trata del supuesto que estamos estudiando. La prohibición de asistencia financiera de los arts. 143.2 y 150 LSC no es susceptible de ser dispensada y se ocupa tan sólo de un supuesto concreto de asistencia financiera: aquélla que se presta «para» (finalidad) facilitar un negocio adquisitivo de participaciones o acciones propias. Los arts. 162 y 230 LSC son la regla y el 143.2 y el 150 LSC la excepción.

Para los casos de asistencia financiera no prohibida (aquellos en los que ésta no se presta para financiar la adquisición de acciones o participaciones propias) hay que recordar que el socio afectado, al celebrarse la Junta general que haya

---

garantía pignoraticia o hipotecaria garanticen la financiación obtenida por el tercero adquirente con preferencia sobre las deudas previamente contraídas por la sociedad con acreedores que, previsiblemente, tuvieron en cuenta la solvencia y los activos de la sociedad a la hora de concertar determinados negocios jurídicos con ésta.

de dispensar tal asistencia, no podrá ejercitar en relación con ese concreto punto del orden del día los derechos de voto correspondientes a sus participaciones (art. 190.1.d) LSC), debiendo deducirse éstas del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso fuera necesaria.

Si el afectado por esa asistencia financiera no incluida en los arts. 143.2 y 150.1 LSC, y por tanto dispensable, es miembro del órgano de administración de la sociedad asistente, o sin serlo es alguna de las personas y entidades vinculadas a que se refiere el art. 231 LSC —y sin perjuicio de la prohibición de autocontratación—, el deber de lealtad del art. 230 LSC impone que, en el caso de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, la autorización para salvar dicha operación de asistencia financiera sea necesariamente competencia de la Junta general. No dice lo mismo en relación con las Sociedades Anónimas, por lo que «a contrario» podrá salvarse dicho conflicto de intereses por los restantes miembros del órgano de administración, siempre que éste —descontando al afectado— reúna los requisitos legales y estatutarios necesarios para ello.

### III. MARCO NORMATIVO ACTUAL

#### 1. Ley de Sociedades de Capital

La regulación de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de participaciones o acciones propias en nuestro ordenamiento jurídico se contiene en los arts. 143.2 y 150 LSC, siendo el primero, más escueto, aplicable a la asistencia prestada por sociedades limitadas, mientras que el segundo de dichos preceptos, más extenso, se ocupa de la asistencia prestada por sociedades anónimas. El punto de conexión para aplicar uno u otro artículo es, por tanto, la tipología social de la sociedad que presta la asistencia financiera. En consecuencia, para determinar la normativa aplicable, es irrelevante si el tercero al que se presta la asistencia adquiere participaciones o acciones (i) de la sociedad asistente o (ii) de sociedades del grupo de aquélla que tengan una tipología distinta a la de la asistente.

El **art. 143.2 LSC**, aplicable si la sociedad asistente es **limitada**, dispone: *«La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca».*

El **art. 150 LSC**, de aplicación si la asistencia la presta una sociedad **anónima**, dice: *«1. La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero.»*

2. *La prohibición establecida en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo.*

3. *La prohibición establecida en el apartado primero no se aplicará a las operaciones efectuadas por bancos y demás entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad.*

*En el patrimonio neto del balance, la sociedad deberá establecer una reserva equivalente al importe de los créditos anotados en el activo».*

Ambos artículos tienen una serie de **elementos en común**:

a) El negocio prohibido es la asistencia financiera para la adquisición de participaciones o acciones propias. Cualquier otra asistencia prestada con otras finalidades queda fuera de su ámbito de aplicación.

b) Dicha asistencia financiera se describe de forma similar, enumerando las conductas prohibidas más frecuentes: anticipación de fondos, concesión de préstamos o créditos (la omisión de los créditos en el art. 150.1 LSC no tiene ninguna consecuencia real) y prestación de garantías. Ambas enumeraciones concluyen, a modo de cierre, con la prohibición de toda asistencia financiera.

c) La redacción de ambos preceptos es clara; la prohibición no es susceptible de dispensa. Cuando la asistencia financiera no tiene por objeto facilitar la adquisición de participaciones o acciones propias, la LSC contempla dichas conductas como dispensables o permitidas previa autorización (arts. 162 y 230 LSC). Pero cuando la finalidad es la antes reseñada no hay dispensa posible. Más adelante estudiaremos que cabría otra posibilidad «*de lege ferenda*» y también veremos las consecuencias de infringir la prohibición, que son comunes a sociedades limitadas y anónimas.

También hay, entre ambos regímenes, algunas **diferencias**:

a) La asistencia financiera, en el caso de sociedades limitadas, tiene una esfera o ámbito de aplicación más extenso, dado que está prohibida no sólo para la adquisición de participaciones propias sino también para la de acciones o participaciones de cualquier sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

En cambio, en sede de anónimas, sólo se contempla como prohibida la adquisición de acciones propias o de participaciones o acciones de la sociedad dominante. No así, por ejemplo, si la finalidad es adquirir participaciones o acciones de sociedades filiales con relación a la que presta la asistencia, o que —pertene-



ciendo a su mismo grupo— no se consideren sociedad dominante respecto de ésta.

b) Por otro lado, la normativa de las sociedades limitadas es más restrictiva que la de las sociedades anónimas en otros aspectos, dado que esta última permite dos excepciones a la prohibición; dos conductas, por tanto, permitidas aun cuando se incurra en el supuesto de hecho del apartado primero del art. 150 LSC: la asistencia en favor de personal de la empresa (ahí sí, en relación con cualquier otra sociedad del mismo grupo, no sólo con la dominante); y la asistencia prestada por bancos u otras entidades de crédito siempre que se haga con cargo a bienes libres de la sociedad.

En ambos casos debe constituirse en el patrimonio neto del balance la reserva a que se refiere el último párrafo del art. 150 (no tan sólo en el supuesto del 150.3 LSC, sino también en el del 150.2 LSC). Dicha reserva no se regula en sede de limitadas porque en relación con éstas no hay conductas excepcionadas.

Desarrollemos un poco las dos excepciones que contempla el art. 150 LSC, exclusivas de la asistencia prestada por Sociedades Anónimas:

i. Asistencia financiera en favor del personal de la empresa. Para el Tribunal Supremo<sup>5</sup> ello excluye a aquéllos que «no se hallan vinculados ni por una relación laboral sujeta al régimen regulado en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ni en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula el especial de alta dirección y, desde luego, en modo alguno puede comprender la asistencia a una sociedad capitalista, por mucho que sus directivos tuviesen vinculación con la sociedad».

Quedarían fuera de la excepción las restantes personas vinculadas a la empresa: socios, trabajadores autónomos, secretarios del Consejo de Administración, asesores y demás personas que no estén en nómina de la sociedad.

Al gozar de esta excepción legal a la prohibición, de la que no disfrutaban las Sociedades Limitadas, si personal de la empresa de una Sociedad Limitada estuviera interesado en adquirir participaciones de ésta y debiera mediar asistencia financiera, mientras el legislador no cambie la normativa amparando con la prohibición a las Sociedades Limitadas, y salvo que la jurisprudencia la extienda a éstas (cosa deseable y comprensible), podría ser una solución el transformar previamente la sociedad de Limitada en Anónima. No obstante, no hay que perder de vista el tiempo y los costes y trámites asociados a la transformación (balance auditado, exigencia de informe elaborado por experto independiente designado por el Registro Mercantil en relación con el patrimonio no dinerario, Notaría, Registro Mercantil, etc...).

---

<sup>5</sup> STS 413/2012, de 2 de julio.

ii. Asistencia financiera prestada por bancos y demás entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias de su objeto social con cargo a bienes libres.

c) La literalidad del art. 143.2 LSC no menciona expresamente que la asistencia financiera prohibida lo es si se presta a «un tercero», cosa que sí hace el art. 150.1 LSC. No obstante, entendemos que dicha omisión del art. 143.2 LSC carece de consecuencias jurídicas. Es evidente que la asistencia prohibida es la prestada a un tercero, puesto que de prestarse a la propia sociedad asistente no habría negocio jurídico de asistencia como tal, sino tan sólo un movimiento contable; y —al no haber tercero— ello sería para adquirir participaciones o acciones en autocartera, lo que tiene un régimen jurídico distinto del que estamos estudiando. El supuesto de las adquisiciones intragrupo será objeto de estudio posteriormente.

## 2. Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles

Aunque no sea propiamente una regulación genérica, el **art. 35 de la Ley reguladora de las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles** (en adelante, «LME»), dispone: *«En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:*

*1.ª El proyecto de fusión deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.*

*2.ª El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.*

*3.ª El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.*

*En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión».*

La opinión prácticamente unánime es que dicho artículo ampara la conocida como «fusión apalancada», lo que supuso en su momento un cambio sustancial

con respecto a la regulación anterior, que —al no contemplar tal supuesto expresamente— planteaba serias dudas de su admisibilidad a la vista de la prohibición genérica que establecía la normativa societaria con carácter general.

El supuesto contemplado es el de una sociedad que habiéndose endeudado para adquirir el control de otra (o activos de importancia) proceda después a la fusión entre ambas. De esa forma la restitución de la financiación obtenida para la adquisición podrá recaer sobre el patrimonio de la antigua sociedad «*target*» (en terminología anglosajona) sin que deba entenderse infringida la normativa general por tratarse de una ley especial.

### 3. Directiva 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017

El texto en vigor de la **Directiva (UE) 2017/1132, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades**, establece en su **art. 64** (bajo la rúbrica «*Asistencia financiera por la sociedad para la adquisición de sus acciones por un tercero*»), lo siguiente:

*«1. Cuando la legislación de un Estado miembro permita a una sociedad, directa o indirectamente, adelantar fondos, conceder préstamos o dar garantías para la adquisición de sus acciones por un tercero, esas operaciones estarán sujetas a las condiciones enunciadas en los apartados 2 a 5.*

*2. Las operaciones tendrán lugar bajo la responsabilidad del órgano de administración o de dirección en condiciones de mercado justas, especialmente respecto del interés y de las garantías que la sociedad recibe por los préstamos y anticipos citados en el apartado 1.*

*La situación crediticia del tercero o, en caso de operaciones multipartitas, de cada una de las contrapartes se habrá investigado debidamente.*

*3. El órgano de administración o de dirección presentará las operaciones, para su aprobación previa, a la Junta general que actuará de conformidad con las normas de quórum y de mayoría establecidas en el artículo 83.*

*El órgano de administración o de dirección presentará a la Junta general un informe escrito indicando:*

- a) los motivos de la operación;*
- b) el interés que presenta para la sociedad;*
- c) las condiciones en las que se interviene;*

- d) *los riesgos que presenta para la liquidez, y*
- e) *la solvencia de la sociedad y el precio al que el tercero va a adquirir las acciones.*

*Dicha declaración se presentará al registro para su publicación de conformidad con el artículo 16.*

*4. La asistencia financiera total concedida a terceros no podrá en ningún momento tener por efecto la reducción del activo neto por debajo del importe especificado en el artículo 56, apartados 1 y 2, teniendo en cuenta también cualquier reducción del activo neto que haya podido producir la adquisición, por la sociedad o en nombre de ella, de acciones propias, con arreglo al artículo 60, apartado 1.*

*La sociedad incluirá en el pasivo del balance una reserva, que no podrá ser distribuida, equivalente al importe de la asistencia financiera total.*

*5. Cuando un tercero adquiera acciones propias de una sociedad en el sentido del artículo 60, apartado 1, o suscriba acciones emitidas en el curso de una ampliación del capital suscrita mediante la asistencia financiera de dicha sociedad, la adquisición o suscripción se hará a un precio justo.*

*6. Los apartados 1 a 5 no se aplicarán ni a las operaciones hechas en el marco de las actividades corrientes de los bancos y demás establecimientos financieros, ni a las operaciones efectuadas para la adquisición de acciones por o para el personal de la sociedad o de una sociedad afín a esta.*

*No obstante, tales operaciones no podrán tener por efecto que el activo neto de la sociedad sea inferior al importe mencionado en el artículo 56, apartado 1.*

*7. Los apartados 1 a 5 no se aplicarán a las operaciones efectuadas con miras a la adquisición de acciones mencionadas en el artículo 61, apartado 1, letra h)».*

La redacción actual de dicho precepto procede de una esencial reforma de la segunda directiva<sup>6</sup>, que anteriormente tenía un texto similar al previsto en nuestro art. 150 LSC. Ambos estaban planteados exclusivamente en relación con las sociedades por acciones, por lo que estarían excluidas de su ámbito de aplicación las sociedades de responsabilidad limitada. Nuestro ordenamiento, en una actitud algo incoherente, reserva a las Sociedades Limitadas un régimen incluso más estricto que el previsto originariamente por la Segunda Directiva.

<sup>6</sup> La original es la Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976. La reforma se produjo por la DIRECTIVA 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.

Por otro lado, la Segunda Directiva en su redacción actual no obliga a los Estados miembros a implementar la reforma, sino que tan sólo dispone cómo ha de ser el régimen en caso de que éstos optaren por flexibilizar el régimen anterior. En cuanto al Derecho Comparado, en otros países de la Unión Europea, como Alemania o Gran Bretaña, la regulación elimina la prohibición para el caso de las sociedades limitadas o sus equivalentes en ciertos casos<sup>7</sup> y ha optado por flexibilizarla, aunque con un estricto procedimiento de garantías, para el caso de las sociedades por acciones.

En el «considerando» quinto de la Directiva de 2006 se especificaba la finalidad de la reforma, en lo que a la asistencia financiera se refiere: «incrementar la flexibilidad frente a los cambios en la propiedad del capital social de la sociedad». Inspirándose en el «*whitewash*» inglés, se permitía a los Estados miembros trasponer dicha directiva flexibilizando la prohibición absoluta en favor de un régimen mucho más racional, que permite la asistencia financiera para la adquisición de acciones propias cumpliendo con un procedimiento que da suficientes garantías a los minoritarios y a los acreedores. Por razones no del todo justificadas<sup>8</sup> y ampliamente criticadas por la doctrina, nuestro país no ha procedido a trasponer dicha directiva<sup>9</sup>; algo similar a lo que ocurre, por ejemplo, en Francia.

#### IV. EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN

A la hora de determinar qué conductas quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la prohibición comprendida en los arts. 143.2 y 150 LSC, debemos destacar la necesidad de tres elementos imprescindibles: (i) un negocio de asistencia financiera; (ii) un negocio de adquisición de participaciones o acciones propias (o de la sociedad dominante o de sociedades del grupo, lo que varía según el tipo social); y (iii) un nexo causal entre ambos.

Así, sin perjuicio de los supuestos de exclusión que estudiaremos más adelante, para determinar el alcance de dicha prohibición debemos partir del hecho de que, aunque la redacción de los arts. 143.2 y 150.1 LSC no sea idéntica, ambos consideran como operaciones de asistencia financiera prohibida las siguientes:

<sup>7</sup> En Alemania el equivalente a las sociedades limitadas son libres para otorgar asistencia financiera siempre que ésta respete ciertos límites impuestos por la ley en función del capital de la sociedad.

<sup>8</sup> En la tramitación parlamentaria de la LME, concretamente de su disposición final primera, se rechazaron sendas enmiendas del Grupo Parlamentario Catalán —Convergència i Unió— (una en el Congreso y otra en el Senado) que pretendían modificar la regulación del entonces art. 81 LSA adaptándolo a la nueva regulación de la Segunda Directiva. Ambas fueron rechazadas.

