



Cuadernos
de Derecho
y Comercio
74

**FUNDACIÓN
NOTARIADO**

**Julio-
Diciembre
2020**



Cuadernos
de
Derecho
y
Comercio
74

julio-diciembre 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

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*

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*

EQUIPO TÉCNICO

COORDINADORA

Isabel Cortés Calvo
Consejo General del Notariado

TRADUCTORES

Ubiquis Spain
AGtradinters

CORRECTOR ORTOGRÁFICO

Miguel Rodríguez Muñoz

EVALUACIÓN EXTERNA

COORDINADORA DE LA EVALUACIÓN EXTERNA

Nuria Latorre Chiner
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

Listado de evaluadores (2020)

1. Anglès Juanpere, Benjamí (Prof. Universitat Oberta de Catalunya)
2. Arias Varona, Javier (PTU Universidad Rey Juan Carlos)
3. Baena Baena, Pedro Jesús (CU Universidad de Sevilla)
4. Bermejo Gutiérrez, Nuria (PTU Universidad Autónoma de Madrid)
5. Colino Mediavilla, José Luis (PTU Universidad Complutense de Madrid)
6. Gallego Lanau, María (Prof. AYD Universidad de Zaragoza)
7. Iribarren Blanco, Miguel (PTU Universidad de Oviedo)
8. Juan y Mateu, Fernando (PTU, Universitat Jaume I)
9. Lara González, Rafael (CU Universidad Pública de Navarra)
10. Lois Caballé, Ana I. (PTU Universitat de València)
11. Marín de la Bárcena, Fernando (PTU Universidad Complutense de Madrid)
12. Martí Miravalls, Jaime (PTU Universitat de València)
13. Martínez Flórez, Aurora (CU Universidad Autónoma de Madrid).
14. Meco Tébar, Fabiola (Prof. AYD Universitat de València)
15. Miquel Rodríguez, Jorge (PTU Universitat Autònoma de Barcelona).
16. Muñoz García, Alfredo (Prof. CD Universidad Complutense de Madrid)
17. Olavarría Iglesia, Jesús (PTU Universitat de València)
18. Pedrosa López, José C. (Prof. AYD Universitat de València)
19. Pérez Millán, David (PTU Universidad Complutense de Madrid)
20. Pérez Troya, Adoración (PTU Universidad Alcalá de Henares)
21. Quintana Ferrer, Esteban (PTU Universitat de Girona)
22. Recaman Graña, Eva (Prof. Asociada Universidad Complutense de Madrid)
23. Rodilla Martí, Carmen (Prof. AYD Universitat de València)
24. Rubio Vicente, Pedro J. (PTU Universidad de Valladolid)
25. Sánchez Ruiz, Mercedes (PTU Universidad de Murcia)
26. Sedeño López, José F. (Prof. Universidad de Málaga)

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES

El ecosistema de plataformas intermediarias y la resolución de litigios en línea (RLL/ODR): ¿hacia dónde vamos tras la COVID-19? // The intermediary platform ecosystem and online litigation resolution (RLL/ODR): where are we going after COVID-19?, <i>por Rosalía Estupiñán Cáceres</i>	17
La sumisión a arbitraje de las modificaciones estructurales // Submission to arbitration of structural modifications, <i>por Miguel Gimeno Ribes</i>	45
Tratamiento contable de las criptodivisas y su impacto en el Impuesto sobre Sociedades // Accounting treatment of cryptocurrencies and its impact in the corporate income tax, <i>por Iñigo Egea Pérez-Carasa</i>	89

PRÁCTICA JURÍDICA

Las empresas ante la pandemia: soluciones preconcursales y concursales para los casos de insolvencia // Companies in the face of the pandemic: pre-bankruptcy and bankruptcy solutions for insolvency cases, <i>por Franciso Roldán Santías</i>	161
Acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal. // Out-of court settlement of payments in the consolidated text of the Bankruptcy Law, <i>por Salvador Torres Ruiz</i>	173

SUMARIO

COMENTARIOS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020 sobre la regla *rebus sic stantibus* // Comment on the judgment of the Supreme Court of 6 march 2020 on the *rebus sic stantibus* doctrine, *por Iván Abad Lloria* 225
- El Tribunal Constitucional de España y los medios alternativos de solución de controversias // The Constitutional Court of Spain and the alternative means of solution of controversies, *por Gastón Augusto Zavala* 249

RESEÑAS

- Recensión del libro «Derecho de sociedades. Los derechos del socio» / «Company law. Shareholder rights», GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén/COHEN BENCHETRIT, Amanda (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, *por José Miguel Embid Irujo*..... 267
- Recensión del libro «El Inventor Artificial. Un reto para el Derecho de Patentes» / «Artificial inventor. A challenge for patent law», SÁNCHEZ GARCÍA, L., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, *por Gonzalo Damíán Montoya Alcocer* 275

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL ECOSISTEMA DE PLATAFORMAS INTERMEDIARIAS Y LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA (RLL/ODR): ¿HACIA DÓNDE VAMOS TRAS LA COVID-19?¹

ROSALÍA ESTUPIÑÁN CÁCERES

Profesora de Derecho Mercantil

Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

En el presente trabajo abordamos el creciente protagonismo que tienen las plataformas digitales intermediarias, como nueva forma de comercialización de productos y servicios a nivel global, así como la imparable digitalización, más aún tras la pandemia y globalización del comercio, junto a su inevitable conexión con el avance ODR. Asimismo, damos cuenta de tres movimientos en diversos entornos en materia de ODR, como son en la CNUDMI, en la UE y en la APEC, que nos llevan a reflexionar sobre cuál deba ser, en la actual realidad post covid-19, la senda por la que se ha de transitar para su éxito y para un acceso real a la justicia universal. Y es que la pandemia con sus lecciones, no solo sanitarias, sino económicas y jurídicas, unidas al avance de tecnologías tales como, la inteligencia artificial, *machine learning* y *blockchain*, imponen, para que se mantenga la necesaria confianza que precisan todos los participantes en el mercado, un ODR a nivel global, pues ya no caben soluciones nacionales a problemas globales. Y para el éxito de este, dadas las reticencias que todavía existen por parte de los oferentes de bienes y servicios, como muestra el último Informe de la UE sobre su plataforma ODR, cabe obligar a las plataformas digitales a exigir a tales oferentes su adhesión al mismo como requisito para ofrecer bienes y servicios a través de ellas.

Palabras clave: plataformas digitales, ODR, ADR, RLL, RAL, COVID-19.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco de las actividades programadas del Proyecto DER2017-85616-R, bajo el título: *Desmontando la economía colaborativa: Hacia una nueva forma de comercialización de productos y servicios*.

THE INTERMEDIARY PLATFORM ECOSYSTEM AND ONLINE LITIGATION RESOLUTION (RLL / ODR): WHERE ARE WE GOING AFTER COVID-19?

ROSALÍA ESTUPIÑÁN CÁCERES

Professor of Commercial Law

Department of Basic Legal Sciences

University of Las Palmas, Gran Canaria

ABSTRACT

In this paper we address the growing role that intermediary digital platforms have, as a new form of commercialization of products and services globally, as well as the unstoppable digitization, especially after the pandemic and globalization of trade, together with its inevitable connection with the ODR advance. Likewise, we account for three movements in various environments in terms of ODR, such as in UNCITRAL, in the EU and in APEC, which lead us to reflect on what should be, in the current post-covid-19 reality, the path through which it must be passed for its success and for real access to universal justice. And it is that the pandemic with its lessons, not only health but also economic and legal, together with the advancement of technologies such as artificial intelligence, machine learning and blockchain, impose, so that the necessary confidence that all market participants need is maintained, an ODR at a global level, since there are no longer national solutions to global problems. And for the success of this, given the reluctance that still exists on the part of the suppliers of goods and services, as the latest EU Report on its ODR platform shows, digital platforms should be forced to require such suppliers to adhere to the same as a requirement to offer goods and services through them.

Keywords: digital platforms *ODR*, *ADR*, *RLL*, *RAL*, COVID-19.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL ECOSISTEMA DE PLATAFORMAS DIGITALES: LA CONSOLIDACIÓN DE UNA NUEVA FORMA DE COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS. —III. LA RLL-ODR: CNUDMI, UE Y APEC.—IV. ENSEÑANZAS DEL USO DE LA PLATAFORMA *ODR* EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA. —V. LA NUEVA REALIDAD POST COVID-19: LA SENDA A SEGUIR EN ODR.—VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente se está desarrollando *online*, ya que gran parte de las transacciones económicas se han digitalizado, además de globalizado, pues el surgimiento de la *world wide web*, junto con el imparable avance de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), no han hecho más que acelerar este proceso en estas dos primeras décadas del siglo XXI.

Desde luego, dudamos que aun pueda haber quien cuestione que nos encontramos inmersos en el contexto de «la cuarta revolución industrial²», que está reinventando la manera de ver y entender el mundo, cambiando la forma de interacción social, la moral, la ética... todo³. Estamos en una era fuerte e imparablemente digitalizada e hiperconectada que muta de forma exponencial, y en la que internet, los *smartphones*, las apps, las redes sociales, el *cloud computing*, la inteligencia artificial (IA), el *big data*, las plataformas digitales..., han transformado la manera en la que los seres humanos buscamos satisfacer nuestras necesidades o caprichos, y también la forma en la que funciona nuestro mundo y en la que funcionamos los seres humanos⁴. Y ahora, a todo ello, es preciso añadir que la pandemia que asola el planeta este extraño año 2020, con periodos de con-

² SCHWAB, K.; *La cuarta revolución industrial*, 4.^a reimpresión, Debate, Barcelona, 2019, pp. 14-15, quien sostiene que esta cuarta revolución se produce al converger múltiples tecnologías, por su velocidad, magnitud y alcance, y que están ocasionando unas transformaciones tan profundas e históricas, «que no sólo está cambiando el «qué» y el «cómo» hacer las cosas, sino el «quiénes» somos».

³ BUSTAMANTE ALONSO, N.B./GUILLÉN ALONSO, S.T.; «Un acercamiento al Big Data y su utilización en comunicación», *Mediciones Sociales*, 2017, n.º 16, p. 131; Comisión Europea: «Dando forma al futuro digital de Europa», Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 2020 [COM (2020) 67 final].

⁴ Así lo afirmamos en un trabajo anterior, véase ESTUPIÑÁN CÁCERES, R./FONTICELLA HERNÁNDEZ, B.; «La información precontractual a través del Documento de Datos Fundamentales (KID) ¿Se acomoda a nuestra Era Digital?», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2019, n.º 25, p. 2.

finamiento, no ha hecho más que precipitar e incrementar tales cambios, ante la necesidad del uso masivo de medios tecnológicos en todos los ámbitos, lo que ha conllevado un crecimiento aun mayor del comercio electrónico⁵.

Y en lo que ahora nos interesa, esta economía digital se ha transformado en la actualidad, dentro de la denominada o mal denominada economía colaborativa, en una economía de plataformas⁶. En efecto, las plataformas representan hoy el modelo organizativo dominante⁷, aunque se trata de un fenómeno que se extiende más allá de los sectores económicos⁸.