<sup>9</sup> Sí han procedido a flexibilizar sus regímenes jurídicos conforme a la directiva comunitaria, entre otros, Italia (art. 2358 del Código Civil Italiano), Gran Bretaña (arts. 677 y ss. de la UK Companies Act 2006) o Alemania (parágrafo 71 de la Aktiengesetz para sociedades por acciones, que lo permite, pero con limitaciones similares a las de la Segunda Directiva y parágrafo 33 de la Ley reguladora de las GmbHG, o sociedades de responsabilidad limitada).

## 1. Anticipar fondos

Se trata de un concepto que carece de una delimitación clara en nuestro derecho, posiblemente, porque es consecuencia de la traducción literal del texto de la Segunda Directiva. Dado que, posteriormente, la norma excluye de manera expresa las operaciones de concesión de préstamos o créditos, debemos entender que se trata de un concepto más amplio que éstos.

Podríamos entender que estaría incluido dentro del mismo, y por tanto sería una conducta prohibida, la de realizar pagos adelantados o anticipar cantidades adeudadas a un tercero por otro concepto distinto. También tendría dicha consideración el conceder un aplazamiento del pago sin garantías adicionales para la compraventa de participaciones que estuvieren en autocartera<sup>10</sup>. Por lo tanto, constituiría una conducta prohibida cualquier modificación del término de obligaciones ya contraídas que beneficie al tercero, y ello independientemente de que la modificación se haga por parte de la sociedad (que adelanta un pago) o del tercero (que lo retrasa). Para que se incurra en esa conducta prohibida debe tratarse de pagos de cantidades no vencidas, puesto que si lo estuvieran se trataría de pagos lícitos. Además de por otros negocios jurídicos que puedan justificar ese desplazamiento patrimonial, el derecho de crédito del tercero frente a la sociedad puede haberse originado por una relación de carácter interno u organizativo de la propia sociedad, como, por ejemplo, el pago de prestaciones accesorias o la retribución de administradores. Si, legal o estatutariamente, se adeudan dichas cantidades habrá de realizarse el pago cuando proceda.

Más dudosa es la cuestión de los dividendos a cuenta; es decir, los que se distribuyen en un momento anterior al de la aprobación de las cuentas anuales, con cargo a los resultados del ejercicio. Es cierto que los arts. 277 y 278 LSC regulan expresamente un mecanismo que pretende garantizar el patrimonio social en caso de reparto de dividendos a cuenta, lo que supone una fuerte garantía frente a terceros acreedores de la sociedad. Pero también es cierto que la normativa que prohíbe la asistencia financiera también tiene como objetivo salvaguardar los derechos de los socios y evitar que, de un modo u otro, la sociedad contribuya a la adquisición de participaciones o acciones propias pervirtiendo, en cierta forma, el funcionamiento normal del mercado. En este sentido, que la sociedad facilite liquidez a un socio, precisamente en el momento en el que éste se plantea una operación de adquisición de capital propio, parece ir contra el espíritu de la normativa.

El concepto «anticipar fondos» no abarca, como hemos dicho, aquellos supuestos en los que la sociedad «asistente» se dedique a realizar en favor del tercero un desplazamiento patrimonial que esté fundado en un negocio jurídico válido, no teniendo dicho negocio naturaleza de «asistencia financiera». En ese sentido estaría fuera del ámbito de la prohibición —y, por tanto, sería una conducta per-

<sup>10</sup> STS 541/2018, de 1 de octubre.

mitida— el hecho de concertar con un tercero un negocio que tenga sentido económico y relación con la actividad y el objeto social de la empresa (por ejemplo, la compraventa de determinados activos) y que conlleve como contraprestación —en favor del tercero— la obtención de una liquidez que, a la postre, sea utilizada para financiar la adquisición de participaciones o acciones de la sociedad asistente. Aunque se pudiera demostrar que el negocio (en el ejemplo, la compraventa) se concertó, entre otros, con la finalidad de ayudar al tercero en el negocio de adquisición de las participaciones o acciones, no incurriría en conducta prohibida puesto que la finalidad principal del negocio no fue prestar asistencia financiera.

## **2. Conceder préstamos o créditos**

Son las operaciones que más nítidamente supondrían que la sociedad financie al tercero para que adquiera las propias participaciones o acciones. Son conductas prohibidas independientemente de que se les fije o no una retribución en favor de la sociedad asistente. O, dicho de otro modo, no cabe escapar a la prohibición aludiendo que se trata de un negocio oneroso y retribuido en favor de la sociedad porque, por ejemplo, se ha impuesto al tercero adquirente un interés (y ello aunque fuera incluso superior al de mercado). También estarían excluidas otras formas de financiación que conlleven de una u otra forma una retribución, como el préstamo participativo. El fundamento de la norma no es tanto que el negocio sea gratuito u oneroso, sino el propio hecho de que la sociedad contribuya a que un tercero adquiera una participación en el capital propio.

El art. 143.2 LSC menciona expresamente «créditos o préstamos», mientras que el art. 150.1 LSC sólo hace referencia a los préstamos. No obstante, el texto de ambos incluye a modo de cierre la prohibición genérica de «asistencia financiera», por lo que es razonable concluir que, en este ámbito, las operaciones de concesión de crédito tampoco están permitidas en sede de Sociedades Anónimas.

Estaría también incurso en este supuesto el caso en que la sociedad, habiendo contraído el tercero alguna deuda con ella, permitiese a éste permanecer en situación de «descubierto» impunemente o si le concediese aplazamientos no justificados a deudas ya contraídas previamente por el tercero.

## **3. Prestar garantías**

La normativa que estamos estudiando prohíbe a la sociedad la prestación de garantías para la adquisición de acciones o participaciones propias. La sociedad puede prestar asistencia financiera directamente (anticipo de fondos, concesión de préstamos, créditos o similares), o puede hacerlo indirectamente, prestando garantías de toda clase. Se trata de una modalidad de asistencia que compromete el patrimonio de la sociedad asistente, al vincularlo a la devolución de la financiación por el tercero adquirente.



Entre las conductas prohibidas clásicas estaría la constitución de hipoteca sobre inmuebles de la sociedad asistente en garantía de la financiación obtenida por la parte compradora<sup>11</sup>. De esa forma la entidad o entidades que corren con la financiación minimizan el riesgo y son más accesibles a la hora de concederla, facilitando además mejores condiciones al disminuir el riesgo de la operación.

La garantía puede ser no sólo hipotecaria, sino también pignoratícia (por ejemplo, sobre títulos cotizados pertenecientes a la sociedad afectada<sup>12</sup> o, más sutilmente, pignorando algún tipo de contrato de prestación de servicios que se constituya *ex novo* entre la sociedad asistente y la parte adquirente o alguna de las sociedades de su grupo), o incluso pueden prestarse garantías personales indirectas típicas (constitución de la propia sociedad asistente como fiadora o avalista en alguna de las operaciones de financiación) o atípicas (fianza a primera demanda o a primer requerimiento, asunción cumulativa de deudas de la parte compradora o, por ejemplo, carta de patrocinio —que, por más que suponga una garantía más débil, no por ello deja de serlo—).

#### 4. Asistencia financiera

Como cláusula de cierre, tanto el art. 143.2 como el 150.1 LSC recurren a la prohibición de concesión de cualquier tipo de asistencia financiera. Por lo tanto, la enumeración que hacen ambos artículos no es excluyente; es más, gran parte de la doctrina considera que las conductas enumeradas se mencionan sólo a título de ejemplo o por ser las más frecuentes, pero siendo la conducta prohibida, precisamente, la asistencia financiera como tal.

Como es inherente a toda cláusula de cierre, también ésta genera una cierta inseguridad jurídica, pero resultaba, por otro lado, inevitable (no así la enumeración previa). La finalidad perseguida por el legislador es, obviamente, cerrar el paso a cualesquiera otros negocios jurídicos distintos de los enumerados que pudieran sortear la prohibición, evitando así el fraude de ley.

Ahora bien, hay que buscar un equilibrio entre evitar el fraude de ley y realizar una interpretación expansiva o amplia de la expresión «asistencia financiera». Con la honorable intención de evitar conductas que incurran en fraude de ley, no resultan infrecuentes las interpretaciones que olvidan los contornos de la prohibición tal y como está delimitada por la ley, persiguiendo y hostigando operaciones claramente situadas fuera de sus fronteras. La jurisprudencia es clara<sup>13</sup> en el sentido de que las normas prohibitivas han de ser objeto de una interpretación restrictiva. Por lo tanto, no debemos olvidar nunca ese criterio restrictivo a la hora de estudiar la casuística a la que podemos enfrentarnos en el tráfico mercantil.

<sup>11</sup> RDGRN de 1 de diciembre de 2000.

<sup>12</sup> STS 413/2012, de 2 de julio, se refería a una prenda sobre títulos preferentes de una conocida entidad financiera pertenecientes a la sociedad afectada.

<sup>13</sup> STS 872/1989, de 28 de noviembre, y muchas otras posteriores.

## V. OPERACIONES EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como hemos dicho anteriormente, para incurrir en la conducta prohibida por los arts. 143.2 y 150 LSC es precisa la concurrencia de tres elementos: (i) un negocio de asistencia financiera; (ii) otro de adquisición de participaciones o acciones propias (o de la sociedad dominante o de sociedades del grupo, según el tipo social); y (iii) un nexo causal entre ambos.

No estarán, por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de participaciones o acciones propias los supuestos que examinamos a continuación.

### 1. Casos en que falta el negocio de adquisición

Están excluidos del ámbito de aplicación de la norma los casos en que el tercero a quien se facilita la asistencia no realiza ningún negocio de adquisición de participaciones o acciones de la sociedad o de las de su grupo.

Esos supuestos, aunque la asistencia financiera no vaya seguida de un negocio de adquisición, si aquella se realiza en favor de miembros del órgano de administración, socios o sociedades del mismo grupo y se trata de una sociedad limitada, quedan enmarcados en el ámbito del art. 162 LSC, que exige el acuerdo de la Junta general de la sociedad para llevar a cabo dichas operaciones, salvo que la beneficiada sea otra sociedad del mismo grupo. Dicho artículo —incardinado en el capítulo regulador de las competencias de la Junta general— no excluye la competencia del órgano de administración para la realización de dichos negocios, pero impone la previa autorización de la Junta general como mecanismo de control.

Si no hay negocio de adquisición de la propiedad de las acciones o participaciones sociales, por mucho que haya asistencia financiera, no estaremos en el supuesto de hecho de los arts. 143.2 y 150.1 LSC.

Vamos a estudiar ahora los casos dudosos en los que lo que se adquiere por el tercero no es, en puridad, la titularidad de las acciones o participaciones sociales y con ella la condición íntegra de socio, pero sí ciertos derechos privativos de éste:

#### 1.1. *Usufructo*

Si la asistencia financiera de la sociedad se destina a la adquisición del usufructo de participaciones sociales o acciones de la sociedad o de sus filiales, cabe plantearse si dicho negocio de asistencia financiera vulnera o no la prohibición legal. Aunque, técnicamente hablando, la cualidad de socio reside en el nudo

propietario (art. 127.1 LSC), el supuesto del usufructo puede presentar, a estos efectos, algunas particularidades.

Con carácter general, resulta indudable que si el negocio de adquisición no se refiere al pleno dominio, sino a la constitución de un derecho de usufructo sobre las participaciones o acciones en favor del tercero que recibe la asistencia financiera, dicha operación quedará fuera del ámbito de aplicación de los arts. 143.2 y 150.1 LSC. A estos efectos no se trataría de una auténtica adquisición. Una sentencia reciente del Tribunal Supremo<sup>14</sup> mantiene que *«la constitución del usufructo no altera su titularidad, puesto que, como ya hemos visto, el art. 127.1 LSC atribuye la cualidad de socio al nudo propietario. Esta atribución es una norma de derecho imperativo que no puede ser alterada estatutariamente, porque lo que puede configurarse estatutariamente es la distribución de derechos entre nudo propietario y usufructuario, pero no la atribución de la titularidad [cualidad de socio] a este último»*. Más adelante la propia sentencia trata el asunto de la autocartera y afirma con rotundidad que *«el art. 140 LSC siempre se refiere a adquisiciones a título de dominio y no a otros derechos reales sobre las participaciones, como es el usufructo»*.

Sin embargo, como excepción a ese planteamiento general, si en virtud de disposición estatutaria expresa (adoptada antes, simultáneamente o posterior y próximamente a la adquisición) correspondiera al usufructuario el ejercicio de los derechos políticos —en defensa de su propio interés— y, en particular, el ejercicio del derecho de voto, el propio Tribunal Supremo expresa sus dudas. En un primer momento dice que: *«Debe compartirse el criterio de la sentencia recurrida de que la normativa sobre participaciones propias (autocartera) está dirigida exclusivamente a la plena propiedad de parte del capital por la sociedad, no a la titularidad de otros derechos reales limitados, como el usufructo, salvo que éste atribuya a la sociedad (usufructuaria) el derecho de voto y afecte así al principio organizativo de la sociedad»*; y, más adelante, reitera: *«que la sociedad sea usufructuaria de un porcentaje de sus propias participaciones, sin ostentar los derechos de voto, no constituye propiamente autocartera»*. Parece resultar, pues, determinante para el Tribunal Supremo la legitimación para el ejercicio de los derechos de voto sobre las participaciones o acciones afectadas por el negocio de adquisición.

Es cierto que en el caso tratado en esa sentencia lo que se planteaba era un supuesto de autocartera, el cual tiene un matiz diferencial. Si una sociedad adquiere el usufructo de sus propias participaciones o acciones, aun cuando estatutariamente el usufructuario tenga conferido y reservado el ejercicio del derecho de voto, dicho derecho no podrá ejercitarse, puesto que los arts. 142 y 148.a) LSC suspenden el ejercicio de los derechos de voto y demás derechos políticos mientras se mantenga la situación de autocartera. El caso de la asistencia financiera es

<sup>14</sup> STS 186/2017, de 15 de marzo.

distinto, porque ahí quien ejercita los derechos de voto es el tercero adquirente, por lo que bien podría aplicarse el criterio antes expuesto.

Todo ello nos lleva a pensar que, aunque la cualidad de socio corresponde inmutablemente al nudo propietario (*ex art. 127 LSC*), si al constituirse el usufructo en favor del tercer adquirente correspondiera a éste por disposición estatutaria expresa el ejercicio de los derechos de voto, aunque sólo sea —evidentemente— con carácter temporal y mientras dure el usufructo, deberemos entender que la adquisición de dicho usufructo es equiparable a la del pleno dominio sobre las participaciones sociales o acciones al adquirir los derechos políticos y económicos derivados propios de la condición de socio y, por tanto, resultará aplicable la prohibición de asistencia financiera de los arts. 143.2 y 150.1 LSC.

El motivo de este planteamiento hay que encontrarlo en los propios fundamentos de la prohibición de asistencia financiera, uno de los cuales es, precisamente, evitar manipulaciones de la estructura y composición del capital social por parte del órgano de administración, fabricando mediante dicha asistencia mayorías más favorables a sus intereses. Esa interpretación resulta extensible, como veremos, a otros casos en que la asistencia financiera facilite la adquisición no del pleno dominio en sentido puro, sino de otros derechos reales, titularidades o posiciones jurídicas que faculden al tercero adquirente a ejercer, en defensa exclusiva de su propio interés, derechos de voto en las Juntas generales de la sociedad asistente. Esa situación en que se disgrega la titularidad del ejercicio de los derechos de voto es ya unánimemente admitida y considerada lícita por la jurisprudencia<sup>15</sup>.

## 1.2. Nuda propiedad

En relación con lo dicho en el apartado anterior, si el negocio adquisitivo es de la nuda propiedad resultará aplicable la prohibición de asistencia financiera.

En el caso de que se adquiriera la nuda propiedad, pero el ejercicio de los derechos de voto estuviere estatutariamente atribuido al usufructuario, la condición de nudo propietario estaría prácticamente vacía de contenido desde el punto de vista societario en tanto subsistiera el usufructo. Consecuentemente, mientras no se extinga el usufructo y se consolide con la nuda propiedad, no sería aplicable la prohibición de asistencia financiera pese a tener el nudo propietario la cualidad de socio *ex lege* (art. 127 LSC). Estaríamos ante un supuesto incluido en la letra de la ley, pero no en su espíritu, lo que podría generar una gran inseguridad jurídica para los intervinientes en dicha operación.

---

<sup>15</sup> STS 616/2012, de 23 de octubre, SAP Madrid 149/2016, de 22 de abril o SAP Madrid 151/2018, de 2 de marzo.

### 1.3. Acreedor pignoraticio

El supuesto del acreedor pignoraticio guarda cierta relación con el del usufructuario. Se trataría del caso en que la sociedad asiste a un tercero para que adquiera un crédito garantizado con prenda sobre participaciones o acciones de la sociedad, lo que —si lo permiten los estatutos— le confiere a ese tercero los derechos de voto.

El art. 132.1 LSC reserva al propietario pignorante el ejercicio de los derechos de socio, por lo que con carácter general la asistencia financiera prestada por la sociedad a un tercero para la adquisición de un crédito con garantía pignoraticia sobre participaciones o acciones propias o de otras sociedades del grupo estaría fuera del ámbito de aplicación de la prohibición de asistencia financiera.

No obstante, si por disposición en contrario de los estatutos la situación fuere la inversa, consideraríamos aplicable la prohibición de asistencia financiera utilizando argumentos similares a los expuestos anteriormente.

### 1.4. Opción de compra

Si el negocio de asistencia tiene como objeto facilitar a un tercero la adquisición, no ya de la propiedad, sino de una opción de compra sobre participaciones o acciones propias, se plantea la cuestión de si dicha operación de asistencia estaría o no dentro de las conductas prohibidas. Para estudiar este supuesto procede separar o desgajar lo que, en realidad, son dos negocios jurídicos distintos, aunque claramente vinculados. Por un lado, está el negocio de concesión de la opción por el concedente al optante; y, por otro, el ejercicio de la opción de compra por parte del optante para adquirir la titularidad de las participaciones o acciones. La literalidad de la ley lo que prohíbe es la asistencia para la adquisición de la propiedad, lo que —en este caso— sólo se produce al ejercitarse la opción por el optante. En el caso de concesión de una opción de compra sobre participaciones o acciones, es claro que la titularidad de éstas sigue siendo del concedente de la opción, a quien corresponderá el ejercicio de todos los derechos (y, en particular, el de voto) en tanto no se ejercite la opción por el optante.

En nuestra opinión, si la asistencia se presta exclusivamente para que el tercero adquiera la opción de compra (es decir, para afrontar el pago del precio de concesión de la opción), ello no está incluido dentro del ámbito de aplicación de la prohibición. El único caso en que podríamos entender aplicable la prohibición legal sería aquél en que se hubiere convenido, entre el concedente y el optante, que el importe satisfecho por el optante para la concesión de la opción se descuenta —a modo de pago adelantado— del precio total a satisfacer cuando se ejercite ésta. En esos supuestos podríamos entender que se está financiando no sólo la concesión de la opción, sino el propio precio de las participaciones o acciones, lo que encajaría plenamente en la conducta prohibida por la ley.

### **1.5. Derechos de adquisición preferente**

La solución adoptada en el apartado precedente respecto a la opción de compra —distinguiendo, por un lado, el negocio de concesión de la opción y, por otro, el de ejercicio de la misma— es análoga a la que debe aplicarse a los casos en que la asistencia financiera se preste a un tercero para que éste adquiera un derecho de adquisición preferente (sea previo —tanteo— o posterior —retracto— a la transmisión) sobre ciertas participaciones sociales o acciones. La asistencia financiera prestada a estos efectos queda claramente fuera del ámbito de aplicación de la prohibición, puesto que en ningún caso ostentar un derecho de adquisición preferente puede equipararse a adquirir la titularidad de participaciones o acciones.

### **1.6. Activos esenciales**

Al contrario que el art. 35 LME, los arts. 143.2 y 150 LSC no contemplan expresamente como asistencia financiera prohibida la prestada para que el tercero adquiera, no participaciones o acciones propias, sino activos de la sociedad asistente esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial. Ante ese vacío legal, y teniendo en cuenta que —habiendo transcurrido más de diez años desde la entrada en vigor de la LME— el legislador no ha modificado el texto de la LSC pese a haber incluido esa variante en la LME, cabe plantearse si las operaciones de asistencia financiera para la adquisición de activos, y no de participaciones, estarían o no comprendidas en la prohibición. Con carácter general, la respuesta debe ser negativa. Como hemos comentado, las normas prohibitivas deben interpretarse en sentido restrictivo, por lo que —como regla general— si una sociedad asiste a un tercero para que éste adquiera activos de la misma no estaríamos ante una asistencia financiera prohibida.

Si la asistencia financiera se presta para la adquisición de activos esenciales o de importancia por su valor patrimonial, hay que tener en cuenta que esa clase de operaciones exigen, por ministerio de la ley (art. 160.f) LSC) la aprobación de la Junta general de la sociedad asistente. No son operaciones que el órgano de administración pueda hurtar del control previo de los socios.

El concepto de activos esenciales del art. 160 LSC nos podría ser de utilidad a estos efectos. Aunque, con carácter general, la asistencia para adquirir activos propios estaría excluida de la prohibición (que se ciñe a la adquisición de participaciones o acciones), es evidente que si dichos activos son relevantes para la sociedad podríamos estar ante una operación realizada en fraude de ley (art. 6.4 CC), puesto que se estaría logrando el resultado prohibido por los arts. 143.2 y 150 LSC al amparo de un negocio jurídico en apariencia lícito. La consecuencia sería —como indica el propio art. 6.4 CC— la debida aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (en este caso, los arts. 143.2 o 150 LSC).

Como la norma prohibitiva no contempla como regla general la adquisición de activos como conducta prohibida, debemos restringir esta interpretación exclusivamente a la adquisición de activos relevantes, en el sentido del art. 35 LME. Tendrán dicha consideración: por un lado, aquéllos que sean esenciales para su normal explotación, que son instrumentales y necesarios para el desarrollo del objeto social contemplado en los estatutos (por ejemplo, para una sociedad avícola, la única explotación titularidad de la sociedad); y, por otro lado, aunque no tengan ese carácter esencial para el desarrollo del objeto, también se incluirían los que sean de importancia por su valor patrimonial. El umbral que podría marcar dicha importancia podría ser el utilizado por el propio art. 160.f) LSC, antes citado: que su cuantía supere el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado.

## **2. Casos en que la adquisición no se realice por un tercero, sino por la propia sociedad**

Tampoco se aplican los arts. 143.2 o 150 LSC a los negocios de asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones o acciones en los que el adquirente no tiene la condición de «tercero» como tal.

Ese «tercero» adquirente puede ser cualquiera, entendido como cualquier persona física o jurídica que tenga una personalidad jurídica y un interés distinto al de la propia sociedad. En dicho concepto de «tercero» se incluiría, pues, no sólo a cualquier extraño a la sociedad, en sentido estricto, sino también a los miembros del órgano de administración de la misma, los socios —mayoritarios o minoritarios—, o sus empleados. A efectos de la prohibición de asistencia financiera es indiferente que dicho tercero tenga o no vinculación con la sociedad porque, en cualquier caso, si cumple con el tipo legal, se trata de una conducta prohibida y no dispensable.

Las únicas excepciones a esta regla general serán las operaciones de asistencia financiera realizadas por Sociedades Anónimas para la adquisición por parte de «personal de la empresa» de acciones propias, o de acciones o participaciones de cualquier sociedad del grupo. Nótese el matiz de que el art. 150.2 LSC no se limita tan sólo a acciones o participaciones de la sociedad dominante, sino a las de cualquier sociedad del grupo (límite que sí impone el art. 150.1 LSC). Para su estudio nos remitimos a lo dicho anteriormente.

Planteamos a continuación algunos supuestos dudosos.

### **2.1. ¿Constituyen las sociedades del mismo grupo tercero a estos efectos?**

Puede plantearse la cuestión de si tiene la consideración de tercero a estos efectos una sociedad intragrupo; por ejemplo, una sociedad filial que asiste fi-



nancieramente a otra sociedad filial dependiente jerárquicamente de aquélla para adquirir participaciones o acciones de su sociedad dominante; o, a la inversa, la matriz asiste a una filial para adquirir participaciones de otra filial. O incluso el caso de una operación en que el tercero sea una sociedad que forma parte del grupo, pero respecto de la cual la sociedad asistente no tenga ninguna dependencia jerárquica porque no haya participación, directa o indirecta, de ninguna de ambas en el capital de la otra. En esos casos consideramos necesario apoyarnos en la jurisprudencia<sup>16</sup>, que manifiesta que: *«La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado»*.

Por lo tanto, dando por sentado que la filial, pese a estar integrada en un grupo societario, tiene no sólo personalidad jurídica propia sino también un interés social separado y distinto al del grupo —aunque condicionado por éste—, no parece que podamos eludir la prohibición alegando que la sociedad adquirente no es técnicamente un «tercero» por formar ambas (asistente y adquirente) parte del mismo grupo de sociedades. Como consecuencia, con carácter general, las operaciones de asistencia financiera intragrupo a que nos hemos referido caen dentro del ámbito de aplicación de la prohibición de los arts. 143.2 y 150.1 LSC.

Excepcionalmente podremos considerar que no es tercero adquirente la sociedad filial (y, en consecuencia, no se aplicará la prohibición a la asistencia financiera prestada) en aquellos casos en que, pese a gozar la filial técnicamente de personalidad jurídica propia, se den los siguientes presupuestos: 1) que la integración de dicha filial en el grupo sea total, de modo que no haya tráfico económico entre ambas en sentido estricto; 2) que no haya socios minoritarios que participen en el capital social de la filial; y 3) que la filial esté tan controlada por la matriz que, en realidad, su actuación carezca de independencia real ni de autonomía en la toma de decisiones relevantes. Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para estudiar si, efectivamente, se dan dichas condiciones en la operación para entender si resulta o no aplicable la prohibición.

Los riesgos de las operaciones intragrupo, sobre todo si hay minoritarios en las filiales, son evidentes. Así la sentencia antes citada reseñaba otra —de la que traía causa— en la que, correctamente, se afirmaba que: *«el sometimiento de una pluralidad de sociedades al poder de dirección unitario propio del grupo de sociedades no determina que una decisión o acto que implique el vaciamiento patrimonial o desvío de los activos de una de las sociedades sometidas, con el consiguiente perjuicio para esta, quede justificado desde la perspectiva de la*

<sup>16</sup> STS 695/2015, de 11 de diciembre.

*responsabilidad de los administradores, cuando hay socios minoritarios externos que ven mermado el valor de su participación social en provecho de otras sociedades del grupo en las que no participan». Y, por fin, viene la parte más interesante a nuestros efectos: «El interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial». Nótese que son, precisamente, los citados intereses de los acreedores y de los socios minoritarios los que constituyen el fundamento jurídico último de la prohibición de asistencia financiera que estamos estudiando. Por lo tanto, parece que —con estos precedentes— la posición del Tribunal Supremo en esta materia, si alguna vez se planteara, podría inclinarse por considerar que la sociedad filial (o, en su caso, la dominante) sí que constituye un «tercero» a los efectos de la prohibición.*

Concluimos este apartado haciendo alusión a que, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 LSC, la prohibición de asistencia financiera resulta aplicable a supuestos de adquisición de acciones o participaciones de una sociedad dominante española, y ello aunque el adquirente resulte ser una sociedad (o una persona física) de nacionalidad extranjera.

A efectos de derecho internacional privado tanto el negocio de adquisición de participaciones o acciones, como el negocio de asistencia propiamente dicho<sup>17</sup>, en tanto que negocios *inter vivos* que generan obligaciones de naturaleza civil o mercantil, estarán sujetos al Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo artículo 3.1 dispone que la ley aplicable a dichos contratos será la ley elegida por las partes intervinientes. No obstante, la normativa prohibitiva de la asistencia financiera se deriva de la *lex societatis*, esto es, la ley aplicable a la sociedad. Al no existir una norma unificadora a nivel comunitario en esa materia debemos estar al criterio de nuestro ordenamiento, y en concreto al artículo 8 LSC, por el que: «Serán españolas y se regirán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido». En definitiva, las sociedades de capital domiciliadas en territorio español no podrán prestar asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias, y ello aunque los negocios de asistencia y adquisición, individualmente considerados, se rijan por un derecho extranjero.

## **2.2. Adquisición por tercero de participaciones o acciones de sociedades del grupo**

En relación con esta materia, el texto de la ley introduce una importante distinción en el régimen aplicable a las Sociedades Limitadas y a las Sociedades

<sup>17</sup> Aquel por el que se presta la asistencia; bien sea un préstamo, un crédito, la constitución de una garantía o similares.

Anónimas. En relación con las Sociedades Limitadas, el art. 143.2 LSC prohíbe anticipar fondos para la adquisición de *«sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca»*. En cuanto a las Sociedades Anónimas, la regla general es el art. 150.1 LSC, que tan sólo lo prohíbe *«para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante»*. Pese a ello, posteriormente, el apartado segundo admite la asistencia prestada para facilitar al personal de la empresa *«adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo»*.

El criterio para aplicar uno u otro artículo es el tipo social de la sociedad que presta la asistencia financiera, independientemente de la naturaleza de la sociedad cuyas participaciones o acciones se adquieran (la sociedad *«target»*, mencionada con anterioridad).

Si la sociedad que presta la asistencia financiera es una sociedad limitada, dicha asistencia estará prohibida (art. 143.2 LSC) independientemente de que se preste para la adquisición de participaciones de la propia sociedad asistente, o de participaciones o acciones de su sociedad matriz o de alguna filial del grupo (sean anónimas o limitadas).

Por el contrario, si la sociedad que presta la asistencia financiera es una sociedad anónima, la asistencia estará prohibida (art. 150.1 LSC) si se presta para la adquisición de acciones o participaciones de su sociedad dominante; pero no si las acciones o participaciones que se van a adquirir con dicha asistencia financiera corresponden a una sociedad filial o dependiente de ésta. Por lo tanto, la prohibición es tan sólo para las operaciones de adquisición verticales: para la adquisición de acciones o participaciones de la sociedad dominante; pero no, por ejemplo, para adquirirlas de otras filiales dependientes de la que presta la asistencia, o incluso de otras sociedades del grupo de las que no penda directa ni indirectamente la que presta la asistencia, por no tener ninguna participación en el capital de la otra.