Esta economía de plataformas constituye una realidad tan insoslayable como que el conflicto es inherente a la naturaleza humana, por lo que, aun no siendo el entorno digital idéntico al entorno no digital, plantea conflictos entre las partes

⁵ Aún no disponemos de los datos globales del crecimiento del comercio electrónico en este año 2020, aunque por efecto de la pandemia se estiman muy superiores a los del año 2019. Sirva de muestra este dato: «el mes de abril en España, el canal en línea de gran consumo ha conseguido de promedio un 40% más de compradores que en 2019» tal como se recoge en BIGAS FORMATJE, N.: «¿Cómo será el consumidor pospandemia?», *Actualidad UOC* [en línea], 21 de mayo de 2020, [fecha de consulta: 17 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2020/243-consumidor-pospandemia-covid19.html>. Los datos globales de comercio electrónico que están disponibles, en este momento, son los del año 2019, en los que se confirma la tendencia de crecimiento, tanto en Europa como a nivel mundial. Véase ECOMMERCE FOUNDATION; *European Ecommerce Report* [en línea], 2019, [fecha de consulta: 14 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2019/07/European_Ecommerce_report_2019_freeFinal-version.pdf. Por su parte, STATISTA; *Ecommerce Report. 2020* [en línea], 2020, [fecha de consulta: 14 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://www.statista.com/study/42335/ecommerce-report/>, asegura que en 2020 el comercio electrónico mundial cruzará los 2 billones de dólares estadounidenses. Dando en extracto los siguientes datos y previsiones: «Comparing the three major eCommerce markets — the U.S., China and Europe — China was the biggest market in 2019 and will stay in the lead through 2024. The Chinese market is worth US\$862.2 billion in 2019, with Fashion being the biggest segment. Revenues are expected to grow at a CAGR1 of 11.6% up to 2024, resulting in revenues of US\$1,474.2 billion. In other words, the Chinese market is expected to show the largest growth rates of the three major regions. In the U.S. market, revenues of US\$356.4 billion were generated in 2019. Judging from the high CAGR of 12.4%, the market is expected to exceed revenues of US\$490.9 billion by 2024. The third biggest ecommerce market in 2019 is Europe with revenues of 355.26 billion. An annual growth of 8.8% will lead to revenues of US\$516.2 billion by 2024». Con todo, la recesión económica que se avecina, y la que algunos países, como España, ya estamos sufriendo, como consecuencia de la COVID-19, y sus rebrotes, nos parece que, tal vez, las previsiones lanzadas deban ser recalculadas.

⁶ Denominación utilizada también por RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES: «Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms». *Journal of European Consumer and Market Law (euCML)*, 2016, n.º 4; en CUENA CASAS, M.; *Las fintech de préstamos o crowdlending: la contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, Reus, Madrid, 2019, pp. 37-38, prefiere denominarlas «plataformas intermediarias en línea», por ser la expresión que mejor refleja su naturaleza, en tanto que el denominador común a todas estas es permitir la interacción online entre usuarios mediante internet, ofertándose todo tipo de bienes y servicios.

⁷ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.; «Una regulación europea para las plataformas electrónicas. Propuestas en curso y alternativas», en MADRID, A. (dir.), BLANCO, M.J. (coord.); *Derecho Mercantil y Tecnología* (AAVV), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 428-429.

⁸ BOTELLO HERMOSA, J.M.; «La contratación electrónica y la mal denominada «economía colaborativa»», en: MADRID, A. (dir.), BLANCO, M.J. (coord.); *Derecho Mercantil y Tecnología* (AAVV), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 544-545.

contratantes que, igualmente, precisan soluciones incluso más rápidas —el medio las posibilita—, sencillas y flexibles, evitando de ser posible la confrontación. Asimismo, gracias al análisis de datos y a la inteligencia artificial se posibilitan soluciones automatizadas, llegando incluso a utilizarse para prevenir el conflicto.

Hace ya décadas que se viene apreciando a nivel nacional, regional e internacional una tendencia a promover el uso de métodos de resolución alternativa de litigios, los conocidos como *Alternative Dispute Resolution* (ADR, en lengua inglesa; RAL en nuestro idioma), frente al sistema judicial, dados los males que aquejan a este último, mucho más acentuados en la esfera transfronteriza y, como se habrá de ver, no solo en las relaciones *Business to Consumer* (B2C), sino también en las relaciones *Business to Business* (B2B). Y es que el sistema judicial tradicional no solo es lento y costoso, sino que, además, suele reforzar las modalidades antagónicas (ganar-perder), con lo que permite alcanzar quizás una solución formal, mas no real y social, del conflicto. Cuando para la solución del conflicto entra en juego un medio de comunicación a distancia y la controversia puede resolverse en línea, se habla de *On Line Dispute Resolution* (ODR en lengua inglesa y RLL en nuestro idioma, los emplearemos indistintamente)⁹. Con todo, hoy este ODR no es sólo resolución en línea, sino que avanza hacia el uso de la tecnología para la resolución de eventuales controversias producidas también fuera de línea, adelantándose incluso al conflicto y evitándolo, merced al análisis de datos y la IA.

La ola de la digitalización y globalización, con transacciones comerciales transfronterizas cada vez más frecuentes, gracias a la mayor seguridad creada en el ciberespacio y a la incentivación de formas eficaces y eficientes de resolución de litigios, está evidenciando la manifiesta incoherencia y dificultad que implica el que tengamos Estados, con fronteras territoriales con derechos y tribunales territoriales, cuando la realidad, al menos en el escenario económico-comercial, demanda a gritos normativas y soluciones globales, sin fronteras.... Se trata de un escenario en el que la confianza, la celeridad y la eficiencia son muy preciadas, de ahí que su refuerzo continuo sea vital.

⁹ RUGGERI, L.; «ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 2010, n.º 10, p. 34 y p. 36; PEREA GONZÁLEZ, A.; «Conflicto, discurso y lenguaje: la mediación como alternativa a la dialéctica judicial», *Diario La Ley*, 2020, n.º 9.683, pp. 1-6. Es también la denominación «resolución de litigios en línea», la que utiliza la normativa europea, véase la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la Resolución Alternativa de Litigios en materia de Consumo, y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre Resolución de Litigios en Línea en materia de Consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Si bien otros autores prefieren hablar de resolución de disputas en línea (RDL), como ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R./VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; *Resolución de disputas en línea (RDL) Las claves de la mediación electrónica*, Reus, Madrid, 2013, pp. 15-16, 86-87 y nota pie n.º 147 en p. 203.

El modelo de negocios mediante plataformas refuerza sin duda, como habremos de ver, la confianza de todos sus participantes¹⁰, pero podría reforzar aún más tal confianza, entre otras vías, mediante la resolución de los conflictos de forma rápida, sencilla, económica, flexible y, en la medida de lo posible, sin confrontación, procurando mantener las relaciones que, dentro de este ecosistema, se produzcan entre la plataforma con sus usuarios¹¹, o entre éstos entre sí. De ahí que la resolución a través de medios alternativos o complementarios, por sus indudables ventajas frente al sistema judicial, tanto en relaciones *B2C* como *B2B*, nos parece la mejor opción. Así lo han puesto de manifiesto entre otras, instituciones globales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o *UNCITRAL* en lengua inglesa)¹², o regionales como la Unión Europea (UE)¹³ o la *Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC)*¹⁴.

Hace algunos años hubo quienes en la doctrina vaticinaban que, precisamente por el crecimiento exponencial de internet y la integración de las TIC en todas las actividades, tanto lúdicas como comerciales y profesionales, la RLL, con independencia de donde tuvieran la residencia reclamantes y reclamados, serían los procedimientos por el que una gran cantidad de personas en todo el mundo resolverían sus disputas¹⁵. Y el vaticinio se ha cumplido, pero aún queda camino por andar a fin de que sea una vía accesible para todos, esto es, que sea una vía mayoritaria, y la clave para ello puede estar, a nuestro juicio, en las plataformas colaborativas.

La COVID-19 que ha llegado como un tsunami, nos está arrebatando vidas y relaciones, aunque en paralelo nos está proporcionando buenas lecciones, y no sólo en el ámbito sanitario. Entre tales lecciones, figuran el cuidar nuestro medio ambiente de manera eficiente con una gobernanza global, pues no caben soluciones nacionales a problemas globales y, precisamente por ello, aprovechar para relanzar una auténtica cooperación y unidad mundial en la regulación y empleo de ODR, pues siendo el comercio global, todos salimos ganando si los conflictos se

¹⁰ Véase *infra* epígrafe siguiente.

¹¹ Empleamos el término «usuarios» no en sentido técnico jurídico, sino en sentido amplio y coloquial, Véase *infra* epígrafe siguiente. Sobre el empleo de esta expresión en este contexto, véase también ALFONSO SÁNCHEZ, R.; «Aproximación jurídica a la economía colaborativa: Diferentes realidades», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, n.º 66, p. 44.

¹² Véase CNUDMI; «Notas técnicas sobre la Solución de controversias en línea», *Uncitral.org* [en línea], 2017 [fecha de consulta: 10 de julio de 2020], disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf

¹³ Véase el Reglamento (UE) n.º 524/2013 (cit.).

¹⁴ Véase APEC; «*Collaborative Framework for Online Dispute Resolution of Cross-Border Business-to-Business Disputes — Endorsed*» [2019/SOM3/EC/022]. 2019. [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2020]. Disponible en http://mddb.apec.org/Documents/2019/EC/EC2/19_ec2_022.pdf.

¹⁵ Véase, entre otros, GÓMEZ CASTALLO, J.D.; «Sistemas alternativos de resolución de conflictos. La autorregulación e Internet», en GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (dir.), FERNÁNDEZ-ALBOR, B./TATO PLAZA, A. (coord.); *Comercio electrónico en Internet* (AAVV), Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 460; ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R./VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; *Resolución de disputas en línea...* (cit.), p. 63, p. 96 y p. 214.

resuelven por medios no contaminantes, y a través de órganos globales de ODR regidos por principios o normas globales que superen la fragmentación actual proveniente de normas nacionales o regionales. Ha llegado ya el momento, en beneficio de la humanidad y del planeta, de romper fronteras por ineficientes, por discriminatorias, por no aprovechar los avances tecnológicos.

En las líneas siguientes nos proponemos ver cómo está el panorama y cuál debe ser la senda a seguir en el ámbito objeto de nuestro estudio, por lo que, para ello, comenzaremos destacando la importancia y consolidación de la comercialización de bienes y servicios a través de plataformas digitales intermediarias, los tipos de relaciones que existen y, ya no la oportunidad, sino la necesidad de contar con formas alternativas de resolución de litigios en todas estas relaciones, pues no todas están cubiertas. Seguidamente, nos adentraremos en la RLL al objeto de exponer los últimos pasos que se han dado y sus ventajas, así como de mostrar las enseñanzas que nos deja el uso de la plataforma ODR en el ámbito de la UE. Y finalizaremos, con el epígrafe «La nueva realidad post COVID: la senda a seguir en ODR», en el que —con base en los anteriores—, exponemos diversas reflexiones sobre cuál debe ser, a nuestro juicio, en este nuevo escenario, la evolución de la RLL de la mano del ecosistema de plataformas intermediarias en línea, para impulsar y mejorar el comercio y el acceso a una justicia global en el siglo XXI haciendo uso de tecnologías como la IA.

II. EL ECOSISTEMA DE PLATAFORMAS DIGITALES: LA CONSOLIDACIÓN DE UNA NUEVA FORMA DE COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

Son diversos los estudios sobre la consolidación de esta nueva forma de comercialización de productos y servicios, dentro de la llamada economía de plataformas, así como el creciente protagonismo que, tales plataformas, tienen en la actualidad¹⁶. Protagonismo que, como resumida y certeramente destaca RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, es debido a que ofrecen una solución muy efectiva a los problemas inherentes al entorno digital, esto es, al «alto nivel de incertidumbre, relaciones con baja confianza, asimetrías informativas, sustanciales costes de transacción (búsqueda, negociación, supervisión del cumplimiento) y problemas de identificación de las partes». O dicho de otra manera, este protagonismo se fundamenta, por tanto, «en su capacidad de reducir la incertidumbre e

¹⁶ Véase, entre otros, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.; «Una regulación europea para las plataformas electrónicas... (cit.)», pp. 428-432; DIEZ ESTELLA, F.; «La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?», *Revista CEF Legal*, 2020, n.º 229, p. 7 manifiesta que «A día de hoy, y como no podía ser menos en un mercado en el que los modelos de negocio son innovativos y dinámicos, «disruptivos», hay una serie de rasgos añadidos que inciden fuertemente en el mercado y han reconfigurado el panorama: el hecho de que operan sobre plataformas (*multi-sided markets*); la popularidad y extensión de las redes sociales; el fenómeno *big data*, y el rol que los datos juegan en el proceso competitivo; y, finalmente, que ahora internet no se usa desde un PC, sino a través de aplicaciones desde dispositivos móviles (tabletas, smartphones, etc), dando lugar a lo que se conoce como *app-based economy*».

incrementar la seguridad en el tráfico, generar confianza y crear valor mediante una efectiva combinación de una solución estructural y tecnológica —como entornos electrónicos cerrados— y una compleja estrategia jurídica y organizativa —como arquitecturas contractuales¹⁷—. La especificidad de la llamada economía de plataformas, englobada dentro de la llamada economía colaborativa, está básicamente en el papel que juega la plataforma digital conectando proveedores con clientes, al margen de cuál sea la naturaleza del servicio¹⁸.