### **2.3. Adquisiciones por parte de sociedad instrumental o «newco»**

Aunque, literalmente, en el esquema que hemos planteado la asistencia financiera ha de prestarse al propio tercero que adquiere las acciones o participaciones sociales, es muy frecuente que quienes desean adquirir las acciones o participaciones utilicen, a tal fin, una sociedad instrumental, normalmente constituida o adquirida *ex novo* al efecto (por influencia anglosajona, *«newco»*), participada íntegramente por los adquirentes reales. En esos casos, la sociedad instrumental es el vehículo de adquisición o tenencia de las acciones o participaciones sociales; pero, normalmente, la financiación de la operación procede del tercero adquirente *«real»*.

Evidentemente, también infringirá la prohibición aquella asistencia financiera prestada al tercero adquirente «real» (que es el que, normalmente, correrá a cargo de la financiación de la adquisición), aunque el negocio de adquisición se verifique en favor de la sociedad instrumental o «newco» utilizada al efecto por éste. El sujeto garantizado y el adquirente no son el mismo, pero ese hecho es irrelevante a efectos de aplicar la prohibición. Haya o no una sociedad interpuesta, la sociedad *target* está financiando, directa o directamente, a la sociedad adquirente.

### 3. Casos en que falta el nexo causal entre el negocio asistencial y el de adquisición

Cuando falta el nexo causal entre el negocio asistencial y el de adquisición, la asistencia no se entiende prestada «para» facilitar la adquisición de acciones o participaciones de la sociedad afectada. Es esencial que entre el negocio de adquisición y el negocio de asistencia haya una vinculación; es decir, que el segundo se realice con la finalidad de facilitar el primero. No se prohíbe, pues, cualquier asistencia financiera, sino sólo la que tenga dicha finalidad. A tal efecto, la necesidad de acreditar dicho vínculo produce una cierta inseguridad jurídica, puesto que al tratarse de una norma prohibitiva y ser de interpretación restrictiva tan sólo cabrá incluir en las conductas prohibidas aquéllas en las que dicho vínculo (esa intención común a ambas partes intervinientes en el negocio de asistencia), ese «para», sea evidente y manifiesto, y además dicha finalidad de asistencia deberá ser esencial y no tan sólo secundaria o concurrente con otras<sup>18</sup>. Para ello habrá que estudiar los hechos y las circunstancias de cada caso concreto, pudiéndose plantear problemas de prueba en sede judicial.

Salvo los raros supuestos en que ambas partes hayan formulado expresamente esa vinculación, o cuando —aun no habiéndolo hecho— se pueda deducir de forma concluyente que la asistencia se prestaba con la finalidad de facilitar el negocio de adquisición, por lo general, la vinculación entre ambos negocios deberá determinarse en función de una serie de elementos o criterios objetivos, ponderables siempre por los tribunales.

Dichos elementos son para la jurisprudencia<sup>19</sup> y la doctrina, fundamentalmente, dos: el temporal y el cuantitativo.

El **temporal** no siempre es determinante, puesto que la asistencia financiera, como tal, se puede prestar indistintamente —a efectos de la prohibición— con

<sup>18</sup> SAP Madrid 2/2007, de 9 de enero.

<sup>19</sup> SAP Barcelona, 411/2019, de 1 de marzo, que literalmente dice que «para apreciar la finalidad asistencial del préstamo es precisa una conexión temporal y cuantitativa (...). Sólo se da cierta proximidad o cercanía (...) que nos parece insuficiente para concluir que hubo vulneración de la prohibición legal de asistencia financiera».

carácter previo, simultáneo o posterior al negocio de adquisición<sup>20 21</sup>. ¿Y qué criterio temporal hay que utilizar?

Si la asistencia se presta con carácter simultáneo al negocio de adquisición parece sencillo deducir el vínculo finalista entre los negocios de asistencia financiera y de adquisición.

En cuanto a la asistencia financiera prestada con anterioridad al negocio de adquisición, con carácter general, debemos rechazar la existencia de un vínculo entre ambos negocios, salvo prueba en contrario, cuando al tiempo de formalizarse el negocio de asistencia no se hubieran iniciado siquiera las gestiones para promover o hacer posible el negocio de adquisición, puesto que difícilmente podría haberse prestado la asistencia con el fin de facilitar una adquisición que todavía ni se planteaba. A modo de ejemplo, en la citada SAP Barcelona, 411/2019, de 1 de marzo, se rechazó la existencia de nexo causal —y, en consecuencia, se consideró lícita— una operación en la que entre el negocio de financiación y el negocio de adquisición habían transcurrido más de seis meses. Evidentemente, si cuando se formalizó el negocio de asistencia ya se habían iniciado los trámites de la operación de adquisición y se demuestra que ésta se dio, precisamente, para facilitar aquélla estaremos dentro de uno de los supuestos prohibidos por la ley.

Pero la prohibición va más allá, y sanciona no sólo los casos previos o simultáneos al negocio de adquisición, sino también los posteriores: no cabe actuar en fraude de ley formalizando el negocio de asistencia con posterioridad al de adquisición, habiéndose realizado el negocio adquisitivo mediante una financiación que podríamos llamar provisional. No obstante, existe un riesgo evidente de prolongar demasiado en el tiempo la prohibición, de modo que tampoco se podrá sancionar la conducta del adquirente que, una vez ha tomado total control de la sociedad y habiendo restituido un porcentaje importante de la financiación, finalmente no puede resistir a la tentación de «meter la mano en la caja» de la sociedad adquirida, lo que precisamente nos lleva al siguiente criterio a tener en cuenta para determinar si se produce ese nexo o vinculación.

El criterio **objetivo o cuantitativo** plantea si la asistencia fue instrumentalmente necesaria para la adquisición y si se hubieran dado la una sin la otra. ¿Habría habido asistencia financiera en las mismas condiciones si no hubiera habido adquisición? Y a la inversa, ¿se habría formalizado en iguales condiciones el negocio adquisitivo si no hubiera mediado la supuesta asistencia financiera? En los casos en que el negocio de asistencia no se hubiera realizado de ninguna forma si no se hubiera planteado el negocio de adquisición, así como en los casos en que

<sup>20</sup> SAP Asturias, 723/2002, de 28 de noviembre, que engloba en la asistencia financiera «*todo tipo de operación (...) de la que resulte una ventaja patrimonial para éstos, incluida la financiación a posteriori*».

<sup>21</sup> Ya en Inglaterra —origen de la prohibición de asistencia financiera—, al tiempo de su regulación primigenia, el Comité Greene (1926) aceptó que era indiferente si la asistencia era anterior o posterior a la adquisición.

el negocio de asistencia guarde relevancia en relación con el volumen o escala de la operación de adquisición, podremos considerar que existió tal vínculo y que la asistencia se prestó con la finalidad de facilitar el de adquisición.

Como estudiaremos posteriormente, la ausencia de nexo causal entre los negocios asistencial y de adquisición es una de las principales vías para evitar estar incurso en la prohibición legal.

#### **4. Casos en que la asistencia no se presta con activos o contra recursos propios de la sociedad**

Es consustancial a la prohibición de asistencia financiera que ésta se preste con activos propios de la sociedad asistente, cuyas participaciones o acciones se adquieren. Si la asistencia la presta otro sujeto (por ejemplo, otra sociedad, un socio, o el administrador con sus propios recursos) no estaremos, obviamente, ante la conducta prohibida.

La prohibición que estudiamos parte del supuesto en que la sociedad asiste a un tercero para la adquisición de sus propias participaciones o acciones utilizando recursos de la propia sociedad. Esto evidencia el riesgo de que se produzca un vaciamiento patrimonial de la sociedad, o de que se utilice esa vía —por parte del órgano de administración— para manipular o subvertir la composición del capital y, con ello, el régimen de mayorías en los distintos órganos societarios. Si no se vincula en modo alguno el patrimonio social, sino que la eventual asistencia financiera se presta por terceros ajenos a ésta, no nos encontraremos dentro del ámbito de aplicación de los arts. 143.2 y 150 LSC. Es más, salvo en los casos de adquisiciones intragrupo, estaremos directamente fuera del capítulo regulador de los negocios sobre las propias participaciones o acciones.

Lógicamente, el tercero adquirente es libre de dar en garantía de la financiación obtenida para satisfacer el precio de adquisición cualesquiera bienes y derechos de que sea titular. Es relativamente frecuente la pignoración de las participaciones o acciones adquiridas en garantía de la devolución de la financiación, lo que además suele conllevar pactos adicionales con compromisos sobre la gestión de la sociedad y la conservación por ésta de determinados activos si el paquete pignorado confiere derechos de voto mayoritarios en la Junta general. El problema es que, de cara a la entidad financiera, la garantía que supone la prenda de las participaciones o acciones adquiridas es más débil que la constitución de garantías directas sobre el patrimonio del deudor puesto que, obviamente, el valor de las participaciones o acciones dadas en prenda depende de la evolución del valor de la propia sociedad adquirida, así como de las deudas contraídas por ésta.

Por otra parte, si con arreglo a los procedimientos establecidos en la normativa aplicable se puede trasladar un activo desde el patrimonio de la sociedad al de los socios, éstos, posteriormente, serán perfectamente libres para destinar lícitamente

esos recursos procedentes de la sociedad al propósito que tuvieran por conveniente. Y ello incluye tanto la posibilidad de utilizarlos para adquirir participaciones o acciones de la sociedad, como la de financiar a un tercero para que sea éste el que proceda a adquirirlas. Ésta es, en la práctica, una vía bastante utilizada para eludir lícitamente la prohibición de asistencia financiera.

Sin ánimo de ser exhaustivos, las tres vías más utilizadas para trasladar esos activos desde el patrimonio de la sociedad al de los socios son: 1) la reducción de capital social; 2) la distribución de un dividendo extraordinario<sup>22 23</sup>; y 3) la disolución y posterior liquidación de una sociedad del grupo para proveer al socio titular de participaciones o acciones de la misma de liquidez para hacer frente a la adquisición de participaciones o acciones de otra sociedad.

En los tres casos, para la válida realización de dichas operaciones, el legislador contempla una serie de cautelas y garantías, de carácter obligatorio —aunque con distintos matices en cada caso—, que aseguran la integridad del capital social y que dichas operaciones no se hacen en perjuicio de acreedores. Como todas las alternativas planteadas son competencia de la Junta general y han de ser sometidas con carácter previo a aprobación por la misma, se garantiza también la transparencia y la protección de los socios minoritarios. El socio que hubiera votado en contra del acuerdo habrá gozado, no obstante, de todas las garantías previstas por el ordenamiento, y tan sólo podría impugnar dichos acuerdos si, no habiéndose realizado la venta en condiciones de mercado, se consiguiera demostrar que los acuerdos adoptados eran contrarios al interés social (algo difícil puesto que dicho interés no es algo abstracto, sino que se configura por las decisiones adoptadas por los propios socios).

## VI. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN

### 1. Nulidad parcial

Como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de participaciones o acciones propias, salvo en las dos excepciones previstas en sede de sociedades anónimas, es de carácter absoluto. El texto de la ley en ambos casos es claro («no podrá») y en los apartados dos y tres del art. 150 LSC se configura expresamente como «prohibición».

<sup>22</sup> El Comité Jenkins, del que ya hemos hablado anteriormente, solicitó que se excluyera expresamente como conducta prohibida el reparto de dividendos legalmente acordados.

<sup>23</sup> Como la distribución de dividendos no es una conducta prohibida, sería lícito el supuesto en el que una sociedad matriz acuerda distribuir de forma regular dividendo de modo que aumente la liquidez de una filial, para que luego ésta (representada por su órgano de administración, que sería el que tomaría la decisión) adquiriera participaciones o acciones de la matriz. No habría asistencia financiera prohibida, pero sí sería aplicable el régimen de adquisición derivativa de participaciones o acciones propias.



La ley no contempla todas las consecuencias de la infracción de los arts. 143.2 y 150 LSC, sino que tan sólo dispone en el art. 157 LSC<sup>24</sup>, regulador del régimen sancionador, la imposición de una multa a los administradores, correspondiendo la instrucción del procedimiento sancionador al Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Economía y Empresa), en el caso de las Sociedades Limitadas, y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en el caso de las Sociedades Anónimas.

Ante la ausencia de una norma especial, y dado que, como afirma el Tribunal Supremo<sup>25</sup>, *«la sanción administrativa prevista en el artículo 157.1.II. LSC no soluciona las consecuencias perjudiciales que la infracción de la norma produce en el ámbito jurídico privado»*, habría que acudir a la norma general, contenida en el art. 6.3 del Código Civil, conforme a la cual *«los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»*. Como no podemos entender que el régimen sancionador del art. 157 LSC suponga una excepción a la norma general, en principio, la sanción sería la nulidad<sup>26</sup>.

El Tribunal Supremo tiene una ya consolidada jurisprudencia que es partidaria de aplicar con mucha cautela la sanción de la nulidad absoluta. En los últimos

<sup>24</sup> «1. Se reputará infracción el incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones establecidas en el presente capítulo.

2. Las infracciones anteriores se sancionarán con multa por importe de hasta el valor nominal de las participaciones asumidas o acciones suscritas, adquiridas o aceptadas en garantía por la sociedad o adquiridas por un tercero con asistencia financiera o, en su caso, las no enajenadas o amortizadas. El incumplimiento del deber de enajenar o amortizar será considerado como infracción independiente.

Para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios de la misma y a terceros.

3. Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores no sólo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora. La responsabilidad se exigirá conforme a los criterios previstos en los artículos 225, 226, 236 y 237.

4. Las infracciones y las sanciones contenidas en el presente artículo prescribirán a los tres años, computándose de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. En la sociedad de responsabilidad limitada las infracciones se sancionarán previa instrucción del procedimiento por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme al Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

6. En la sociedad anónima, la competencia para la iniciación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores resultantes de lo dispuesto en este capítulo se atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el caso de que el expediente sancionador recayera sobre los administradores de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, o sobre los administradores de una entidad integrada en un grupo consolidable de entidades financieras sujeto a la supervisión del Banco de España o de la Dirección General de Seguros, la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará a las mencionadas entidades supervisoras la apertura del expediente, las cuales deberán también informar con carácter previo a la resolución».

<sup>25</sup> STS 541/2018, de 1 de octubre.

<sup>26</sup> STS 79/2012, de 1 de marzo.

años, el Alto Tribunal se ha mostrado partidario de aplicar en lo posible a este tipo de negocios de asistencia financiera prohibida, en virtud del principio de conservación del negocio, la sanción de **nulidad parcial**. Ello supone que la sanción de nulidad tan sólo afectaría al negocio de asistencia, bien consista éste en el anticipo de fondos o la concesión por la sociedad asistente de un préstamo o crédito, bien hubiera supuesto la constitución de cualquier clase de garantía en favor del tercero adquirente. Con dicha nulidad parcial se eliminan los riesgos que la asistencia financiera podría conllevar para la sociedad asistente, sus socios y acreedores, respetando así el espíritu por el que fue creada la prohibición. No obstante, la nulidad del negocio de asistencia no se extiende al negocio de adquisición de las participaciones o acciones<sup>27</sup>.

Tan sólo en supuestos excepcionales y/o de extrema gravedad procedería, con arreglo a esta doctrina, extender la nulidad no sólo al negocio de asistencia, sino al propio negocio de adquisición. ¿Cuáles serían esos casos excepcionales? En nuestra opinión, tan solo aquellos casos en que, en atención a las circunstancias concurrentes, no se puedan separar ambos negocios (el de asistencia y el de financiación), de modo que no pueda declararse la nulidad parcial, por no poder subsistir el uno sin el otro<sup>28</sup>. Otros criterios serían el de considerar que sólo cabe la nulidad total si el negocio no se ha ejecutado, mientras que si ya se ha consumado sólo procederá la nulidad parcial del negocio de asistencia<sup>29</sup>; o el considerar que la nulidad del negocio de asistencia contamina el negocio de adquisición si la actuación de las partes intervinientes tenía un componente doloso adicional.

Cabe la posibilidad de que el negocio de asistencia financiera y el de adquisición no estén formalmente separados como dos negocios independientes, sino que la asistencia se incardine en el propio negocio de adquisición. Normalmente, ello tiene lugar en casos de venta de participaciones o acciones en autocartera y por dos vías: cuando se conviene en el negocio de adquisición un precio inferior al valor de mercado; o cuando, siendo el precio de mercado, se prestan facilidades de pago sin garantía suficiente, como podría ser convenir un aplazamiento del pago no garantizado.

En la STS 541/2018, de 1 de octubre, una sociedad limitada, habiendo concluido el período legalmente establecido de tres años para la obligatoria amortización o enajenación de participaciones sociales en autocartera (art. 141.1 LSC) sin

<sup>27</sup> Para la STS 541/2018, de 1 de octubre, antes citada, «la finalidad de la norma que prohíbe la asistencia financiera para la adquisición de las propias participaciones no exige que, en caso de contravención, se anule la transmisión que ha sido financiada con la asistencia de la propia sociedad limitada y que basta con que se anule y deje sin efecto la operación de financiación».

<sup>28</sup> En la SAP Madrid 362/2019, de 12 de julio, la nulidad de la asistencia financiera conllevó la de los pagarés con la que se instrumentó la operación de financiación y que fueron utilizados como medio de pago en el negocio adquisitivo.

<sup>29</sup> Este planteamiento, originario del derecho alemán, tiene un inconveniente. Si se presta la asistencia financiera, pero finalmente no se verifica el negocio de adquisición —si no llegara a consumarse éste— no parece que se haya incurrido en la conducta prohibida. Ello sin perjuicio de la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores.

efectuar ninguna de ambas, procedió —ya vencido el plazo— a enajenar dichas participaciones sociales en favor de algunos socios aplazando la percepción del precio de dicha venta. Pese a admitirse que la concesión de dicho plazo suponía una asistencia financiera prohibida, tanto el tribunal de primera instancia como la audiencia provincial y, más tarde, el Tribunal Supremo, consideraron que no procedía anular la transmisión, sino únicamente el aplazamiento del pago en que consistió la asistencia financiera prohibida, de modo que el pago del resto del precio de las participaciones fuera inmediatamente exigible.

En un supuesto de asistencia financiera «activa» que consista en el anticipo de fondos o la concesión de préstamos o créditos al tercero adquirente, la nulidad parcial de dicho negocio supondría la obligación para el tercero adquirente de devolución a la sociedad asistente de los fondos facilitados. Si la asistencia se ha facilitado mediante la prestación de garantías al tercero adquirente, la declaración de nulidad supondría la cancelación de dichas garantías, lo que perjudicaría directamente a la entidad financiadora, que a su vez exigiría al tercer adquirente la prestación de garantías complementarias para no proceder a exigir el vencimiento anticipado de la financiación concedida. En ningún caso, en principio, la nulidad del negocio de asistencia arrastraría al negocio de adquisición, que conservaría su validez.

Dicha nulidad se aplicaría *ex lege*, esto es, siempre que se produzca una infracción de la conducta prohibida. Y ello independientemente de si se han vulnerado o no, de modo efectivo, los intereses jurídicos protegidos mencionados al estudiar los fundamentos de la prohibición (ya sean de los socios o de los acreedores<sup>30</sup>).

El perjuicio a los socios es evitable en múltiples supuestos. No habría, aparentemente, perjuicio a los socios: si la sociedad asistente es unipersonal y media decisión del socio único; si se trata de una sociedad filial íntegramente participada y el acuerdo se adopta por la Junta general de la sociedad dominante; o si, tratándose de una sociedad no integrada en ningún grupo, aun habiendo minoritarios, media acuerdo adoptado por unanimidad de todos los socios.

En cuanto al riesgo de vaciamiento patrimonial de la sociedad con el consiguiente perjuicio a los acreedores de la misma, no se dará si, por ejemplo, no hay acreedores y así lo refleja la contabilidad social; o si la asistencia se presta con cargo a beneficios netos o a reservas de libre disposición; o si —habiendo acreedores— se constituye, previamente a la operación, una reserva indisponible destinada a satisfacer el importe de las obligaciones contraídas con carácter previo al negocio de asistencia; o porque se constituyan garantías adicionales para la

<sup>30</sup> Hay que tener en cuenta que pueden tener la consideración de actos perjudiciales para los socios o acreedores negocios que supongan un perjuicio mucho más sutil, como, por ejemplo, los que «sin afectar negativamente al patrimonio del concursado perjudiquen a la masa activa, como acontezca con los que alteran la «par conditio creditorum», por ejemplo, constituyendo garantías que gocen de privilegio especial (STSS 210/2012, de 12 de abril y 652/2012, de 8 de noviembre).

seguridad de dichas obligaciones preexistentes a satisfacción de los acreedores, bien sea por la propia sociedad asistente o incluso por el tercero adquirente.

Existe una interpretación minoritaria (muy pragmática y que posiblemente gane adeptos en un futuro) que considera que, si se ha dado una asistencia financiera prohibida, pero no se ha producido perjuicio alguno a los socios ni a los acreedores (por cualquiera de los medios referidos en el párrafo anterior), no debería declararse la nulidad de la misma. Serían, sin embargo, conductas prohibidas las que —pese a contar con el beneplácito de todos los socios— pudieran suponer un perjuicio a los acreedores; o, a la inversa, aquéllas que, protegiendo convenientemente los intereses de los acreedores, perjudicaran de alguna forma a los socios minoritarios. Ello enlaza con la problemática relativa a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad del negocio de asistencia financiera prohibida, que examinaremos a continuación. Y es que, si no hay intereses perjudicados, o si los afectados están vinculados por la doctrina de los actos propios, el negocio de asistencia —pese a ser nulo— sería virtualmente inimpugnable por no existir nadie legitimado para reclamar dicha nulidad ante los tribunales.

Sin perjuicio de la multa y de la sanción de nulidad que hemos estudiado y que persigue solucionar el perjuicio que el negocio prohibido supone en la esfera jurídica privada, la imposición de una multa a los administradores no agota la respuesta del ordenamiento jurídico frente a la actuación de éstos infringiendo la prohibición, puesto que su conducta podría dar lugar a la acción social de responsabilidad del art. 238 LSC, a la acción individual de responsabilidad del art. 241 LSC, e incluso al tipo penal de administración desleal regulado en el art. 252 del Código Penal.

Adicionalmente, los perjudicados podrían optar por impugnar los acuerdos sociales adoptados infringiendo la prohibición, hayan sido éstos adoptados por el órgano de administración (art. 251 LSC) o por la Junta general (arts. 204 y ss. LSC). Incluso un acreedor perjudicado por el negocio de asistencia prohibido podría ejercitar frente a la sociedad la acción revocatoria o pauliana del art. 1111 del Código Civil, en relación con el art. 1291.3 del mismo cuerpo legal. En caso de concurso, se gozará, además, de la acción rescisoria del art. 71 de la Ley Concursal.

## 2. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de nulidad

Al ser la asistencia financiera para la adquisición de participaciones o acciones propias un negocio jurídico nulo por infringir una norma prohibitiva, en principio están legitimados para impugnarlo tanto los socios como los terceros acreedores de la sociedad o incluso los miembros del órgano de administración (en principio, sólo los que no hubieran votado a favor del mismo). Como afirma la STS 4/2013, de 16 de enero, relativa a la impugnación de una compraventa otorgada por una sociedad e impugnada por un socio, *«el tercero no puede impugnar un contrato*

*en el que no ha sido parte. Lo cual hay que matizarlo con lo reiterado por la jurisprudencia: sí tiene legitimación para impugnarlo el que, no habiendo sido parte, tiene interés legítimo o se ve perjudicado por aquel contrato».*

No obstante, hay que tener en cuenta una importante limitación, como es la citada doctrina de los actos propios. Si el que pretende impugnar ha tomado parte y ha prestado de alguna forma su consentimiento al negocio jurídico de asistencia carecerá de legitimación activa para reclamar la nulidad del mismo. Pensemos, por ejemplo, en un socio que —habiéndose planteado la operación completa en Junta general— votó a favor del acuerdo; o si —no habiéndose sometido a aprobación de la Junta general—, no obstante, tomó parte en un pacto de socios o en un contrato privado que incluyera en su clausulado los extremos esenciales de dicho negocio; o incluso el miembro del órgano de administración colegiado que, habiéndose sometido a votación en el mismo, votó a favor del acuerdo.

Como claramente indica la STS 779/2012, de 9 de diciembre, no se puede considerar legitimado activamente para impugnar a quien *«participó y contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula, so pena de que admitiésemos que fuera contra sus propios actos (...)»*.

Ello permite que haya supuestos de asistencia financiera prohibida que, pese a la infracción de la norma legal, no puedan ser impugnados al no existir sujetos legitimados activamente para ello (por ser los legitimados parte en el negocio infractor y no existir otros terceros perjudicados).

La doctrina de los actos propios, no obstante, debe también ser objeto de una interpretación flexible en función de las circunstancias de cada caso. Así, podría darse el caso de que un administrador, tras haber celebrado en representación de la sociedad un determinado negocio jurídico, proceda posteriormente a instar su anulación por haber actuado contra la prohibición legal de asistencia financiera. En esos casos se produce una colisión entre la doctrina de los actos propios, por un lado, y el interés social, e incluso el propio interés personal del administrador (susceptible de ser objeto de múltiples reclamaciones, como hemos visto al estudiar las sanciones posibles por conductas infractoras de la prohibición, incluso de naturaleza penal), por otro.

Por supuesto, la legitimación activa del administrador recaerá: si se hubiera adoptado un acuerdo de liquidación, en los liquidadores; y si se hubiera procedido a la apertura del concurso de acreedores, en su caso, en la administración concursal.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ARJONA, José María, y CARRASCO PERERA, Ángel (directores); *Adquisiciones de empresas*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013. ISBN: 9788490145401.

ARES GESTAL, Irene; *Asistencia financiera en las compras apalancadas seguidas de fusión* [en línea]. Trabajo Fin de Grado, Universidad Pontificia de Comillas, Facultad de Derecho, Madrid, 2014. [Fecha de consulta: 10 abril 2020]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11531/841>.

BAREA MARTÍNEZ, María Teresa; «La transmisión de las acciones y participaciones». En «Las Sociedades de Capital: cuestiones teóricas y prácticas», tomo II, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario, 2015, pp. 257-312. ISSN: 15757-4812.

CASTRO VALDIVIA, Mónica; «Artículos 149 y 150». En PRENDES CARRIL, Pedro, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, y CABANAS TREJO, Ricardo; *Tratado de Sociedades de Capital. Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, tomo I, pp. 827 a 836. ISBN: 978-84-9152-532-5.

FLORES DOÑA, María de la Sierra; *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*. Madrid: Edersa, 2006. ISBN: 84-7130-980-7.

HURTADO IGLESIAS, Santiago y SILVA SABELL, Marina; «Artículos 144 a 148» y «Artículos 151 a 158». En PRENDES CARRIL, Pedro, MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, Alfonso, y CABANAS TREJO, Ricardo; *Tratado de Sociedades de Capital. Comentario Judicial, Notarial, Registral y Doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, tomo I, pp. 806 a 826 y pp. 836-863. ISBN: 978-84-9152-532-5.

LLEONART CASTRO, Jesús; «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre 2018 sobre asistencia financiera prohibida». En *Cuadernos de Derecho y Comercio* número 71, junio 2019. ISSN: 15757-4812.

REDONDO TRIGO, Francisco; «La consecuencia de la infracción de la prohibición de asistencia financiera». En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* número 742, marzo 2014. ISSN: 0210-0444.

ROJO, Ángel, y BELTRÁN, Emilio (directores); *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital* (VV.AA.). Navarra: Thomson Reuters-Civitas. Cizur Menor, 2011. Tomo I. ISBN 978-84-470-3719-3.

SANZ BAYÓN, Pablo, y PALOMERO BENAZERRAF, Alberto; «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas». En *Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal*, número 3, vol. 2, 2013, págs. 69-104. ISSN: 2174-1840.

SERRANO ACITORES, Antonio; *El sistema contractual de las adquisiciones apalancadas de empresas por operadores de capital riesgo*. Tesis doctoral dirigida

por Alonso Ureba, Alberto. Universidad Rey Juan Carlos I, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Privado, Área de Derecho Mercantil, Madrid, 2012.

VARGAS VASSERTO, Carlos; «Los efectos jurídicos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias». En *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 967-988. ISBN 978-84-89315-79-2.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio; *La reforma de la asistencia financiera en Europa* [en línea]. Madrid: Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad Complutense, 2006. [Fecha de consulta: 10 abril 2020]. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/19710171.pdf>.

(Trabajo recibido el 04/05/2020  
y aceptado para su publicación el 25/05/2020)





## **COMENTARIOS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES**



## **GANANCIALIDAD DE LAS RESERVAS SOCIETARIAS: ANÁLISIS DE LA STS DE 3 DE FEBRERO DE 2020**

**EDUARDO HIJAS CID**  
*Notario de Las Navas del Marqués*

### **RESUMEN**

Analizamos la reciente STS 158/2020, de 3 de febrero, que enjuicia la interesante cuestión de los derechos que ostenta la sociedad de gananciales, en fase de liquidación, respecto a las reservas voluntarias constituidas constante matrimonio por una sociedad de la que uno de los cónyuges es accionista con carácter privativo. Parte de la regla general que niega derecho alguno a la sociedad de gananciales (discutida por un sector de la doctrina), pero establece importantes excepciones a la misma en los casos de abuso de derecho por parte del cónyuge que sea socio único o mayoritario.

**Palabras clave:** reservas societarias, dividendos, ganancialidad, fraude de ley, abuso de derecho.

## **PROFITABILITY OF CORPORATE RESERVES, AN ANALYSIS OF THE SUPREME COURT JUDGMENT OF 3 FEBRUARY 2020**

**EDUARDO HIJAS CID**  
*Notary Public of Navas del Marqués*

### **ABSTRACT**

We analyse Supreme Court judgment 158/2010 of 3 February which deliberated the issue of rights in respect of community property, the liquidation phase regarding voluntary reserves created during marriage by a company of which one of the spouses of the marriage is a private shareholder. Based on the general rule which does not recognise any right of the profitable company (something that is disputed by some sectors of the doctrine) nevertheless, significant exceptions have been established in cases of abuse of the right by the spouse who is sole manager or major shareholder.