Al protagonismo de este modelo de negocios, a la expansión y al creciente poder de mercado de las plataformas digitales, no ha sido ajeno el mundo académico¹⁹ ni el de las instituciones²⁰ y, entre ellas, específicamente la UE, como así lo evidencian distintas actuaciones y actos jurídicos de esta en materia de economía colaborativa²¹, del mercado único digital para Europa²², o del poder de las plata-

¹⁷ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.; «Una regulación europea para las plataformas electrónicas... (cit.)», p. 429.

¹⁸ En este mismo sentido se pronuncia CUENA CASAS, M.; *Las fintech de préstamos o crowdlending...* (cit.), pp. 36-37.

¹⁹ En efecto, existe ya una abundante bibliografía en distintas lenguas sobre este modelo de negocios dentro de la llamada economía colaborativa tratando de acercarnos a su concepto, a sus características, los modelos que comprende, la necesidad o no de una regulación, desde diferentes ópticas... a la que me remito. Solo como simple muestra en España véase ALFONSO SÁNCHEZ, R.; «Aproximación jurídica a la economía colaborativa... (cit.)», pp. 13-73; BULCHAND GIDUNAL, J./MELIÁN GONZÁLEZ, S.; *Una Guía para entender la economía colaborativa: de clientes-consumidores a individuos-proveedores*, Amazon Kindle Direct Publishing y CreateSpace, 2016; ALFONSO SÁNCHEZ, R./VALERO TORRIJOS, J. (dir.); *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017; MONTERO PASCUAL, J.J. (dir.): *La regulación de la Economía colaborativa*, Valencia, Tirant Lo Blanc, 2017; RODRÍGUEZ MARÍN, S./MUÑOZ GARCÍA, A. (coord.); *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018; BOTELLO HERMOSA, J.M.; «La contratación electrónica y la mal denominada... (cit.)», pp. 545-553; VILALTA NICUESA, A. E.; «La regulación europea de las plataformas de intermediarias digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n.º 765, pp. 275-330, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3291616>; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.; «Reflexiones sobre la defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativa», *La Ley Mercantil*, 2018, n.º 48, pp. 1-22; ORTÍ VALLEJO, A./RUBIO GIMENO, G. (dir.); *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019; JARNE MUÑOZ, P.; *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, Madrid, 2019; GONZÁLEZ CASTILLA, F.; *La economía colaborativa ante el Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019; FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «La controvertida naturaleza jurídica de las plataformas de alojamiento», *Revista General de Derecho del Turismo*, 2020, n.º 1, pp. 1-37; GONZÁLEZ CABRERA, I.; «La economía colaborativa: del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado», *Revista de Derecho Mercantil*, 2018, n.º 309, ed. electrónica; *Bajo el paraguas de la economía colaborativa. El transporte a escena*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 27 y ss.

²⁰ Entre otras, véase Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

²¹ COMISIÓN EUROPEA; «Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa», Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de la Regiones, 2016 [COM (2016) 356 final]; PARLAMENTO EUROPEO; «Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa», Resolución del Parlamento Europeo 2017 [2017/2003 (INI)]

²² COMISIÓN EUROPEA; «Dando forma al futuro digital de Europa», Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al

formas²³. Es más, la Comisión Europea, en su Comunicación de 19 de febrero de 2020 «*Shapping Europe's digital future*», propone un nuevo marco jurídico digital para Europa en lo atinente a plataformas digitales, actualizando la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre comercio electrónico²⁴.

Sentado lo anterior, en este contexto, las plataformas pueden operar en el comercio minorista o mayorista, por lo que las relaciones triangulares que se dan son: (i) entre plataforma y demandantes de bienes y servicios, quienes podrán ser empresas o consumidores, en consecuencia, *B2B* y *B2C*; (ii) entre la plataforma y los oferentes de bienes y servicios, que podrán ser empresas o no, por tanto, *B2B* y *B2C*; y (iii) entre oferentes y demandantes de bienes y servicios, pudiendo ser unos y otros empresarios o no, por ende, *B2B* y *B2C* o *per to per* (*P2P*).

En el ámbito regional de la UE disponemos de una regulación más tuitiva de los consumidores/usuarios que, por imperativo legal, se aplica solo a las relaciones de consumo, esto es, a las relaciones *B2C*²⁵. Si bien en el marco de estas plataformas con relaciones multilaterales, como sostiene la Comisión Europea en

Comité de las Regiones, 2020 [COM (2020) 67 final]; Véase un breve comentario actual en BARRIO ANDRÉS, M.; «La nueva Estrategia digital de la Comisión Europea: primeras impresiones», *Diario La Ley*, 2020, n.º 37, pp. 1-6; COMISIÓN EUROPEA; «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa», Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 2015 [COM (2015) 0192 final]; COMISIÓN EUROPEA; «Las plataformas en línea y el mercado único digital —Retos y oportunidades para Europa—», Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 2016, [COM (2016) 0288 final].

²³ Muestra de este poder es el Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea. Diversas Decisiones de la Comisión Europea y TJUE en diversos casos contra Google, Amazon, Facebook, Apple (GAFA) y Microsoft; también en EE. UU., véase EDITORIAL; «Ni las 'big four' de internet están por encima de la libre competencia» [en línea], *Cinco Días*, 30 de julio de 2020, [fecha de consulta: 3 de agosto de 2020]. Disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/29/opinion/1596050173_649750.html#?sma=newsletter_cincodias_diaria_tarde20200730m.

Asimismo, se insta a prestar especial atención al poder de mercado de las plataformas digitales COMISIÓN EUROPEA; «Sobre política de competencia 2018», Informe anual de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, 2019 [COM (2019) 339 final]; Puede verse una crítica sobre este informe en DÍEZ ESTELLA, F.; «La regulación de los mercados...» (cit.), pp. 6 y ss, al entender que parte de unas premisas incorrectas «desconfianza hacia las empresas digitales, una suerte de presunción de culpabilidad en cuanto a su comportamiento en el mercado, y la opción regulatoria/intervencionista frente a la libertad de mercado». PARLAMENTO EUROPEO; «Sobre política de competencia: Informe anual 2019», Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, [2019/2131 (INI)].

²⁴ Véase [COM (2020) 67 final] (cit.), en efecto, entre las acciones clave, prevé: «Normas nuevas y revisadas para profundizar el mercado interior de servicios digitales, aumentando y armonizando las responsabilidades de las plataformas en línea y los proveedores de servicios de información, y reforzando la supervisión de las políticas de contenidos de las plataformas en la UE (cuarto trimestre de 2020, como parte del paquete de la Ley de servicios digitales)».

²⁵ Aunque no falta quien aboga por extenderla a la relación *P2P*, en este sentido véase MARTÍN MORAL, M.F.; «Economía colaborativa y protección del consumidor», *Revista de Estudios Europeos*, 2017, n.º 70, pp. 179-196.

su Agenda para la Economía colaborativa, no siempre será fácil distinguir quien sea la parte débil, pues se desdibuja en ciertos casos la frontera entre consumidor y empresa²⁶.

Es sabido que la Directiva de Comercio Electrónico²⁷, transpuesta al Ordenamiento español a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico²⁸, en lo que ahora interesa, utiliza las expresiones de «prestador de servicios», «destinatarios de servicios» y «consumidor²⁹», que casan mal con la nueva realidad y que se debe a que, en el momento de la redacción de la Directiva, aún no habían emergido las plataformas en línea. En cualquier caso, está claro que la plataforma es una empresa que actúa dentro del ámbito de sus actividades, permitiendo y facilitando las transacciones entre oferentes y demandantes, siendo considerada «prestadora de servicio». Y los oferentes y demandantes, en sentido amplio y coloquial, serían usuarios o mejor, en denominación de la Directiva aludida, «destinatarios de servicios», aunque en sentido estricto jurídico podrán ser consumidores o no.

El potencial de estas plataformas no está, a nuestro juicio, del todo aprovechado, pues siendo uno de los factores clave en cualquier mercado, más aún en el transfronterizo y digital, la confianza de todos sus participantes se reforzaría incrementando la seguridad jurídica, si se contara con ODR, no sólo a escala regional, como acontece en la UE, sino a nivel global, y en las que cualquier posible disputa en cualquiera de las relaciones, no solo las B2C, pudiera resolverse a través de una única plataforma, donde los sistemas ODR estuvieran sometidos a los mismos principios y con los avances en AI, utilización de *big data*, con formularios disponibles en todos los idiomas. Como sabemos en la UE, la necesaria y alta protección de los consumidores obliga a disponer de mecanismos de este tipo, pero solo en las relaciones B2C.

Con todo, lo cierto es que una cosa es contar con entidades ODR, y otra, que los participantes las usen. Y es que, en determinados sectores, las empresas no son proclives a someterse a tales ODR, por lo que, conociendo las plataformas para que el negocio prospere y no decaiga, para que su valor se incremente, proteger la confianza es indispensable, la vía de implementar tal uso y reforzar la confianza podría consistir en imponer a todo oferente de bienes y servicios, como requisito para poder operar en la plataforma, estar adherido a un ODR. Es, precisamente, lo que han hecho grandes plataformas como eBay y Amazon³⁰. A continuación,

²⁶ Véase [COM (2016) 356 final] (cit.), p. 9; ALFONSO SÁNCHEZ, R.; «Aproximación jurídica... (cit)», pp. 44-45.

²⁷ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

²⁸ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

²⁹ Véase su artículo 2.

³⁰ CORTÉS, P./ESTEBAN DE LA ROSA, F.; *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España: una oportunidad para mejorarlos derechos de los con-*

nos ocupamos de la RLL con más detalle, poniendo el foco en tres documentos surgidos en ámbitos territoriales distintos y en sus ventajas.

III. LA RLL-ODR: CNUDMI, UE Y APEC

Los orígenes y fundamentos de la ODR están, sin duda, en la ADR. Con todo, cómo se ha dicho en la doctrina, los mecanismos ADR han existido desde que los clientes descontentos pensaron en cincelar sus quejas en tabletas de arcilla, desde disputas de consumidores sobre lingotes de cobre en la antigua Mesopotamia hasta acuerdos de arbitraje en la Edad Media de Inglaterra. Mucho más recientemente, la ADR fue utilizada en los Estados Unidos a lo largo del siglo xx básicamente, a través del uso de mediación y arbitraje para resolver conflictos laborales, aunque también en la negociación colectiva. Sin embargo, fue en la década de 1970 en la que comenzó a tomar forma como sector específico en sí mismo bajo el paraguas de programas diversos. Entre tales programas destacó el Programa de Negociación de la Facultad de Derecho de Harvard que, en ese momento, era el hogar de SANDER, a quien se considera uno de los padres del movimiento ADR³¹. Y desde entonces los procesos ADR han sido impulsados en todo el planeta. En concreto, y por lo que atañe a la UE, tal impulso fue notorio a partir de la década de los años 1990.