**Keywords:** corporate reserves, dividends, profitability, legal fraud, abuse of the right.

**SUMARIO:** I. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA.—II. REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—III. POSICIÓN QUE ABOGA POR LA GANANCIALIDAD DE LAS RESERVAS SOCIETARIAS.—IV. POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: INEXISTENCIA DE UN CRÉDITO GANANCIAL COMO REGLA GENERAL. 1. Regla general: las reservas son fruto de la sociedad y sólo los dividendos son fruto del socio. 2. Momento en que nace el crédito a favor de la sociedad de gananciales. 3. Excepciones a la regla general: sociedad unipersonal y fraude de ley.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA

La STS 158/2020, de 3 de febrero (cuyo ponente fue SEOANE SPIEGELBERG), examina una liquidación de sociedad legal de gananciales y división judicial de herencia, en la que se incluye como activo ganancial un derecho de crédito por el importe de las reservas societarias de una mercantil anónima, de la que era socio con carácter privativo el marido, por pertenecerle las acciones con carácter previo a la celebración del matrimonio. En primera instancia se aprobó el inventario de la sociedad legal de gananciales en la que se computaba dicho crédito en el activo ganancial. La Audiencia Provincial de Palencia estimó parcialmente el recurso, en el sentido de excluir el repetido crédito del haber común. El Tribunal Supremo confirma el criterio de la segunda instancia y realiza un interesante examen de la cuestión y de las posibles excepciones a la regla general.

## II. REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Lo primero que debemos aclarar es que no se discute el carácter privativo de las acciones cuya titularidad correspondía al esposo al tiempo de la celebración del matrimonio, por aplicación del artículo 1.346.1.º CC: «*Son privativos de cada uno de los cónyuges: 1.º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.*»

Pero, en cuanto a la cuestión que nos ocupa, el precepto que principalmente debemos examinar es el artículo 1.352 CC, regla que carece de antecedentes directos en la legislación patria antes de la reforma de 13 de mayo de 1981. Este precepto, aclara PRETEL SERRANO<sup>1</sup>, pone fin a las numerosas discusiones doctrinales anteriores (aceptando la postura considerada como mayoritaria) a la vez que

---

<sup>1</sup> PRETEL SERRANO, Juan José; «Comentario del artículo 1.352 del Código Civil» en *Comentario*

supera las vacilantes orientaciones jurisprudenciales y, aunque merece una crítica favorable, ha sido objeto de crítica en cuanto que ofrece una solución simplista a problemas como el uso de fondos comunes para la adquisición de nuevas acciones.

Respecto a las nuevas acciones de la misma sociedad adquiridas con posterioridad a la celebración del matrimonio establece el párrafo 1.º del artículo 1.352 CC: *«Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos...»*. Añade que *«asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir»*. Este último inciso puede encerrar cierto contrasentido, puesto que el valor del derecho de suscripción preferente (y, por ende, su precio de venta) no es otra cosa que la diferencia entre el valor real de las acciones y su valor nominal, que puede deberse a la existencia de reservas en la sociedad.

La solución que adopta el citado inciso, como pone de manifiesto PRETEL SERRANO<sup>2</sup>, es coherente con la idea de que el derecho de suscripción preferente no es un fruto y, por lo tanto, no puede considerarse nunca ganancial, sino privativo. La consecuencia es que la enajenación del derecho a suscribir es un rendimiento privativo.

Es cierto que, como aclara José-Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ<sup>3</sup>, en caso de enajenación del derecho de suscripción preferente, el socio transmite una parte de su acción, la que ésta pierde en el capital y patrimonio sociales, lo que justifica el carácter privativo de la contraprestación, pero, «en caso de existir reservas, el socio se queda con la parte que representen en el precio y la sociedad de gananciales con nada». Opta el autor por arbitrar un reembolso indirecto a la sociedad de gananciales del importe de las citadas reservas, por la vía de los artículos 1.390 y 1.391 CC, que hace responder a uno de los cónyuges frente a su sociedad de gananciales por ocasionar, en virtud de actos unilaterales, daños dolosos a la sociedad o por la realización de actos fraudulentos. De este modo, habrá lugar a esta deuda en caso de que las reservas absorban la mayor parte del valor del derecho de suscripción preferente o resulten significativas.

Todo ello sin perjuicio de que —como aclara el párrafo segundo del precepto— *«si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho»*. En caso de que se hayan empleado fondos comunes para el pago de la suscrip-

*del Código Civil* (VV.AA). Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, pp. 658-660. ISBN-10: 8477874107.

<sup>2</sup> *Op. cit. supra*, pp. 658-660. En este punto cita la opinión de TORRALBA SORIANO, Vicente; *Comentarios a las reformas del Código Civil* (AA. VV.). Madrid: editorial Tecnos, 1977, página 1619.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel; «Reservas contables y sociedad de gananciales» en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2009 (diciembre), número 52, pp. 24 y 25. ISSN:15757-4812.



ción, el reembolso lo será de la cantidad efectivamente pagada, pero actualizada, ex artículo 1.397.4 CC (en tal sentido, PRETEL SERRANO<sup>4</sup> y LACRUZ<sup>5</sup>).

Por su parte, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital no regula concretamente esta cuestión, aunque ciertos autores acuden al espíritu del párrafo primero del artículo 128, pensado para el usufructo de acciones o participaciones: *«finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas»*. Precisamente, el Tribunal Supremo alude a esta posible analogía para rechazar su aplicación, por lo que conviene exponer sucintamente las dos principales interpretaciones de la norma:

1. Por un lado, PANTALEÓN PRIETO<sup>6</sup> (examinando el precedente legal de la regla, esto es, el artículo 68 de la ley de anónimas de 1989) considera que la referencia a los «beneficios propios de la explotación de la sociedad» se justifica en que la norma quiere excluir aquéllos que no procedan de la actividad «ordinaria» de la sociedad, es decir, las reservas extraordinarias. Y cuando alude a las «reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad» excluye las reservas tácitas u ocultas (las llamadas plusvalías), aunque integra en el concepto «reservas expresas» tanto las legales como las voluntarias. Como consecuencia de este razonamiento, si dichas reservas son convertidas en capital, por la vía del aumento del mismo, será de aplicación el artículo 128 TRLSC.
2. Y, por otra parte, MARTÍNEZ SANCHIZ<sup>7</sup>, pese a coincidir en la inclusión de las reservas legales y de la capitalización de los mismos, sin embargo, disiente en lo relativo a la limitación a los beneficios obtenidos por la «actividad ordinaria propia de la explotación de la sociedad», puesto que, según el autor, la explotación tanto puede ser ordinaria como extraordinaria y, si no se discrimina expresamente, la palabra comprende ambas. Además, el artículo 67 TRLSA<sup>8</sup> atribuye al usufructuario la totalidad de los dividendos acordados por la sociedad, sin restringirlos a los procedentes de la actividad ordinaria. A mayor abundamiento, los ingresos extraordinarios son resultados de la explotación, al incluirse en la cuenta de pérdidas y ganancias. Dice MARTÍNEZ SANCHIZ<sup>9</sup> que el inciso estudiado

<sup>4</sup> PRETEL SERRANO, Juan José; *op. cit.*, página 660.

<sup>5</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Elementos de Derecho Civil* (AA.VV.). Tomo IV. 4.ª ed. Madrid: Dykinson, 2010. pp. 369 y ss. ISBN: 978-84-9849-968-1.

<sup>6</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando; «Las acciones» en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (AA. VV.). Tomo IV. Madrid: Civitas, 1999, pp. 92 y 93. ISBN: 9788447013456.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel; *op. cit.*, páginas 27 a 29.

<sup>8</sup> Hoy artículo 127.1 TRLSC.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel; *op. cit.*, página 28.

de la norma tan solo pretende excluir las plusvalías tanto «nominales» como «intrínsecas».

Una vez hecha esta aclaración caben dos posiciones en la interpretación del actual artículo 128 TRLSC:

1. La que considera que el artículo 128 TRLSC no es aplicable analógicamente a la sociedad de gananciales, debiendo prevalecer el artículo 1.352 CC, que se opone a la norma mercantil. Es la opinión de MARTÍN MELÉNDEZ<sup>10</sup>, quien entiende que existe una discrepancia entre la norma mercantil y la civil, en cuanto que esta última no considera frutos a las reservas y esta dicotomía debe resolverse a favor del artículo 1.352 CC, por tratarse de norma especial excluyente de la general. Veremos que el Tribunal Supremo, como regla general, opta por seguir este planteamiento.
2. Por otra parte, el propio MARTÍNEZ SANCHIZ<sup>11</sup> no está de acuerdo con la interpretación anterior del artículo 1.352 CC: dicha norma considera frutos a las reservas voluntarias, al ordenar el reembolso de aquellas reservas que se hayan transformado en acciones gratuitas para el socio, reembolso que no procedería si las reservas fueran sustancia y no fruto de las primitivas. Por tanto, concluye que la autora confunde el silencio del Código Civil con una contradicción con la norma mercantil. Considera el autor que la aplicación analógica de la norma mercantil a la sociedad de gananciales obedece a evidentes razones de analogía, así como a un imperativo lógico: si el cónyuge fuera titular ganancial de un derecho de usufructo sobre las acciones, cuando éste se extinga a la vez que la sociedad de gananciales (vgr., por fallecimiento del titular), los herederos podrán reclamar del nudo propietario la pertinente compensación, la cual tendrá carácter ganancial. ¿Por qué deben ser de peor condición que los herederos de un pleno propietario? Este argumento se cita en la sentencia que nos ocupa, aunque el Alto Tribunal acaba por rechazarlo, como se verá después.

### III. POSICIÓN QUE ABOGA POR LA GANANCIALIDAD DE LAS RESERVAS SOCIETARIAS

Tras delimitar el marco normativo de esta cuestión, debemos exponer los argumentos de los partidarios de atribuir carácter ganancial a las reservas acordadas por la sociedad (y que recoge la propia sentencia, cuyo examen estamos realizando). Son básicamente tres:

<sup>10</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, María-Teresa; *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre las masas patrimoniales*. Madrid: McGraw Hill Interamericana de España, 1995, páginas 302 y ss. ISBN: 84-481-1632-1.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel; *op. cit.*, pp. 25 a 27.

1. Las reservas son ganancias de la sociedad mercantil y, como tales, frutos civiles, por lo que debe ser aplicable a las mismas lo dispuesto en el artículo 1.347.2.º CC, que las reputa gananciales, así como el ya visto artículo 128 TRLSC, por analogía, que atribuye al usufructuario un derecho al incremento de valor de las acciones, que corresponda a reservas expresas, una vez finalizado el usufructo. En dicha analogía se atribuye la posición de usufructuario al patrimonio común y de nudo propietario al cónyuge titular.
2. También acuden al artículo 1.360 CC, que atribuye un derecho de crédito a la sociedad de gananciales por «*los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa*».
3. Finalmente emplean una interpretación al absurdo: si el cónyuge no fuera titular de las acciones, sino meramente usufructuario, conforme al artículo 127 TRLSC y 1.349 CC, los frutos devengados durante el matrimonio serían gananciales y la sociedad ganancial tendría derecho a la aplicación directa del artículo 128 TRLSC, ya visto. En cambio, la sociedad de gananciales no tendría tal derecho de crédito cuando el cónyuge titular tenga un derecho pleno como el dominio, lo que —según el Alto Tribunal— introduce una incoherencia en el sistema. Como citamos en el anterior epígrafe, es uno de los argumentos empleados por MARTÍNEZ SANCHIZ<sup>12</sup>.

#### IV. POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO: INEXISTENCIA DE UN CRÉDITO GANANCIAL, COMO REGLA GENERAL

##### 1. Regla general: las reservas son fruto de la sociedad y sólo los dividendos son fruto del socio

Nuestro Tribunal Supremo parte de la tesis que niega carácter ganancial a dichas reservas, para establecer posibles excepciones a esta norma.

Parte, en primer lugar, de la diferenciación entre beneficio societario y dividendo. Las sociedades de capital son personas jurídicas y, en cuanto tales, constituyen centros de imputación de derechos y obligaciones, lo que impone una diferenciación entre el patrimonio de la sociedad y los patrimonios de los socios. Por tanto, la simple obtención de beneficios por parte de la sociedad no activa automáticamente el artículo 1.347.2.º CC, en el sentido de atribuir el carácter ganancial sobre dichos beneficios, puesto que el socio no tiene un derecho inmediato al beneficio, sino únicamente al dividendo acordado. Esto es, la sociedad, en el marco de su autonomía de la voluntad, puede decidir, a través del órgano competente para ello (la Junta general, ex artículo 273 TRSLC), el reparto de di-

<sup>12</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel; *op. cit.*, pp. 27-29.

videndos. En dicho momento el socio recibe en su patrimonio el dividendo acordado por la sociedad, el cual, por aplicación del régimen económico matrimonial al que está afecto —el de sociedad de gananciales— adquiere carácter ganancial y permite la aplicación del citado artículo 1.347.2.º CC. Ya dijo el Supremo en la STS 60/2.002 de 30 de enero (y reitera en la que es objeto de nuestro análisis) que «el accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general que decide el reparto del dividendo el que hace surgir el derecho de crédito del accionista».

Si la Junta general de la sociedad, en ejercicio de su autonomía, resuelve integrar los beneficios en reservas, dichos beneficios continúan formando parte de la sociedad, es decir, de su patrimonio, sin que el socio haya ingresado derecho alguno que pueda computarse como ganancial o privativo suyo. La entidad tiene, a través de su órgano soberano, la opción de constituir dichas reservas, que pueden servir a la necesidad de autofinanciación, la creación de un fondo de solvencia para garantizar su sostenibilidad, hacer frente a eventuales pérdidas futuras o para otros fines lícitos de la misma.

Es cierto que, tras la introducción del artículo 348 bis TRLSC, se atribuye al socio el derecho de separación en caso de falta de reparto de dividendos, pero esto no concede a dicho socio un derecho concreto al beneficio, sino solo al dividendo, constituyendo tal derecho de separación un mecanismo para evitar abusos, junto con la posible impugnación del acuerdo de Junta que acuerde la constitución de las reservas, en caso de que pueda ser considerado abusivo (artículo 7.2 CC, junto con el propio artículo 348 bis, que también le concede la posibilidad de ejercitar la correspondiente acción contra los administradores).

Por tanto, las reservas no se pueden identificar como frutos de los socios, sino que pertenecen a la sociedad y están sujetas a su concreto régimen societario. En definitiva, las reservas pueden ser consideradas como fruto de la sociedad (en cuanto se obtienen por la realización del objeto social), mientras que el dividendo (ya separado del patrimonio social) es fruto del socio y se integra —como ganancial— en su patrimonio.

En segundo lugar, el Alto Tribunal pone como ejemplo la transmisión de dichas acciones por parte del socio titular. Éste puede llevarla a efecto sin el consentimiento de su consorte, conforme al artículo 1.381 y 1.384 CC. En este caso, si la sociedad tuviera constituido un fondo de reserva, la participación en el mismo se transmite conjuntamente con la acción y su futura materialización en dividendo (en caso de que se produzca) corresponderá al nuevo titular. Si la transmisión es onerosa, en buena lógica, se tendrá en cuenta la existencia de reservas para la fijación del precio de la venta, sin que ello sea óbice —dice el Supremo— para que la contraprestación tenga carácter privativo con arreglo al artículo 1.346.3.º CC, esto es, por el principio de subrogación real.