Sentado lo anterior, resulta evidente que el origen e impulso de los mecanismos ODR o «tecnología ADR plus», como lo denomina RULE³², considerado como pionero de este movimiento en Estados Unidos, es posterior, justamente alrededor de hace veinte años, con el comienzo del comercio electrónico. No es nuestro propósito detenernos ni en sus orígenes ni en sus características³³. Por ahora basta tomar en consideración que la necesidad de afrontar el conflicto desde otra perspectiva a la judicial, de poder solucionarlo de forma sencilla, rápida, flexible y económica, evitando la confrontación entre las partes, contribuyó al surgimien-

sumidores aprovechando las experiencias positivas en el derecho comparado, ADICAE, Madrid, 2016, p. 82.

³¹ Véase con más detalle, THE PRACTICE; «Separando a la gente del problema. Colin Rule y el surgimiento de la resolución de disputas en línea» [en línea], *Tribunales remotos*, 2020, vol 6, n. 5. [fecha de consulta: 20 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=Colin_Rule_Rise_of_ODR.cfm.

³² Véase THE PRACTICE; «Separando... (cit).

³³ Sobre el origen de ODR y los distintos periodos véase, entre otros, ORTEGA HERNÁNDEZ, R.J.; *Mecanismos Alternativos de Resolución de Litigios Electrónicos*. Barcelona: José María Bosch, 2019, pp. 54 y ss.; KATSH, E./RAVNOVICH-EINY, O.; «Promesas y desafíos para la resolución en línea en Europa», en: ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.), OLARIO, O. (coord.); *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 359-367.

Sobre distintos conceptos y características de los sistemas de solución de conflictos en línea, véase RÚA, M.M.B./MUÑOZ, S.A./ARISTIZÁBAL, J.A.G./TAPIERO, J.I.M.; «Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) e Inteligencia Artificial (IA) para la Solución de Controversias en Línea (SCL): Una Apuesta por la Descongestión en la Administración de Justicia», *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasilia, 2020, vol. 12, n.º 1, pp. 5 y ss.

to y a la paulatina consolidación de sistemas alternativos o complementarios al judicial³⁴. Asimismo, tengamos en cuenta que, en una economía global, transfronteriza y digitalizada, la necesidad e importancia de contar con tales sistemas ha ido intensificándose y mutando, requiriendo ahora utilizar eficientemente los datos para ser proactivos, anticipándose al conflicto y de esta manera evitándolo. Y es que se comprenderá que el crecimiento del comercio electrónico transfronterizo va unido, ineludiblemente, a la posibilidad de resolver las eventuales controversias también en línea de forma rápida, sencilla, flexible y económica, pues la frecuente internacionalidad de estas controversias —normalmente de escasa cuantía— surgidas de contratos celebrados en el entorno digital, aunque a nuestro juicio no debería importar el entorno³⁵, determinan que el ámbito jurisdiccional —en palabras de CORTÉS y ESTEBAN DE LA ROSA— «suele resultar casi siempre inadecuado (en términos de costes, complejidad y lentitud) para determinar la compensación debida en los casos de incumplimiento contractual»³⁶.

En el contexto mundial, la CNUDMI, haciendo gala de su cometido, en su 43.º periodo de sesiones en 2010, observando el rápido aumento de las operaciones transfronterizas que se realizaban en línea y, paralelamente, la necesidad de contar con mecanismos encaminados a resolver las controversias que traen aparejadas tales operaciones, decidió emprender, a través del Grupo de Trabajo III, un estudio en la esfera de la solución de controversias en línea. El propósito inicial fue ambicioso, en el sentido de poder concluir con un texto jurídico vinculante, pero hubo ciertos impedimentos impuestos por determinadas legislaciones que determinaron que, finalmente, se optara por abordar un instrumento descriptivo y no vinculante, en el que se recogieran los elementos del sistema de solución de controversias en línea. Así, en efecto, la CNUDMI, en su 49.º periodo de sesiones, celebrado en 2016, aprobó la Notas Técnicas sobre la Solución de Controversias en Línea³⁷. La finalidad de estas Notas, tal como establece el apartado 3 de su Sección I «es promover el desarrollo de la ODR y prestar asistencia a los administradores ODR, las plataformas ODR, los terceros neutrales y las partes

³⁴ HATTOTUWA, S.; «Transforming Landscapes: Forging New ODR Systems with a Human Face», *Conflict Resolution Quarterly*, 2006, vol. 23, n. 3, p. 10, sostiene que los ODR tienen sus raíces en una insatisfacción general con los sistemas de justicia tradicionales basados en los tribunales; VILALTA NICUESA, A.E.; «La paradoja de la medicación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI», *Revista General de Derecho Europeo*, 2006, n. 33, quien pone de manifiesto que la realidad «pone en evidencia la dificultad de coordinar esfuerzos en la armonización de la normativa, en el acceso a la justicia a partir de los sistemas jurisdiccionales existentes y en confeccionar un procedimiento judicial estándar, uniforme y efectivo a nivel transnacional, que ofrezca respuesta a las necesidades crecientes del mercado y del tráfico económico actual» de ahí que, como se ha constatado en la UE «el sistema judicial es un serio obstáculo al crecimiento del comercio transnacional y que la rapidez y calidad de la justicia es muy dispar entre países. Asimismo, se percata que las modalidades alternativas y los sistemas electrónicos resultan los más adecuados en este contexto para evitar retrasos innecesarios y limitar los costes de los procesos a ciudadanos y empresas»; GÓMEZ CASTALLO, J.D.; «Sistemas alternativos... (cit.)», pp. 449-475.

³⁵ En el mismo sentido entre otros, véase KATSH, E./RAVINOVICH-EINY, O.; «Promesas y desafíos para la resolución en línea... (cit.)», pp. 359 y ss.

³⁶ CORTÉS, P./ESTEBAN DE LA ROSA, F.; *La normativa europea de resolución de conflictos...* (cit.), p. 7.

³⁷ «Notas técnicas...» (cit.).

en un proceso ODR». Es preciso destacar que la noción de ODR contenida en estas Notas³⁸ es bastante amplia —al estar caracterizada por el hecho de que las partes no tiene necesidad de estar presentes físicamente en una reunión o audiencia— abarcando una variedad de métodos, entre otros, el mecanismo del *ombudsman*, las juntas de reclamaciones, la negociación, la conciliación, la mediación, el arreglo facilitado, el arbitraje, incluidos los procesos híbridos que puedan llegar a existir, con elementos tanto en línea como fuera de línea. En ese sentido, la ODR ofrece a los compradores y vendedores, que realizan operaciones comerciales transfronterizas, tanto en países desarrollados como en países en desarrollo, una oportunidad importante de acceder a un procedimiento de solución de controversias. Es de advertir, que estas reglas técnicas no quedan constreñidas a ODR para resolver controversias B2C, sino a cualesquiera controversias.

En el seno de la UE se han dado pasos importantes en cuanto a ODR en materia de consumo. Esta, partiendo de que una de las prioridades de la estrategia del mercado único digital está en facilitar el comercio electrónico transfronterizo y reforzar la confianza de los consumidores, adoptó a escala de la UE un marco normativo integral. Este marco está compuesto, por un lado, por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Resolución Alternativa de Litigios en materia de consumo (en lo sucesivo Directiva RAL o 2013/11/UE); por otro lado, el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Resolución de Litigios en Línea en materia de consumo [en adelante, Reglamento (UE) RAL o (UE) 524/2013]. que crea una plataforma ODR. Ambos instrumentos están interconectados y son complementarios. Este marco ha sido aplaudido por diversos autores, como ESTEBAN DE LA ROSA, quien sostiene que supone «una respuesta del siglo XXI a la problemática especial del comercio electrónico, para el que las soluciones tradicionales de competencia judicial y de ley aplicable típicas del Derecho Internacional privado han dejado de resultar adecuadas»³⁹. Esta plataforma en línea permite el acceso de los consumidores a un panorama global de organismos de ODR de calidad, concretamente aquellos que han sido notificados a la Comisión por las autoridades nacionales tras una evaluación positiva de su conformidad con los requisitos de calidad establecidos en el marco jurídico mencionado, de manera que la plataforma lo que hace es canalizar las reclamaciones a los organismos ODR⁴⁰. El ámbito de aplicación de

³⁸ Véase apartado 2 de la Sección I de las «Notas Técnicas... (cit.).

³⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, F.; «Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo: un primer apunte a la propuesta legislativa», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E.M./ADAM MUÑOZ, M.D./CORNAGO PRIETO, N. (coord.); *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 743.1.

⁴⁰ Véase COMISIÓN EUROPEA; «Sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y del Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo», Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, 2017. [COM (2017) 744 final]. En el ámbito académico hay diversos comentarios entre otros véase, DÍAZ ALABART, S. (dir.), FUNTESECA DEGENEFEE, C. (coord.); *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N.º 524/2013)*, Reus, Madrid, 2017; NAVA GONZÁLEZ, W./ORTEGA ESTRADA, G.; «Análisis crítico de la plataforma europea de resolución de conflictos en línea», *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2019, n.º 29,

este marco normativo queda circunscrito a los conflictos en línea⁴¹ que se den en las relaciones B2C, eso sí, tanto nacionales como transfronterizas, siempre que el consumidor⁴² tenga su residencia en la UE, Noruega, Islandia o Liechtenstein, y el empresario esté establecido en la UE, Noruega, Islandia o Liechtenstein, quedando fuera de su ámbito los contratos de compraventa celebrados fuera de línea y los celebrados entre empresarios.

En el entorno de la APEC, de la que forman parte veintiún países, entre ellos las economías más potentes, como son Estados Unidos, China y Japón, también se ha dado un paso importante adoptando un marco colaborativo ODR para las relaciones B2B⁴³ siguiendo las Normas Técnicas ODR de la CNUDMI. Ello merece, sin duda, un justo reconocimiento, pues por fin se proporciona a las empresas, fundamentalmente las pequeñas y medianas, una solución viable para sus disputas, de la que hasta ahora carecían, pues como acertadamente se ha dicho, el arbitraje internacional presencial puede ser una opción viable para las grandes empresas —por sus indudables atractivos frente los órganos jurisdiccionales—, pero no para las PYMES, ya que éstas no tendrían ni para un café en las cortes de arbitraje⁴⁴.

Las ventajas que encierra la ODR son francamente innegables e importantes, tales como abaratamiento de costes, celeridad y flexibilidad, permitiendo romper las barreras de tiempo, de lugar y lingüísticas, algunas aun no suficiente exploradas, como es el uso de la AI, esto es, la conocida como «cuarta parte».

Si a cualquier participante en el mercado, sea empresario o consumidor, le preguntáramos si desea: a) tener un fácil acceso a la justicia; b) resolución de sus

pp. 1-15; CORTÉS, P./ESTEBAN DE LA ROSA, F.; *La normativa europea de resolución...* (cit.); VALBUENA GONZÁLEZ, F.; «La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, 2015, pp. 987-1.016: Asimismo lo esencial sobre lo qué es y cómo funciona esta plataforma puede encontrarse en [https://cec.consumo.gob.es/CEC/web/noticias/litigios_linea.htm#:~:text=La%20Plataforma%20ODR%20\(Online%20Dispute,productos%20y%20servicios%20contratados%20online](https://cec.consumo.gob.es/CEC/web/noticias/litigios_linea.htm#:~:text=La%20Plataforma%20ODR%20(Online%20Dispute,productos%20y%20servicios%20contratados%20online).

⁴¹ Hay quien critica que se excluyan los conflictos *offline*, como VILALTA NICUESA, A.E.; «La paradoja...» (cit.), p. 32; otros, aun reconociendo el papel líder que ha tenido la UE en ODR, critican las limitaciones de la regulación europea, como son el cambio del tercero neutral a la denominada cuarta parte, la creciente confianza en los algoritmos, y en el manejo del *big data* para un una cambio de enfoque desde la resolución de litigios a las actividades de prevención, en este sentido véase KATSH, E./RAVINOVICH-EINY, O.; «Promesas y desafíos...» (cit.), pp. 359-367.

⁴² Téngase en cuenta que el gasto de los consumidores en la UE representa más del 50% del PIB, véase EUROSTAT; *Expenditure components of GDP at current market prices* [en línea], EU-28, 2018, [fecha de consulta: 31 de julio de 2020]. Disponible en <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/27156.pdf>, pp. 14 y 15.

⁴³ Véase APEC; «*Collaborative Framework for Online Dispute Resolution...*» (cit.).

⁴⁴ Véase el excelente artículo de DENNIS, M.J.; «APEC's New Online Dispute Resolution Framework Could Be A Game Changer For Small Businesses» [en línea], [linkedin.com](https://www.linkedin.com/pulse/how-apec-odr-framework-revolutionize-global-dispute-small-dennis/?published=t_), 2014, [fecha de consulta: 19 de agosto de 2020]. Disponible en: https://www.linkedin.com/pulse/how-apec-odr-framework-revolutionize-global-dispute-small-dennis/?published=t_, quien cita la frase de Mark Walter, experto en arbitraje al observar «micro businesses couldn't afford the coffee at most arbitration centers».

conflictos de forma rápida, sencilla y, a ser posible, consensuada, y de no serlo por terceros neutrales, d) resolución automatizada, evitando sesgos, basada en datos suficientes proporcionados por el *big data*, esto es, proporcionada por la «cuarta parte»; e) resolución en su propio idioma; f) resolución gratuita o con un coste no excesivo; g) resolución que permita a las partes y a los organismos de resolución no estar presentes físicamente, esto es, que las reuniones puedan realizarse a través de cualquier dispositivo y en cualquier momento; h) resolución que fuera posible para cualquier controversia surgida entre las partes, no solo las que se produzcan en línea, sino también las que acontezcan fuera de línea; i) resolución que se aplicara a las controversias que se den en todas las relaciones, por tanto, *B2C*, *B2B* y *P2P*; j) resolución que considere indiferente el lugar en el que se encuentren las partes en conflicto; y k) resolución que, además dado el medio utilizado, sea respetuosa con el medio ambiente⁴⁵. ¿Cuál sería la respuesta?

A nuestro juicio la respuesta sería, sin duda, afirmativa, en la medida en que es todo lo que necesitan empresas y consumidores para tener confianza y seguridad en sus transacciones. Pues bien, buena parte de estas ventajas⁴⁶ ya se dan en *ODR* existentes. *RULE* se mostraba tan emocionado con el impulso que tiene por fin el *ODR* en todo el mundo que, en una entrevista realizada por *AST*⁴⁷ expresaba que, aunque aún son muchos los desafíos, estamos ante «la mayor oportunidad que hemos tenido para expandir globalmente el acceso a la justicia en los últimos 100 años». Suscribimos sus palabras y su entusiasmo.

Veamos ahora qué enseñanzas nos deja el uso de la plataforma de *RLL* en la UE.

IV. ENSEÑANZAS DEL USO DE LA PLATAFORMA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Comisión Europea desde el año 2017 realiza un Informe anual sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE, y del Reglamento (UE) n.º 524/2013. El último Informe⁴⁸, el tercero desde la puesta en marcha de la Plataforma *ODR* de la

⁴⁵ Las ventajas medioambientales son innegables, véase EBNER, N./GETZ, C.; «ODR: The Next Green Giant», *Conflict Resolution Quarterly*, 2014, vol. 29, n.º 3, pp. 383-307.

⁴⁶ Sobre ventajas de los *ODR*, véase entre otros, ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R./VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; *Resolución de disputas en línea...* (cit.), en especial véase pp. 69-75; SANZ PARRILLA, M./ARNOLD COPER, D.; «El uso de medios electrónicos en la mediación», en: SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.); *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 440-443, así como la diversa bibliografía sobre *ODR* ya mencionada a lo largo de este trabajo.

⁴⁷ AST, F.; «Colin Rule y el futuro del *Online Dispute Resolution*» [en línea], *Astec* [fecha de la consulta: 19 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://medium.com/astec/colin-rule-y-el-futuro-del-online-dispute-resolution-b7dae3190e1e>.

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA; «Sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y del Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo», Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, 2019, [COM (2019) 425 final].

UE, cuyos datos van referidos al uso de esta plataforma en el año inmediatamente anterior, esto es, 2018, reconoce que «el establecimiento de sistemas integrales de RAL en materia de consumo en toda la Unión no se logró hasta finales de 2018 y, por lo tanto, eran escasos los datos sobre la utilización de la RAL⁴⁹».

Carecemos pues de datos actuales, por lo que partiendo de los existentes entonces se constató la necesidad de mejorar la percepción que los usuarios tenían de la plataforma y reducir las entidades de RAL. En efecto, según se contiene en el Informe, desde su puesta en marcha:

«Se han producido más 8,5 millones de visitas en la plataforma y se han registrado 120.000 litigios de consumidores con empresas. Un 56% de los litigios son nacionales y el 44% restante, transfronterizos⁵⁰. Solo en un porcentaje insignificante de los casos (0,1%), se utilizó la plataforma para litigios de empresas con consumidores.

En aproximadamente el 80% de las reclamaciones presentadas en la plataforma de RLL, el asunto se archivó automáticamente al cabo de 30 días porque el comerciante no había respondido en la plataforma a la notificación del litigio y la invitación a proponer una entidad de RAL al consumidor. Solo en aproximadamente el 2% de los casos, las partes escogieron una entidad de RAL y, por lo tanto, la plataforma pudo transmitir el litigio a una entidad de RAL. Sin embargo, en hasta un 42% de los litigios presentados en la plataforma, las partes lo resolvieron bilateralmente.

El número elevado de visitas y de reclamaciones presentadas en la plataforma demuestran una aceptación muy buena por parte de los consumidores. La cantidad de resoluciones directas que ha propiciado la plataforma muestra el valor añadido de esta para facilitar soluciones acordadas bilateralmente, también en los litigios transfronterizos, dado que la oferta multilingüe y las funciones de traducción de la plataforma permiten la comunicación entre las partes. Sin embargo, son escasos los litigios que, finalmente, pueden transmitirse a una entidad de RAL, lo que indica que el flujo de trabajo de la plataforma de RLL, establecido por ley, presenta dos deficiencias: i) la obligación de las partes de escoger de común acuerdo una entidad de RAL antes de que la plataforma transmita el litigio a dicha entidad de RAL supone, en la práctica, una traba; y ii) al tener solo un procedimiento dirigido a canalizar los litigios a las entidades de RAL competentes, la plataforma atiende solo parcialmente a las necesidades de sus usuarios, que han confirmado el considerable valor añadido de la plataforma para facilitar la comunicación y las resoluciones directas entre las partes.

⁴⁹ Véase Introducción *in fine* [COM (2019) 425 final] (cit.).

⁵⁰ La mayoría de los litigios se producen en el sector de las compañías aéreas (13,2%), seguido por los sectores de la ropa y del calzado (10,9%), por el de las TIC (6,8%). Y las razones de reclamación de los consumidores son, sobre todo, por: la entrega del producto o la prestación del servicio (23%), la falta de conformidad con el pedido (15%) y el hecho de que el producto era defectuoso u ocasionó un perjuicio (12%).

Para subsanar las deficiencias detectadas, la Comisión llevó a cabo un análisis en profundidad de los flujos de trabajo y los datos de los usuarios de la plataforma. La página de inicio y la mensajería de la plataforma fueron renovadas y se añadieron nuevas páginas de información y un sistema de comentarios y sugerencias. La Comisión también llevó a cabo una campaña específica de comunicación sobre RAL y RLL para aumentar la sensibilización y el compromiso de los comerciantes en relación con la plataforma de RLL. Como consecuencia de ello, el número de comerciantes registrados en la plataforma aumentó en un 54% en 2018 y en un 24% en los cinco primeros meses de 2019. El 80% de los usuarios de la plataforma están ahora satisfechos con las funciones de esta. Sin embargo, la intervención de los comerciantes en la parte del procedimiento, que discurre en la propia plataforma, sigue siendo muy reducida. Por este motivo, la Comisión está ejecutando un plan de acción para conseguir que la plataforma responda mejor a las necesidades de sus usuarios, lo que conlleva que la plataforma proporcione información más específica sobre los derechos y las vías de recurso de los consumidores, guíe mejor a sus usuarios hacia los instrumentos de reparación más adecuados y facilite más las resoluciones directas».

Con estos datos, la Comisión Europea llegó a la conclusión siguiente:

«La plataforma europea de RLL ofrece un punto centralizado y multilingüe de resolución en línea de litigios, que propicia la resolución directa en hasta un 42% de los asuntos. Sin embargo, aproximadamente un año después de lograrse una cobertura total en materia de RAL y tres años y medio después de la puesta en marcha de la plataforma de RLL, el régimen de RAL y RLL sigue infrautilizado y aún tiene que desarrollar todo su potencial. Entre las dificultades que deben superarse están la sensibilización y la percepción en relación con la RAL, la elección en los sistemas nacionales de RAL y el uso de la RAL por parte de los comerciantes; por otra parte, el flujo de trabajo de la plataforma de RLL solo refleja en parte las necesidades manifiestas de los usuarios».

Ante ello, la Comisión se comprometió a mejorar la plataforma de RLL, haciendo que responda mejor a las necesidades de sus usuarios, facilitando a tales fines información más específica sobre los derechos y las vías de recurso de los consumidores, guiando mejor a los usuarios hacia los instrumentos de reparación más adecuados y facilitando más las resoluciones directas.

También proporciona el Informe otro dato interesante, y es que solo el 28% de los minoristas en línea facilitó el enlace a la plataforma de RLL, obligación impuesta por el Reglamento (UE) n.º 524/2013. Con todo, en un estudio realizado en 2017 por GFK, se constató que los *marketplace* o plataformas, que reúnen a varios minoristas, cumplían en mayor proporción la obligación de poner un *link* a la plataforma ODR de la UE⁵¹.

⁵¹ GROWTH FROM KNOWLEDGE — GFK; *Online dispute resolution: web-scraping of eu traders' websites* Just/2016/cons/fw/co03/0104, Final Report. European Comisión, Bruselas, 2017, pp. 24-28. El estudio recoge varios datos interesantes. Así, la base de datos de comerciantes

A la vista de lo expuesto, nos parece que, aunque es muy posible que con las acciones realizadas por la Comisión Europea para reforzar el uso eficiente de esta plataforma ODR, se haya mejorado, la clave para el éxito está en la voluntad o reticencia de las empresas a someterse a ODR y, pese al incremento del tráfico en línea sobre todo en este año 2020, mucho nos tememos que las reticencias en un alto porcentaje continúen. Por ello entendemos que, sin perjuicio de que la Comisión siga propiciando e incentivando un mejor uso de la plataforma ODR, sería además muy recomendable, frente a las reticencias mencionadas, que en el ecosistema de plataformas intermediarias en línea, dado su indudable protagonismo en la economía mundial, se les premiara, motivara o, en su caso, se les obligara a que impusieran a los oferentes, como requisito para poder ofrecer bienes o servicios en las mismas, estar adheridos a un ODR para la solución de los eventuales litigios que puedan producirse con las diversas partes. Sin duda, esta medida, junto a su adecuada visibilidad, impulsaría verdaderamente el empleo de ODR. Podría ser, por tanto, una medida crucial para su auténtico éxito, dado que las plataformas pueden ser, dado su protagonismo, un magnífico catalizador para ello.