La sentencia entiende que únicamente cuando se hubieran invertido fondos gananciales en la sociedad podría entrar en juego el artículo 1.360 CC, para hacer a la sociedad acreedora del aumento de valor de las acciones transmitidas. Podríamos plantearnos también el caso de que, por el trabajo o esfuerzo del socio titular privativo de las acciones, se haya incrementado el valor de las mismas. Esta posibilidad sería predicable de las sociedades pequeñas de carácter estrictamente familiar en la que los socios se involucren de algún modo en el desempeño del objeto social (a través, por ejemplo, de las prestaciones accesorias de trabajo).

Finalmente, la sentencia parece distinguir claramente la posición del usufructuario respecto de la situación jurídica del cónyuge casado en gananciales que sea titular privativo de las acciones. El primero es un derecho real limitativo del dominio que se rige, en primer lugar, por lo pactado entre usufructuario y nudo propietario en el título constitutivo, en su defecto por la Ley de Sociedades de Capital y, supletoriamente, por la legislación civil. No es aplicable al cónyuge titular privativo del dominio de las acciones dicho régimen y, por ende, lo dispuesto en el artículo 128 TRLSC respecto a las reservas. En este caso, el usufructuario tendría derecho al valor de una parte de las reservas y no así el propietario, del mismo modo que el propietario tiene derecho a los dividendos, mientras que el título constitutivo puede limitar la percepción de los mismos por parte del usufructuario.

## **2. Momento en que nace el crédito a favor de la sociedad de gananciales**

Es necesario un acuerdo social de distribución de dividendos para hacer surgir un crédito a favor del socio, que tendrá carácter ganancial, por considerarse, esta vez sí, fruto de las acciones (conforme al artículo 1.347.2.º CC).

En este supuesto hay que atender al momento temporal del acuerdo de la Junta general y no al tiempo de la efectiva percepción del dividendo. Si, en el ínterin, se ha producido la disolución de la sociedad de gananciales, el derecho de crédito ya nacido ha integrado la masa ganancial y debe liquidarse, tras la aparición de la causa de disolución, por formar parte de la masa post ganancial. Lógicamente, si el acuerdo de distribución de dividendos se adopta tras la disolución y antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, el derecho de crédito no tiene naturaleza ganancial por haberse extinguido el régimen y no ser de aplicación los artículos 1.344 y siguientes del Código Civil.

## **3. Excepciones a la regla general: sociedad unipersonal y fraude de ley**

Cuando se trata de sociedades que estén controladas por el cónyuge titular privativo de las acciones (bien en su condición de socio mayoritario, bien como socio único, si estamos ante una sociedad unipersonal), el apartado 4 del fundamento de derecho tercero de la sentencia recoge esta situación como posible ex-

cepción a la regla general. Esta excepción se podrá invocar cuando se adopten los acuerdos de aplicación de los beneficios a reservas «con la aviesa finalidad... de hurtar el derecho a la percepción de dichas ganancias que, en concepto de frutos de bienes privativos, corresponderán a la comunidad ganancial de la que participa el cónyuge no titular».

En tal caso estaríamos ante un fraude de ley que, conforme al artículo 6.4 CC, determinaría la aplicación del precepto que se ha tratado de eludir (en este caso el artículo 1.347.3.º CC).

Quizá un cierto contrasentido en la argumentación de nuestro Tribunal Supremo es acudir al símil del usufructo de acciones en este caso, cuando ha establecido una frontera clara entre usufructo y ganancialidad de las acciones en el fundamento de derecho anterior. Dice el Alto Tribunal que es jurisprudencia consolidada que el derecho de usufructo no puede quedar vacío de contenido por el abuso del nudo propietario, votando sistemáticamente a favor de la constitución de reservas (y ello aunque se favorezcan los intereses sociales), pudiendo la pretensión del usufructuario basarse en la prohibición del enriquecimiento sin causa, así como en la vulneración de los artículos 1.256 y 1.258 CC.

Habría bastado que, como hace a continuación la sentencia, apoye su excepción en los anteriormente citados artículos 1.390 y 1.391 CC, que sancionan los daños a la sociedad de gananciales por los actos unilaterales (fraudulentos o no) realizados por uno solo de los cónyuges.

Respecto a la sociedad unipersonal, MARTÍNEZ SANCHIZ<sup>13</sup> llegó a idéntica solución por la vía de incidir en la particular naturaleza de esta sociedad. En principio, los beneficios destinados a reservas no atribuyen un derecho directo a la sociedad de gananciales, puesto que ésta únicamente tiene una expectativa. Pero si la aportación de beneficios a reservas se realiza de mala fe o provoca dolosamente un daño a la sociedad cabría impugnar la decisión del socio único acudiendo directamente a los artículos 1.390 y 1.391 CC. Entiende el autor que la obligatoria publicidad de la unipersonalidad «exime de la recurrente técnica del levantamiento del velo», puesto que «el velo está ya levantado de antemano». La sociedad unipersonal no olvida el nombre del socio único, «antes bien, lo publica». Por esta razón, la aportación a la sociedad unipersonal no implica un auténtico acto de transmisión a favor de la entidad; sólo externamente se transfiere la titularidad a la sociedad, que constituye una especie de «personalidad jurídica societaria». La consecuencia es que, al no existir un desprendimiento o conmixción con otros bienes o aportaciones ajenas, el dueño primitivo, en su condición de «dominus societatis», conserva su titularidad, lo que permite la aplicación directa de la normativa de la sociedad de gananciales, sin necesidad de levantar expresamente el velo societario.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel; «La persona física y su sociedad unipersonal en la vida civil» en *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, 2017. ISBN: 978-84-937762-3-7.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Elementos de Derecho Civil* (AA.VV.). Tomo IV. 4.<sup>a</sup> ed. Madrid: Dykinson, 2.010. ISBN: 978-84-9849-968-1.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel; «Reservas contables y sociedad de gananciales» en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2009 (diciembre), número 52, pp. 11 a 36. ISSN:15757-4812.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel; «La persona física y su sociedad unipersonal en la vida civil» en *Conferencias del Curso Académico 2016/2017*. Sevilla: Academia Sevillana del Notariado, 2017. ISBN: 978-84-937762-3-7.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María-Teresa; *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre las masas patrimoniales*. Madrid: McGraw Hill Interamericana de España, 1995. ISBN: 84-481-1632-1.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando; «Las acciones» en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (AA. VV.). Tomo IV. Madrid: Civitas, 1999, pp. 92 y 93. ISBN: 9788447013456.
- PRETEL SERRANO, Juan José; «Comentario al artículo 1.352 del Código Civil» en *Comentario del Código Civil* (VV. AA.). Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991. ISBN-10: 8477874107.
- El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el carácter ganancial o no de los beneficios destinados a reservas por la sociedad de capital de la que es socio único uno de los cónyuges, resumen de la STS de 3 de febrero de 2020, *Revista jurídica La Ley, Derecho de Familia*, número 25 (enero-marzo). ISSN-e: 2341-0566.

(Trabajo recibido el 11/04/2020  
y aceptado para su publicación el 30/04/2020)





**PROTOCOLOS FAMILIARES: UN ACUERDO  
DE DISTRIBUCIÓN DE CAPITAL SOCIAL NO  
COMPORTA PROHIBICIÓN DE DISPONER  
(A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, NÚMERO 120/2020,  
DE 20 DE FEBRERO DE 2020)**

CRISTINA DÍAZ-FRAILE Y DEL MONTE  
*Notario*

**RESUMEN**

En este artículo se comenta la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 120/2020, de 20 de febrero de 2020, en la que se analiza la eficacia de una cláusula de distribución accionarial existente en un protocolo familiar.

**Palabras clave:** Protocolo familiar, pacto parasocial, prohibiciones de disponer, obligaciones, limitaciones.

**FAMILY PROTOCOLS: A SHARES DISTRIBUTION  
AGREEMENT DOES NOT IMPLY A PROHIBITION TO  
DISPOSE (APROPOS THE SPANISH'SUPREME COURT  
OF JUSTICE, CIVIL CHAMBER, SENTENCE NUMBER  
120/2020 DATED FEBRUARY 20TH, 2020)**

CRISTINA DÍAZ-FRAILE Y DEL MONTE  
*Notary Public*

**ABSTRACT**

This article comments the Spanish'Supreme Court of Justice, Civil Chamber, Sentence number 120/2020 dated February 20th, 2020 regarding the effectiveness of a share distribution clause included in a family protocol.

CRISTINA DÍAZ-FRAILE Y DEL MONTE

**Key words:** Family protocol, shareholder's agreement, prohibition to dispose, obligations, limitations.

**SUMARIO:** I. ANTECEDENTES Y SUPUESTO DE HECHO.—II. CONFLICTO JURÍDICO.—III. OBJETO DE DEBATE.—IV. DECISIÓN DE LA SALA.

## I. ANTECEDENTES Y SUPUESTO DE HECHO

Comenzamos aludiendo brevemente a la situación fáctica que ha dado lugar al conflicto jurídico que se analiza en la sentencia. La misma gira en torno a la existencia de un protocolo familiar suscrito en 1983 por todos los miembros del grupo familiar empresarial. Dicho protocolo tenía por objeto *«regular las reglas de contenido moral y jurídico a las que se someterán a partir de entonces las relaciones con la empresa, con la finalidad de garantizar la supervivencia y continuidad de la empresa en el futuro y la armonía y convivencia entre los distintos grupos de accionistas»*, y entre otros contenidos incluía una cláusula en la que se establecía el reparto y adjudicación de las participaciones societarias del grupo entre los distintos miembros de la familia en previsión del fallecimiento del fundador, con la finalidad de conseguir la ordenada sucesión en el accionariado.

La distribución accionarial establecida en el protocolo se mantuvo hasta 2013, año en el que, ya fallecido el fundador, se realizaron distintos negocios de permuta, compraventa y donación de acciones y participaciones sociales entre varios hermanos sin intervención de los demandantes, que tuvieron como consecuencia la alteración de los porcentajes establecidos en el protocolo y por consiguiente la exclusión del control de los demandantes en determinadas sociedades del grupo familiar.

## II. CONFLICTO JURÍDICO

En el año 2014 los actores presentaron demanda en la que solicitaban (i) que se declare el incumplimiento doloso y deliberado del protocolo familiar, como consecuencia de la realización de dichos negocios traslativos de acciones y participaciones; (ii) que se obligue a los demandados al cumplimiento forzoso del protocolo y a hacer respetar los porcentajes de participación en él establecidos y el derecho a estar representados en el órgano de administración de todas las socie-

dades del grupo; (iii) que se declare la obligación de los demandados de indemnizar a los actores por incumplimiento contractual; (iv) que se declaren nulas, sin efecto y validez jurídica, las escrituras públicas que instrumentan las permutas, compraventas y donaciones de acciones y participaciones y (v) se proceda al reintegro del precio, acciones y participaciones intercambiadas.

### III. OBJETO DE DEBATE

La cuestión que se trata de dilucidar en este caso es si la cláusula del protocolo familiar que establece la distribución accionarial sin limitación temporal alguna impide su alteración a través de negocios jurídicos traslativos, es decir, si opera o no a modo de prohibición de disponer a pesar de no estar expresamente configurada como tal.

Con carácter previo al análisis de la cuestión conviene recordar que el documento denominado «protocolo familiar» se define en el art. 2 del RD 171/2007 como *«el conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad»*. Por lo tanto, con él se establece un modelo de gestión y dirección del grupo o de la sociedad, y en su caso se puede asegurar que la propiedad del capital se mantiene en manos de la familia e impedir que la sociedad pase a manos ajenas, pero también es un instrumento útil para evitar que un socio o rama familiar pueda reforzar su posición en los órganos de control en perjuicio de otros socios o ramas familiares, es decir, es también un instrumento útil para mantener las relaciones de poder entre los distintos miembros de la empresa familiar. Por lo tanto, ciertas cláusulas de limitación a la transmisibilidad del capital pueden ser habituales en los protocolos familiares.

Se trata de un documento que pretende aunar la regulación de aspectos que pertenecen a dos campos del derecho plenamente diferenciados, el derecho mercantil (societario) y el derecho civil (familiar o sucesorio).

Además, atendiendo al contenido de sus disposiciones, podemos distinguir en ellos también un contenido no solo jurídico-normativo, sino también moral o ético, siendo este último el que genera dudas sobre su exigibilidad, como veremos más adelante. Por lo tanto, aunque el protocolo familiar se basa en un acuerdo de voluntades y externamente reviste la forma de contrato, no podemos calificarlo como un contrato *strictu sensu*, pues no solo contiene derechos y obligaciones que serían jurídicamente exigibles, como alegaban los recurrentes, sino también compromisos morales y éticos que escapan del ámbito de la ejecución forzosa.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión de la naturaleza jurídica de los protocolos familiares al encuadrarlos en el ámbito de los pactos parasociales, como

instrumento de regulación societaria con fuerza de vínculo obligatorio para quienes los suscriben, pero ajeno a la sociedad, que por lo tanto no queda vinculada por el mismo, siendo esta última la principal diferencia con la regulación societaria que podemos encontrar en la ley o en los estatutos. En este sentido, como afirma la sentencia, *«el protocolo familiar y el contrato de sociedad mercantil, como ha señalado la doctrina especializada, actúan en planos distintos aunque funcionalmente conectados. Cada uno está sujeto a un marco normativo distinto, con diferentes ámbitos reservados a la autonomía de la voluntad, de forma que los estatutos quedan sujetos a los límites propios del debido respeto a las normas imperativas del derecho de sociedades y los pactos parasociales (en este caso protocolos familiares), en tanto que atípicos por no estar regulados legalmente como tipo o modalidad contractual concreta, sin perjuicio de las referencias legales a los mismos, son válidos y lícitos siempre que no resulten contrarios a la Ley, a la moral o al orden público conforme al art. 1.255 CC»*.

Sin embargo, conviene advertir que no menos importantes son otras diferencias entre los estatutos y los protocolos familiares, como los límites a los que está sometido su contenido, o como el hecho de que los protocolos familiares, a diferencia de los estatutos, carecen de regulación que prevea una sanción en caso de incumplimiento. Así, un acuerdo societario contrario a la ley o a los estatutos podrá ser nulo o anulable, abriendo la posibilidad de impugnación, mientras que la respuesta a cuál es la sanción de un acto contrario a una cláusula del protocolo familiar dependerá de cómo esté articulada la cláusula en lo que a medidas relativas a su eficacia se refiere.

Así, recordar que una cláusula de un protocolo familiar puede ir acompañada de medidas de eficacia registrales —a través de su publicación en el Registro Mercantil, en los términos del RD 171/2007, logrando una oponibilidad *erga omnes*—, o medidas de eficacia extrarregistrales —como su trasposición a los estatutos sociales (quedando con ello vinculada la sociedad y abriendo la posibilidad de impugnación del acuerdo que lo contraviniese), el establecimiento de cláusulas penales para un eventual incumplimiento con finalidad disuasoria o su configuración como prestación accesoria en los estatutos sociales, posibilidad admitida por la interesante Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 26 de junio de 2018, que admite que se configure la obligación de cumplir con el protocolo familiar como prestación accesoria con la consiguiente exclusión del socio incumplidor (efecto previsto en la ley para las sociedades de responsabilidad limitada y que deberá establecerse en estatutos en el caso de las sociedades anónimas)—.