V. LA NUEVA REALIDAD POST COVID-19: LA SENDA A SEGUIR EN ODR

En el título de este trabajo nos preguntamos hacia dónde vamos tras la COVID-19. Esto es, dado el uso masivo de la tecnología por parte de empresas y consumidores —acelerado por el efecto de las medidas anti-COVID—, la escalada consiguiente de las plataformas intermediarias digitales, la innegable existencia de conflictos en las relaciones triangulares que en ellas se producen, los pasos dados a nivel regional y mundial en el impulso de la RLL dadas sus innegables ventajas, ¿cuáles son o deben ser las perspectivas futuras, cuál es la senda por la que se debe transitar a partir de ahora? Y es que, aunque el uso de ODR iba en aumento, incluso antes de que la COVID-19 se convirtiera en una palabra cotidiana, la realidad tras esta pandemia nos deja, además de una profunda crisis sanitaria, una profunda crisis económica y de gobernanza a nivel planetario, por lo que nos cuestionamos si no será ya este el momento de pensar a nivel global

en línea de la UE que se investigó en el estudio constó de 19.580 comerciantes en línea. La base de datos incluyó sitios web de todos los países de la EU28. Esta base de datos, por primera vez, también incluye mercados que ofrecen una plataforma de venta para varios comerciantes. Sin embargo, solo 284 de las tiendas web de la base de datos eran mercados. El web-scraping se llevó a cabo entre el 1 de junio y el 15 de julio de 2017 y los resultados representan el estado de cumplimiento del Reglamento de la UE en este momento. Los hallazgos muestran que, en general, sólo el 28% de los comerciantes investigados han incluido el enlace a la plataforma ODR en su sitio web. El cumplimiento de los comerciantes en línea con el Reglamento ODR dependía del tamaño del comerciante. Casi la mitad de los grandes comerciantes (42%) incluyeron el enlace ODR en su sitio web. Por el contrario, los comerciantes medianos (26%) y los pequeños comerciantes (14%) tenían menos probabilidades de incluir el enlace ODR. Del mismo modo, los mercados también tenían más probabilidades de proporcionar a los consumidores un enlace a la plataforma ODR (48%), en comparación con otros comerciantes (28%). Sin embargo, este hallazgo podría explicarse por el hecho de que el 75% de los mercados en la base de datos están clasificados como grandes comerciantes.

en el tema objeto de nuestro estudio. A continuación, nos proponemos poner el foco en estas cuestiones y poder contribuir a suscitar un debate sereno que pueda culminar con acciones que mejore la RLL a nivel mundial dentro del ecosistema de plataformas digitales.

El Comité de Emergencias de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la COVID-19, en su cuarta reunión, celebrada el 31 de julio de 2020, acordó por unanimidad que este brote constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII), y el Dr. Tedros, director general de la OMS, en la alocución inaugural de esta reunión, dijo al mencionado Comité que «la pandemia es una crisis sanitaria que ocurre una vez cada cien años y cuyos efectos se dejarán sentir durante decenios»⁵². Estas declaraciones nos ponen por delante un panorama que nos lleva a la reflexión sobre la forma de relacionarnos y sobre cómo debemos actuar para que tal impacto sea menor. Lo que se traduce, ya lo estamos viviendo, en profundos cambios, y la normativa debe adaptarse a todos estos cambios que aceleran aún más un entorno tecnológico a distancia, sin contacto físico, en el que mayormente se actuará en el sector del comercio electrónico. La seguridad jurídica, la confianza, el impulso del comercio para beneficio de todos los participantes en el mercado y de su acceso viable a una justicia universal, exige dar un paso a nivel mundial, con una RLL más ambiciosa, y aunque el paso tenga ciertos desafíos, tal paso crucial puede venir de la mano de las diversas plataformas intermediarias en línea.

En el seno de la UE, la Directiva de Comercio electrónico⁵³, en su considerando 61, ya en el año 2000 manifestaba que «para el correcto funcionamiento del mercado por vía electrónica en un contexto mundializado, es precisa una concertación entre la Unión Europea y los grandes espacios no europeos con el fin de compatibilizar las legislaciones y los procedimientos»⁵⁴. En la doctrina, hace

⁵² Véanse ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [OMS]; «El Comité de Emergencias sobre la COVID-19 subraya la necesidad de mantener la respuesta a largo plazo» [en línea], comunicado de prensa de 1 de agosto de 2020 [fecha de la consulta: 11 de agosto de 2020]. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/detail/01-08-2020-covid-19-emergency-committee-highlights-need-for-response-efforts-over-long-term>; y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [OMS]; «Alocución de apertura del Director General de la OMS en la conferencia de prensa sobre la COVID-19» [en línea], celebrada el 6 de agosto de 2020 [fecha de consulta: 11 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-august-2020>.

⁵³ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

⁵⁴ Disponiendo su artículo 17, bajo el rótulo solución extrajudicial de litigios: «1. Los Estados miembros velarán por que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.

2. Los Estados miembros alentarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios, en particular de litigios en materia de productos de consumo, a que actúen de modo tal que proporcionen garantías de procedimiento adecuadas a las partes afectadas.

3. Los Estados miembros incitarán a los órganos responsables de la solución extrajudicial de

ya casi 20 años, hubo quien aventuró que el futuro vendría determinado por la integración de RLL, primero a escala regional y luego a escala global, así como que las organizaciones supranacionales existentes favorecerán el desarrollo de esa integración⁵⁵. A nuestro juicio, tal futuro es nuestro presente, y estamos en el momento propicio para ello.

Así, una universalización de la justicia a través de *ODR*, reclamada desde hace años, presenta ahora más fuerza y vigencia que nunca, pues la pandemia que vivimos a nivel mundial nos ha obligado a todos los segmentos de la población, incluido mayores, a aprender a lidiar con las TIC. Las ventajas del ciberespacio en el contexto que estamos analizando son enormes, permitiendo la universalización del acceso a la justicia salvando las barreras de tiempo, distancia e idiomas, que hasta no hace mucho constituían obstáculos insalvables en el contexto de las disputas transnacionales⁵⁶. Si a esto añadimos la propuesta que hacemos de imponer a las plataformas intermediarias en línea —dado su gran protagonismo en el mercado—, la exigencia de establecer, como requisito previo para operar y mantenerse en las mismas, estar adherido a un mecanismo de *ODR*, a nuestro juicio, estamos ante la mejor oportunidad para conseguir su implantación mundial.

Desde luego coincidimos con quienes sostienen que la nueva realidad económica está en línea y, por tanto, se precisa una nueva infraestructura institucional global para asegurar las transacciones y proporcionar servicios de resolución de disputas en los que confíen los nuevos actores económicos para tomar decisiones neutrales, de manera rápida y económica, mediante el uso de tecnologías como la AI, y dentro de ella el *machine learning*, la criptografía y los registros descentralizados tipo *blockchain*⁵⁷. De esta forma determinados conflictos pueden ser resueltos de manera automatizada, quizás los más simples; en otros, con mayores complejidades, aunque se requiera a una persona para su resolución, la tecnología puede coadyuvar aportando posibles soluciones que luego el humano habrá de

litigios a que informen a la Comisión de las decisiones relevantes que tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información, y a que le transmitan todos los demás datos sobre prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico.»

⁵⁵ GÓMEZ CASTALLO, J.D.: «Los sistemas alternativos... (cit.), pp. 474-475.

⁵⁶ Véase en este sentido VILALTA NICUESA, A.E.: «Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional», *Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal* [monográfico en línea], *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2010, n.º 10, p. 16, [fecha de la consulta: 2 de agosto de 2020]. Disponible en: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-vilalta/>.

⁵⁷ AST, F./NAPPER, S.: «El futuro de la resolución de disputas en la era posterior a COVID» [en línea], blog.kleros.io, 2020 [fecha de consulta: 20 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://blog.kleros.io/future-of-dispute-resolution-in-the-post-covid-age/>; RÚA, M.M.B./MUÑOZ, S.A./ARISTIZÁBAL, J.A.G./TAPIERO, J.I.M.: «Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) e Inteligencia Artificial (IA) para la Solución de Controversias en Línea (SCL): Una Apuesta por la Descongestión en la Administración de Justicia», *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasilia, 2020, v. 12, n.º 1, pp. 77-112. Asimismo, véase un estudio crítico sobre el empleo de *blockchain* en RABINOVICH-EINY, O./KATSCH, E.: «Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution» [en línea], *Journal of Dispute Resolution*, 2019, n.º 2, pp. 47-75 [fecha de consulta: *]. Disponible en: https://law.haifa.ac.il/images/Blockchain_and_the_Inevitability_of_Disputes_The_Role_for_Online.pdf.

ponderar y adaptar al caso concreto. En definitiva y, en cualquier caso, la senda por la que ahora debemos comenzar a transitar a nivel global, en la era del *big data*, será el poder evitar el conflicto, anticiparse a él impidiendo que surja. Las tecnologías deben usarse para el beneficio de toda la humanidad, y en el tema que nos ocupa el beneficio resulta incuestionable. Así pues, parafraseando a GHANDI, la paz es el camino.

IV. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN UTILIZADA

AAVV; *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, ALFONSO SÁNCHEZ, R. y VALERO TORRIJOS, J. (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2017.

AAVV; *La regulación de la Economía colaborativa*, MONTERO PASCUAL, J.J. (dir.), Tirant Lo Blanc, Valencia, 2017.

AAVV; *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento (UE) N.º 524/2013*, DÍAZ ALABART, S. (dir.), FUNTESECA DEGENEFEE, C. (coord.), Reus, Madrid, 2017.

AAVV; *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, RODRÍGUEZ MARÍN, S./MUÑOZ GARCÍA, A. (coord.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

AAVV; *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectivas general y sectoriales*, ORTÍ VALLEJO, A./RUBIO GIMENO, G. (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. 2019.

ALFONSO SÁNCHEZ, R.; «Aproximación jurídica a la economía colaborativa: Diferentes realidades», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 2016, n.º 66, pp. 13-73.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R./VÁZQUEZ DE CASTRO, E.; *Resolución de disputas en línea (RDL) Las claves de la mediación electrónica*, Reus, Madrid, 2016.

ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION [APEC]; «*Collaborative Framework for Online Dispute Resolution of Cross-Border Business-to-Business Disputes — Endorsed*» [2019/SOM3/EC/022], 2019. Disponible en: http://mddb.apec.org/Documents/2019/EC/EC2/19_ec2_022.pdf.

AST, F.; «Colin Rule y el futuro del Online Dispute Resolution», 2020. Disponible en: <https://medium.com/astec/colin-rule-y-el-futuro-del-online-dispute-resolution-b7dae3190e1e>.

- AST, F./NAPPER, S.; «El futuro de la resolución de disputas en la era posterior a COVID», 2020. Disponible en <https://blog.kleros.io/future-of-dispute-resolution-in-the-post-covid-age/>.
- BARRIO ANDRÉS, M.; «La nueva Estrategia digital de la Comisión Europea: primeras impresiones», *Diario La Ley*, 2020, n.º 37, pp. 1-6.
- BIGAS FORMATJÉ, N.; «¿Cómo será el consumidor pospandemia?», *Actualidad UOC*, de 21/5/2020. Disponible en: <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2020/243-consumidor-pospandemia-covid19.html>.
- BOTELLO HERMOSA, J.M.; «La contratación electrónica y la mal denominada “economía colaborativa”», en MADRID, A. (dir.), BLANCO, M.J. (coord.); *Derecho Mercantil y Tecnología*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra. 2020, pp. 543-572.
- BULCHAND GIDUNAL, J./MELIÁN GONZÁLEZ, S.; *Una Guía para entender la economía colaborativa: de clientes-consumidores a individuos-proveedores*, Amazon Kindle Direct Publishing y CreateSpace, 2016.
- BUSTAMANTE ALONSO, N.B./GUILLÉN ALONSO, S.T.; «Un acercamiento al Big Data y su utilización en comunicación», *Mediciones Sociales*, 2017, n.º 16, pp. 115-164.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL [CNUDMI]; «Notas técnicas sobre la Solución de controversias en línea», NACIONES UNIDAS, 2017. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf.
- COMISIÓN EUROPEA; «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa», *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, 2015, [COM (2015) 0192 final].
- COMISIÓN EUROPEA; «Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa», *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, 2016, [COM (2016) 356 final].
- COMISIÓN EUROPEA; «Las plataformas en línea y el mercado único digital —Retos y oportunidades para Europa—», *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, 2016, [COM (2016) 0288/2].
- COMISIÓN EUROPEA; «Sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios

en materia de consumo, y del Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo», *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, 2016 [COM (2017) 744 final].

COMISIÓN EUROPEA; «Sobre la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y del Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo», *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo*, 2019 [COM (2019) 425 final].

COMISIÓN EUROPEA; «Dando forma al futuro digital de Europa», *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, 2020 [COM (2020) 67 final].

CORTÉS, P./ESTEBAN DE LA ROSA, F.; *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España: una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el derecho comparado*, Adicae, Zaragoza, 2016.

CUENA CASAS, M.; *Las fintech de préstamos o crowdlending: la contratación a través de plataformas intermediarias en línea* [en línea], Reus, Madrid, 2019. Disponible en: <https://elibro-net.bibproxy.ulpgc.es/es/lc/ulpgc/titulos/127669>.

DENNIS, M.J.; «APEC's New Online Dispute Resolution Framework Could Be A Game Changer For Small Businesses», 2019. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/how-apec-odr-framework-revolutionize-global-dispute-small-dennis/?published=t>.

DÍEZ ESTELLA, F.; «La regulación de los mercados en la era digital: ¿Quo vadis, Europa?», *Revista CEF Legal*, 2020, n.º 229, pp. 1-36.

Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la Resolución Alternativa de Litigios en materia de Consumo.

EBNER, N./GETZ, C.; «ODR: The Next Green Giant», *Conflict Resolution Quarterly*, 2012, vol. 29, n.º 3, pp. 283-307.

ECOMMERCE FOUNDATION: *European Ecommerce Report* [en línea], 2019. Disponible en: https://www.ecommerce-europe.eu/wp-content/uploads/2019/07/European_Ecommerce_report_2019_freeFinal-version.pdf.

EDITORIAL; «Ni las “big four” de internet están por encima de la libre competencia» [en línea], *Cinco Días*, 30 de julio de 2020. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/29/opinion/1596050173_649750.html#?sma=newsletter_cincodias_diaria_tarde20200730m.

ESTEBAN DE LA ROSA, E.; «Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo: un primer apunte a la propuesta legislativa», en: VÁZQUEZ GÓMEZ, E./ADAM MUÑOZ, M.D./CORNAGO PRIETO, N. (Coord.); *El arreglo pacífico de controversias internacionales* (AAVV), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 735-744.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.; «Reflexiones sobre defensa de la competencia y las plataformas de economía colaborativa», *La Ley Mercantil*, 2018, n.º 48, pp. 1-21.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R./FONTICELLA HERNÁNDEZ, B.; «La información precontractual a través del Documento de Datos Fundamentales (KID) ¿Se acomoda a nuestra Era Digital?», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, 2019, n.º 25, pp.1-16.

EUROSTAT; *Expenditure components of GDP at current market prices, EU-28, 2018* [en línea]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/27156.pdf>, pp. 14 y 15.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N.; «La controvertida naturaleza jurídica de las plataformas de alojamiento», *Revista General de Derecho del Turismo*, 2020, n.º 1, pp. 1-37.

GÓMEZ CASTALLO, J.D.; «Sistemas alternativos de resolución de conflictos. La autorregulación e Internet», en GÓMEZ SEGADÉ, J.A. (dir.), FERNÁNDEZ-ALBOR, B./TATO PLAZA, A. (coord.); *Comercio electrónico en Internet* (AAVV), Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 449-475.

GONZÁLEZ CASTILLA, F.; *La economía colaborativa ante el Derecho de la competencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019.

GONZÁLEZ CABRERA, I.;

— «La economía colaborativa: del intercambio entre pares a una nueva economía de mercado», *Revista de Derecho Mercantil*, 2018, n.º 309, ed. electrónica;

— *Bajo el paraguas de la economía colaborativa. El transporte a escena*, Dykinson, Madrid, 2020.

- GRANDE SANZ, M.; «La utilización de cláusulas de resolución de conflictos en la economía colaborativa» en MADRID, A. (dir.); BLANCO, M.J. (coord.); *Derecho Mercantil y Tecnología* (AAVV), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 1191-1220.
- GROWTH FROM KNOWLEDGE — GFK; *Online dispute resolution: web-scraping of eu traders' websites* Just/2016/cons/fw/co03/0104, Final Report. European Comisión, Bruselas, 2017.
- HATTOTUWA, S.; «Transforming Landscapes: Forging New ODR Systems with a Human Face», *Conflict Resolution Quarterly*, 2006, vol. 23, n.º 3, pp. 1-13.
- KATSH, E./RAVINOVICH-EINY, O.; «Promesas y desafíos para la resolución en línea en Europa» en ESTEBAN DE LA ROSA, F.(dir.)/OLARIO, O. (coord.); *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)* (AAVV), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 359-367.
- MARTÍN MORAL, M.F.; «Economía colaborativa y protección del consumidor», *Revista de Estudios Europeos*, 2017, n.º 70, pp. 179-196.
- NAVA GONZÁLEZ, W./ORTEGA ESTRADA, G.; «Análisis crítico de la plataforma europea de resolución de conflictos en línea», *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2019, n.º 29, pp. 1-15.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS):
- «El Comité de Emergencias sobre la COVID-19 subraya la necesidad de mantener la respuesta a largo plazo», Comunicado de prensa de 1 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/01-08-2020-covid-19-emergency-committee-highlights-need-for-response-efforts-over-long-term>.
 - «Alocución de apertura del Director General de la OMS en la conferencia de prensa sobre la COVID-19» celebrada el 6 de agosto de 2020. Disponible en <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---6-august-2020>.
- OSTEEA SCHOOL OF TOURISM & HOSPITALITY; «Plataformas de Economía Colaborativa: Una Mirada Global», 2018. Disponible en: http://www.aept.org/archivos/documentos/osteeaa_informe_economia_colaborativa.pdf
- PARLAMENTO EUROPEO; «Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa», Resolución del Parlamento Europeo [2017/2003 (INI)].

PARLAMENTO EUROPEO; «Sobre política de competencia: Informe anual 2019», Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, [2019/2131 (INI)].

PEREA GONZÁLEZ, A.; «Conflicto, discurso y lenguaje: la mediación como alternativa a la dialéctica judicial». En: *Diario La Ley*, 2020, n.º 9.683, pp. 1-6.

RABINOVICH-EINY, O./KATSCH, E.; «Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution», *Journal of Dispute Resolution*, 2019, n.º 2, pp. 47-75. Disponible en: https://law.haifa.ac.il/images/Blockchain_and_the_Inevitability_of_Disputes_The_Role_for_Online.pdf

Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre Resolución de Litigios en Línea en materia de Consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea.

RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES; «Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms», *Journal of European Consumer and Market Law (euCML)*, 2016, n.º 4/2016.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T.; «Una regulación europea para las plataformas electrónicas. Propuestas en curso y alternativas», en MADRID, A. (dir.)/BLANCO, M.J. (coord.); *Derecho Mercantil y Tecnología (AAVV)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 427-452.

RÚA, M. M. B./MUÑOZ, S. A./ARISTIZÁBAL, J. A. G./TAPIERO, J. I. M.; «Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) e Inteligencia Artificial (IA) para la Solución de Controversias en Línea (SCL): Una Apuesta por la Descongestión en la Administración de Justicia» en *The Law, State and Telecommunications Review*, Brasilia, 2020, v. 12, n.º 1, pp. 77-112.

RUGGERI, L.; «ADR y ODR y su taxonomía. La identificación de caracteres», IDP, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 2010, n.º 10, pp. 32-41.

SANZ PARRILLA, M./ARNOLD COPER, D.; «El uso de medios electrónicos en la mediación», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.); *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos (AAVV)*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 437-451.

SCHWAB, K.; *La cuarta revolución industrial*, 4.^a reimpresión, Debate, Barcelona, 2019.

STATISTA; *Ecommerce Report 2020* [en línea], 2020. Disponible en: <https://www.statista.com/study/42335/ecommerce-report/>.

THE PRACTICE; «Separando a la gente del problema. Colin Rule y el surgimiento de la resolución de disputas en línea», *Tribunales remotos*, 2020, vol. 6, n.º 5. Disponible en: https://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=Colin_Rule_Rise_of_ODR.cfm.

VALBUENA GONZÁLEZ, F.; «La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2015, n. 52, pp. 987-1.016.

VILALTA NICUESA, A.E.;

— «Resolución electrónica de disputas. Primeras reflexiones en torno a la necesidad de un marco normativo internacional», en Justicia relacional y métodos electrónicos de resolución (ODR): hacia una armonización técnica y legal [monográfico en línea], *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, 2010, n.º 10, pp. 15-23. Disponible en: <http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n10-vilalta/>.

— «La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI», *Revista General de Derecho Europeo*, 2014, n.º 33, pp. 1-35.

— «Análisis crítico del procedimiento simplificado de mediación en línea para reclamaciones de cantidad de la Ley 5/2012, de mediación civil y mercantil», *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2017, n.º 25, pp. 69-82.

— «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, n.º 765, pp. 275-330. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3291616>.

(Trabajo recibido el 14/09/2020
y aceptado para su publicación el 15/10/2020)

LA SUMISIÓN A ARBITRAJE DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES*

MIGUEL GIMENO RIBES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia*

RESUMEN

La legislación vigente permite la sumisión de cualesquiera controversias intrasocietarias a arbitraje. En este marco, se han establecido cautelas legales para supuestos de arbitraje estatutario. Los conflictos que se pueden dar en las modificaciones estructurales plantean una perspectiva más amplia porque pueden afectar a terceros o surgir entre las diferentes personas morales que intervienen en una operación. El estudio analiza diferentes cuestiones jurídicas que se plantean en este contexto. En primer lugar, se tratan los soportes de incorporación del convenio arbitral más allá de los estatutos, notablemente, el proyecto de modificación estructural. En segundo lugar, se plantea la posible extensión de las reglas del arbitraje institucional obligatorio y de inscripción registral del laudo a la acción de nulidad de la fusión. En tercer lugar, se estudia de manera casuística la afectación de legitimados activos y pasivos en cada controversia por el convenio arbitral.

Palabras clave: arbitraje, modificación estructural, transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, convenio arbitral, arbitraje institucional, proyecto de fusión, estatutos, acción de nulidad.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación [GV/2018/124] «Transparencia y derechos de los accionistas en el mercado interior» y en el proyecto de investigación [GV/2020/047] «Modificaciones estructurales transfronterizas en el mercado interior».

ARBITRATION OF COMPANY RESTRUCTURINGS

MIGUEL GIMENO RIBES

*Contracted Professor, Doctor of Commercial Law
University of Valencia*

ABSTRACT

Current legislation allows to resort to arbitration in any internal company law-related dispute. Arbitration agreements included in the articles of association are valid but subject to certain statutory caveats. Conflicts arising from company restructurings present their own specificities. Potential controversies may not only be internal but also affect third-parties and the different moral persons involved in the transaction. This paper analyses different legal questions that may arise in this context. Firstly, apart from the articles of association, it deals with the different documents in which the arbitration agreement can be placed, notably the draft terms of the restructuring. Secondly, it considers whether it is possible to extend to the nullity of a merger the statutory rules on compulsory institutional arbitration and registration of the arbitration award. Thirdly, it focuses on the parties affected by the arbitration agreement in the different disputes.