Pero si la cláusula incumplida recoge un simple compromiso moral o ético, basado en la confianza familiar, y no llevase aparejada medida de eficacia alguna, ante un eventual incumplimiento no cabría el cumplimiento forzoso ni tampoco el cumplimiento por equivalencia. Esta cuestión es precisamente la que se plantea en el presente caso, en el que el protocolo familiar establece la distribución del accionariado social entre los miembros de la familia, sin indicar plazo alguno, sin

acompañarlo de una cláusula que limite o prohíba la transmisión de las acciones y participaciones del grupo y sin haber adaptado los estatutos al contenido del protocolo.

Volviendo al objeto de debate, es decir, si la alteración de la distribución accionarial como consecuencia de negocios traslativos de acciones y participaciones supone o no un incumplimiento contractual, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al calificar el protocolo como «*una declaración de intenciones [...] que si bien prevé algunas consecuencias jurídicas en determinadas cuestiones [...], las omite en otras materias*». Apoyando también su argumentación en la cláusula octava del protocolo que indicaba «*que se firma el presente Convenio como ratificación del compromiso moral y de honor de cumplirlo [...]*», apelación al honor que hacía imposible considerarlo como cláusula limitativa a la transmisibilidad de acciones o participaciones.

La sentencia fue recurrida en apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial, que a su vez desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia señalando que el protocolo familiar «*excede de un mero acuerdo moralmente exigible [...], sin embargo dichos criterios de reparto del capital social de las distintas sociedades del grupo no obligan a un mantenimiento perpetuo de dichos coeficientes, lo que sería contrario a la ley*». Por lo tanto, está admitiendo el valor jurídico del protocolo, pero al no existir en el mismo una cláusula específica que prohibiese la alteración de los coeficientes de participación, la alteración sería válida al no estar prohibido ni por la ley ni por convenio y niega por lo tanto que se haya producido un incumplimiento contractual, si bien la Audiencia admite que con esta conducta se impide que se cumpla la finalidad perseguida por los otorgantes del protocolo.

Finalmente, los actores interpusieron ante el Tribunal Supremo un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación por cuatro motivos, si bien, a los efectos que interesan para el análisis de la materia objeto de este artículo, recalcamos exclusivamente el primero de los motivos del recurso de casación, que se formula «*al amparo del art. 477.1 de la LEC, denunciando la infracción de los artículos 1.124 y 1.101 del CC que regulan la resolución contractual por incumplimiento*».

#### IV. DECISIÓN DE LA SALA

Con la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 120/2020, de 20 de febrero de 2020, se sistematiza la materia y sienta jurisprudencia sobre la validez y el carácter vinculante del protocolo familiar.

Concluye la sentencia indicando que el acuerdo de adjudicación y distribución del capital social ni obliga al mantenimiento perpetuo de los coeficientes, que sería contrario a la ley, ni comporta ninguna prohibición de transmisión de acciones



y participaciones por sus titulares, pues sería contrario a los límites citados, por lo que no se ve afectada la validez de los negocios traslativos de las acciones y participaciones.

Para llegar a esta conclusión, la sentencia se basa fundamentalmente en los siguientes argumentos: por un lado, por la naturaleza esencialmente limitada en el tiempo de las relaciones obligacionales. Así, aunque las obligaciones que no contengan un plazo expreso pueden ser válidas civilmente, no puede admitirse su carácter ilimitado o perpetuo, que sería contrario al orden público. Por lo tanto, no se admitiría una vinculación permanente de los derechos políticos y económicos de un socio por vulnerar principios esenciales como el de la libre transmisibilidad de acciones y participaciones sociales o el de libre contratación y disposición patrimonial y personal, por lo que tampoco puede admitirse el acuerdo de distribución de porcentajes fijos de propiedad del capital entre los socios. Y, por último, invoca también la prohibición de indivisión perpetua de la herencia (art. 1.051 CC en relación con el art. 400.2 CC).

Mantener indefinidamente las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones sociales, impidiendo modificar el porcentaje de participación de cada socio en el capital social y generando una suerte de vinculación perpetua de los derechos de los socios resultaría contrario a los límites citados, por lo que los negocios traslativos realizados una vez cumplida la finalidad de llevar a cabo la ordenada sucesión en el grupo empresarial tras el fallecimiento del fundador, no pueden considerarse abuso de derecho ni contrarios a la buena fe contractual como alegaban los recurrentes.

## BIBLIOGRAFÍA

PERDICES HUETOS, Antonio B.; «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones: algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares». En: GARRIDO MELERO, M.; FUGARDO ESTIVIL, J. M. (coords.); *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: sus protocolos*: Barcelona: Bosch, 2005, tomo IV, pp. 481-522. ISBN: 84-9790-134-7.

VALMAÑA CABANES, José Antonio; *El régimen jurídico del protocolo familiar* [en línea]. Tesis doctoral inédita, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2013. [Consulta: 24 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/292369/TESI.pdf?sequence=1>.

(Trabajo recibido el 14/04/2020  
y aceptado para su publicación el 11/05/2020)



## **RECENSIONES**



# LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES. UNA INSTITUCIÓN NECESARIA

Autor: Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ  
Pamplona: Aranzadi, 2019

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO  
*Notaria*

La obra en cuestión está dedicada esencialmente, de una forma integral y actualizada, a la sección de calificación concursal, a saber, la sección sexta. Como trabajo de investigación de gran envergadura ha merecido a su autor, Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ, nada más y nada menos que la obtención del grado de Doctor con la más alta calificación en marzo de 2017, bajo la dirección del Catedrático de Derecho mercantil Abel VEIGA.

Como punto introductorio se parte del carácter necesario o esencial de esta sección dentro de la institución del concurso de acreedores, pasando el autor a desgranar exhaustivamente las principales cuestiones, que directa e indirectamente están relacionadas con la misma, con extensas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en la materia, destacando especialmente las más recientes.

Este valioso compendio lo realiza a través de cinco capítulos, dedicados a caracterizar la calificación concursal, a tratar la formación y tramitación de la sección y a los efectos de la calificación del concurso como culpable, respectivamente. Todo ello desde un análisis tanto formal y procedimental como material o sustantivo; haciendo hincapié en aquellas cuestiones que resultan más controvertidas en la práctica jurídica y aportando para su clarificación argumentos relevantes y consideraciones novedosas para su correcta interpretación y aplicación.

Concretamente, el **primer capítulo** está dedicado a ahondar en el concepto, finalidad y fundamento de la calificación concursal. La calificación es aquella sección del procedimiento concursal prevista por la ley, con la finalidad de producir una serie de efectos civiles, de responsabilidad del concursado, por la generación

o la agravación de la insolvencia en que pueda haber incurrido éste (así como, en su caso, sus representantes legales, sus administradores o liquidadores en caso de persona jurídica concursada e incluso otras personas relacionadas con el deudor que pueden ser consideradas cómplices a estos efectos). Si bien, para que proceda la calificación del concurso como culpable no basta con que la insolvencia haya sido causada o aumentada por el deudor o personas directamente relacionadas con su actuación, sino que se exige que haya intervenido para ello dolo o culpa grave (no basta simple culpa). Para determinar la concurrencia de este elemento subjetivo, la ley nos brinda determinadas conductas tipificadas que permiten apreciarla *per se*, como veremos más adelante.

Esta sección ha ido evolucionando conceptual y legislativamente, dado que, en un inicio, la insolvencia estaba penada desde un punto de vista penal. Hoy en día no es así (sin perjuicio de que puedan coexistir, al margen del concurso, actos también tipificados como conducta penal que hayan de juzgarse en su respectivo procedimiento). No obstante, actualmente, puede hablarse de tres finalidades o fundamentos del concurso de acreedores, siendo una de ellas la finalidad represora o sancionadora, junto con la finalidad solutoria y conservativa, como pone de manifiesto el autor. Precisamente esta primera finalidad es la que se concreta, en la formación y tramitación de la sección de calificación, que finaliza con una sentencia de calificación en la que el concurso se califica como culpable (y no como fortuito), cuando se aprecia que el deudor concursado o los administradores de la persona jurídica concursada han propiciado el estado de insolvencia mediante su conducta, causando, en consecuencia, un perjuicio para los acreedores.

No obstante, hay un caso en que no procede la tramitación de esta sección: si se da el cumplimiento íntegro de un convenio no gravoso (con quitas o esperas inferiores a los límites legalmente fijados). Generalmente, este escenario será posible cuando el concurso sea voluntario o se inste a tiempo, operando así, como incentivo proporcionado por el legislador, para que se inste a tiempo el concurso por los particulares y por las empresas. Así pues, el presupuesto objetivo para la formación de esta sección sexta será o bien directamente la aprobación de un convenio especialmente gravoso o bien la apertura de la fase de liquidación (por fracaso del convenio).

El **segundo capítulo** está dedicado a la formación y tramitación de la sección sexta, formación que corresponde al propio juez del concurso, que deberá ordenarla, de oficio, en la misma resolución por la que se apruebe un convenio que determine su necesidad, se apruebe el plan de liquidación u ordene la liquidación conforme a las normas legales. Una vez iniciado este procedimiento, la iniciativa a lo largo de su tramitación corresponde, no obstante, al Ministerio Fiscal y a la administración concursal; pudiendo además personarse, ser parte y realizar alegaciones en esta sección, cualquier acreedor y, en general, cualquier persona que acredite tener interés legítimo en hechos relevantes relacionados con la calificación.

El tratamiento de esta materia procesal por parte del autor merece una valoración positiva, en la medida en que la interrelaciona con los fundamentos y finalidades últimas de esta sección, poniendo de manifiesto que estamos ante una institución híbrida, puesto que, siendo principalmente un procedimiento civil (y, por tanto, de derecho privado), pretende también la consecución de ciertos intereses públicos, como pueden ser la protección del crédito, el principio de seguridad jurídica...

El que es el **tercer** y más extenso **capítulo** de la obra lo dedica el autor al análisis de los distintos supuestos en que el concurso se califica como culpable. Como decíamos al inicio de esta recensión, esto ocurre cuando se determina que la insolvencia ha sido generada o agravada, con dolo o culpa grave, por el deudor persona física o por sus representantes legales, en el caso de tenerlos, o por los administradores (de hecho o de derecho), liquidadores o apoderados generales (en los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso) de la persona jurídica, así como por sus socios en la forma prevista en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Es necesaria, pues, la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, basado en que alguno de los sujetos anteriores ha de haber actuado con dolo o culpa grave; y uno objetivo, que consiste en causar con su actuación una generación o agravación de la insolvencia. Para dar respuesta a la dificultad de demostrar que concurren claramente sendos elementos, la Ley Concursal (siguiendo la línea sentada anteriormente por la jurisprudencia) opta por el sistema de las presunciones. Concretamente, nuestro texto legal utiliza dos grupos de presunciones, aquellas que son *iuris et de iure* (y cuya mera concurrencia conduce si o si a la calificación del concurso como culpable) y aquellas que operan como presunciones *iuris tantum* (tratándose en este caso de hechos cuya concurrencia permite calificar el concurso como culpable, pero siempre que no se aporte prueba en contrario).

Respecto de las presunciones del segundo tipo conviene tener en cuenta que, si bien en un inicio, se entendía que eran presunciones de la concurrencia del dolo o culpa grave, esto fue objeto de reforma por la ley 9/2015, de medidas urgentes en materia concursal, de forma que la redacción actual (siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo) elimina cualquier duda al respecto, determinando que cuando concurren las conductas descritas, lo que existe es directamente una presunción de la culpabilidad del concurso. Sobre la base de estas consideraciones, el autor realiza un pormenorizado examen de los elementos de la cláusula general de culpabilidad, de todos estos supuestos legales de concurso culpable y de las presunciones anteriormente referidas, valiéndose para ello de las numerosas resoluciones judiciales que se han venido dictando sobre esta materia.

El **cuarto capítulo** está dedicado a los efectos del concurso culpable, los cuales se ven determinados en la sentencia de calificación, en la cual también habrá de expresarse la causa o causas en que se fundamente. Ello precisamente porque la concurrencia de una causa u otra motivará que se apliquen unos u otros efec-



tos. Estos efectos pueden clasificarse fundamentalmente como personales o como patrimoniales.

De entre los personales destaca la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período. Esta medida tiene por finalidad el evitar que, en el futuro, se produzcan comportamientos perjudiciales, similares a los que han motivado el concurso. Además, hila con lo anteriormente puesto de manifiesto por el autor, en lo que se refiere a que, aunque se trata de una institución de derecho privado, en la regulación y finalidades del concurso en nuestro sistema, también subyacen intereses públicos. En concreto, y entre otros, se estaría tutelando la seguridad en el tráfico económico y la lealtad en las transacciones comerciales, intentando eliminar el perjuicio que las insolvencias empresariales suponen para los intereses sociales y la economía.

Por otro lado, con los efectos patrimoniales, que consisten en que aquellas personas afectadas por la calificación pierdan cualquier derecho que tuvieran en el concurso, quedando obligados a devolver todo bien o derecho que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o de la masa, lo que se pretende es complementar la eficacia de la acción de reintegración concursal. Dentro de los efectos patrimoniales, se puede hablar también de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, si bien esta última es considerada por el autor como un efecto independiente, que puede superponerse a la responsabilidad concursal.

El **quinto y último capítulo de la obra** está dedicado a la responsabilidad concursal, habiendo de entenderse por ésta el efecto de la calificación limitado en caso de concurso de personas jurídicas que culminen en la liquidación, por el que se determina judicialmente cuáles son las personas afectadas y el grado de su responsabilidad en la generación o agravación de la insolvencia (ya sea en su intervención como administradores, liquidadores, apoderados generales o socios que se hubieran negado, sin causa razonable, a la capitalización de créditos o emisión de valores o instrumentos convertibles) y, en consecuencia, se les condena a cubrir, total o parcialmente, el déficit resultante del concurso. En este punto analiza el autor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la naturaleza y alcance de esta responsabilidad, jurisprudencia especialmente relevante, ya que ha sido objeto de diversas críticas doctrinales, que también son objeto de exposición. En este punto destaca la necesidad de que exista un nexo causal, una incidencia clara entre la actuación de los sujetos anteriormente enumerados y la generación o agravación de la insolvencia, ya que la condena a cubrir el déficit habrá de serlo en mayor o menor medida según la magnitud o relevancia que haya tenido su actuación.

Expuestas las principales líneas temáticas que componen la obra objeto de análisis, destacar, por último, que nos encontramos ante un excelente trabajo que no solo pretende (y a mi juicio, consigue) clarificar los conceptos esenciales, la

regulación y el tratamiento en nuestro derecho concursal de esta sección, sino también exponer y dar solución a las principales controversias y complejidades que la misma pone de manifiesto en la práctica. Así pues, su lectura es recomendable para todos aquellos que, de forma integral, pretendan adquirir conocimiento de forma clara y pragmática, acerca de la sección de calificación, partiendo de su finalidad y fundamento, pasando por la formación y tramitación de la misma y terminando con los distintos efectos personales y patrimoniales determinados por el juez, según cuales hayan sido los supuestos que hayan dado lugar a la calificación del concurso como culpable. Todo ello desde una doble óptica: por un lado, actualizada, tanto en el aspecto legal como doctrinal y jurisprudencial; y, por otro lado, desde una óptica crítica, aportando el autor sus propias consideraciones como gran conocedor de la materia.

*(Trabajo recibido el 29/04/2020  
y aceptado para su publicación el 08/05/2020)*