Keywords: arbitration, restructuring, conversion, merger, division, transfer of assets, arbitration agreement, institutional arbitration, draft terms of merger, articles of association, nullity of a merger.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ARBITRAJE Y MODIFICACIONES ESTRUCTURALES. 1. Arbitrabilidad de las controversias. 2. Arbitraje estatutario. 2.1. Fundamento de la especialidad normativa. 2.2. Mayoría requerida para la inclusión de la cláusula estatutaria. 2.3. Arbitraje institucional obligatorio. 2.4. Previsión estatutaria del arbitraje en algunas de las sociedades que intervienen en una modificación estructural. 2.5. Contenido de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje. 3. Convenio arbitral en el proyecto de modificación estructural. 3.1. Regla general. 3.2. Convenio arbitral en los estatutos de la sociedad resultante como contenido del proyecto. 4. Otras fórmulas de sumisión a arbitraje.—III. CONTROVERSIAS INTRASOCIETARIAS. 1. Valoración de la cuota del socio que se separa. 2. Impugnación del balance. 3. Impugnación del acuerdo de fusión o escisión por razón del tipo de canje. 4. Otras impugnaciones del acuerdo de modificación estructural. 5. Acción de nulidad y responsabilidad de la sociedad resultante.—IV. CONTROVERSIAS CON TERCEROS. 1. Responsabilidad del administrador. 2. Responsabilidad del experto independiente. 3. Responsabilidad solidaria de las sociedades intervinientes en escisiones y cesiones globales.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de las controversias originadas en el Derecho de sociedades de capital ha sido objeto de debate continuo¹. Su histórica obligatoriedad² fue sustituida por las posibilidades de la autonomía de la voluntad a finales del siglo XIX³. Un planteamiento interpretativo especialmente estricto restringió su ámbito excluyendo la impugnación de acuerdos sociales, materia litigiosa por antonomasia⁴. Esta perspectiva puede enmarcarse en un contexto de desapego a la institución⁵.

¹ Para una exposición de su evolución en las últimas décadas, RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 296-303.

² Así ocurría en el art. 323 CCom 1829 (Código de Comercio, Decretado, Sancionado y Promulgado en 30 de Mayo de 1829. Edición oficial. De Orden del Rey nuestro Señor. En la Imprenta Real). Gaceta de Madrid. Núm. 146. Martes 13 de Octubre de 1829. Real decreto mandando S. M. que rija desde 1.º del año próximo el Código de Comercio. Con anterioridad, ya era así en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 (Ordenanzas de la ilustre Universidad y casa de contratación de la m. n. y m. l. villa de Bilbao, (insertos sus reales privilegios) aprobadas y confirmadas por el Rey nuestro señor Don Phelipe Quinto (que Dios guarde) año de 1737. Reimpresas con superior permiso en Madrid, en la Oficina de D. Pedro Marín, Año de 1787. A costa de la misma Universidad y Casa de Contratación). Puede verse en tal sentido el número XVII del Capítulo 10. Véase por lo demás el exhaustivo análisis de la evolución en MUÑOZ PLANAS, J. M.; «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles» en AA.VV.: *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 379-495, pp. 385-402.

³ Gaceta de Madrid, año CCXXIV, núm. 289, viernes 16 de Octubre de 1885, tomo IV, p. 160. Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

⁴ Véase URÍA, R.; «Artículo 70». En GARRIGUES, J./URÍA, R.: *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 630-655, p. 648. Sobre la problemática, ampliamente, MUÑOZ PLANAS, J. M.; «Algunos...», cit., pp. 448-461.

⁵ Véase notablemente los planteamientos de GUASP, J.; *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956. Véase por lo demás la propia Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado (BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1953, pp. 7587-7591).

La jurisprudencia del final de la última centuria⁶, la Ley de Arbitraje de 2003⁷ y su posterior modificación⁸ han caminado en la dirección contraria.

En realidad, la problemática suscitada se encuentra relacionada con tres aspectos fundamentales. En primer lugar, el contrato de sociedad es multilateral y de organización, lo que incorpora complejidad desde el punto de vista de los posibles legitimados en la controversia. En segundo lugar, la legislación de sociedades de capital cuenta con normas tuitivas de carácter imperativo. En buena medida, esta circunstancia está conectada con la presencia de terceros, pero también con una organización más estructurada y rígida que en las sociedades de personas⁹. Finalmente, en tercer lugar, desde un punto de vista económico, los remedios no responden siempre a un planteamiento puramente obligacional (*liability*). Por el contrario, pueden tener consecuencias en términos de decisión sobre la propiedad de la compañía (*property*)¹⁰. Esto es especialmente relevante en la impugnación de acuerdos sociales. No se trata en principio de obtener una compensación pe-

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998 (núm. 355). La resolución judicial recibió una importante atención. Muestra de ello son los comentarios de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.; «Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje», *RdS*, 1998, núm. 11, pp. 335-362; CARAZO LIÉBANA, M. J.; «La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital», *RDM*, 1998, núm. 229, pp. 1211-1222; GÓMEZ PORRÚA, J. M., «18 de abril de 1998. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Sumisión a arbitraje», *CCJC*, 1998, núm. 48, pp. 1109-1132. Véase también PICÓ I JUNOY, J./VÁZQUEZ ALBERT, D.; «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales. Nuevas tendencias y nuevos problemas», *RdS*, 1998, núm. 11, pp. 183-204; GÓMEZ PORRÚA, J. M.; «La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital» en AA.VV.; *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1925-1976; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.; «El arbitraje societario» en DE MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S. (Coord.); *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 959-972, p. 965; OLAVARRÍA IGLESIA, J.; «Artículo 11bis» en BARONA VILAR, S. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Cizur Menor, Civitas, Navarra, 2011, pp. 645-693, pp. 653-655; TARRÍO BERJANO, M. G.; «Artículo 11bis» en GONZÁLEZ-BUENO, C. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 275-300, pp. 280-281; HERNANDO CEBRIÁ, L.; «La mediación en el ámbito del derecho de sociedades» en BOLDÓ RODA, C. (Dir.); *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 247-284, p. 251. Con carácter previo había tenido relevancia también la RDGRN de 19 de febrero de 1998 (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 1998, pp. 8670-8673).

⁷ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109).

⁸ Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011, pp. 50797-50804). Véase sobre la reforma RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; «El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado», *RdS*, 2011, núm. 37, pp. 103-118; TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación», *CDC*, 2011, núm. 55, pp. 125-142, pp. 132-139; FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.; «El arbitraje societario tras la última reforma», *AAMN*, 2012, núm. 52, pp. 141-156.

⁹ Últimamente, WESTERMANN, H. P.; «Schiedsgerichte in kapitalgesellschaftsrechtliche Streitigkeiten», *ZGR*, 2017, vol. 46, núm. 1, pp. 38-60, pp. 39-41, 54.

¹⁰ Véase originariamente la conceptualización de CALABRESI, G./MELAMED, D.; «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harv. L. Rev.*, 1972, vol. 85, núm. 6, pp. 1089-1128.

cuniaría por una decisión antijurídica, sino de que la actuación de la mayoría no tenga efectos¹¹. A ello se añade que, en las controversias intrasocietarias, incluida la recién referida (art. 206.1.II LSC), las implicaciones meramente obligacionales se extienden al resto de socios¹². Este extremo contribuye a explicar las cautelas previstas en el art. 11bis LA.

El presente trabajo versa sobre el arbitraje de las modificaciones estructurales. Con su consideración se incorpora a la problemática tradicional del arbitraje societario una perspectiva que excede el ámbito del contrato de sociedad y las relaciones de la compañía con terceros. Entra en juego una pluralidad de personalidades jurídicas y la posibilidad de su creación, extinción e incorporación de unas a otras. La dualidad *property-liability* adquiere mayor relevancia por el carácter de la decisión involucrada. El acuerdo por el que se origina una persona jurídica de manera automática o por sucesión universal da lugar a opciones legislativas parcialmente divergentes respecto del régimen general de la impugnación de acuerdos. Debe tenerse en cuenta a este respecto el reducido ámbito de aplicación de la acción de nulidad de la modificación estructural (art. 47 LME)¹³. Es evidente que sólo en circunstancias muy justificadas resulta eficiente en términos generales invalidar la transacción¹⁴. El arbitraje en la materia se ve afectado de manera irremediable. A ello se añade la posibilidad de que en la operación intervengan diversas sociedades, fundamentalmente en casos de fusión. Pueden ser tratados conflictos en los que intervengan sujetos diversos como legitimados pasivos, no tanto por la naturaleza de la controversia, sino derivados de las personas jurídicas existentes en el momento de interposición de la demanda.

Este estudio se divide en tres partes. En la primera se analizan los aspectos nucleares de la sumisión a arbitraje de las modificaciones estructurales. En las otras dos se estudian las particularidades de cada una de las controversias que pueden

¹¹ Véanse las consideraciones sobre la cuestión en relación con la impugnación de acuerdos desarrolladas por FLEISCHER, H.; «Entwicklungslinien des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts. Rechtsvergleichung — Dogmengeschichte — Reformvorschläge». En: FLEISCHER, H./KALSS, S./VOGT, H.-U. (Hrsg.); *Aktuelle Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2012*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 67-165, p. 136; ALFARO ÁGUILA-REAL, J./MAGAGUER FUENTES, J.; «Artículo 204». En: JUSTE MENCÍA, J. (Coord.); *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 155-229, Mg. 58.

¹² Véase en general, últimamente, sobre la posibilidad de sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos, SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje». En: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2018, núm. 49, pp. 104-114, pp. 105-106.

¹³ Véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dir.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 645-720, pp. 686-696, 699. Véase para el régimen anterior a la legislación sobre modificaciones estructurales, MARTÍNEZ SANZ, F.; «La nulidad de la fusión en la Ley de Sociedades Anónimas», *RDM*, 1990, núm. 195, pp. 65-93; EMBID IRUJO, J. M.; «En torno a la nulidad de la fusión y de la escisión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas», *RGD*, 1990, núms. 550-551, pp. 5605-5618; ANDREU MARTÍ, M. M.; *La nulidad de la fusión de sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

¹⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «La fase...», cit., pp. 686-696.

surgir en el marco de una operación de estas características. En la parte general se considera la arbitrabilidad de las controversias en esta sede y se tienen en cuenta las posibilidades de incorporación del convenio en diferentes documentos (II.). En la especial se diferencia según se trate de conflictos intrasocietarios (III.) o de aquéllos en los que intervienen terceros (IV.). A efectos expositivos, el primer grupo incluye las controversias entre los socios y la sociedad. Por su parte, el segundo se refiere tanto a los que surgen entre la compañía y los administradores, como a los que involucran a otros terceros. Deben tenerse en cuenta, con todo, dos cautelas. Por un lado, en algunos de los conflictos que se consideran en el primero existen legitimaciones activas de sujetos distintos de los socios. Por otro lado, la posición jurídica del administrador no es estrictamente comparable a la del resto de terceros, entre otras cosas, notablemente, por verse afectado por el convenio arbitral previsto en los estatutos.

II. ARBITRAJE Y MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

A este medio de resolución de conflictos pueden someterse aquellas controversias que tengan carácter disponible y respecto de las que se prevea un convenio arbitral. Estos dos requisitos se tratan en este apartado. En primer lugar, se tiene en cuenta la arbitrabilidad de los conflictos que se derivan de las modificaciones estructurales (1.). En segundo lugar, se analizan las diversas fórmulas de incorporación del convenio arbitral. Además de su previsión estatutaria (2.), se contempla la inclusión del convenio en el proyecto de modificación estructural (3.) y en otros, como el contrato de sociedad personalista, el de consejero ejecutivo o el acuerdo establecido entre la sociedad y el experto independiente (4.).

1. Arbitrabilidad de las controversias

La arbitrabilidad de la materia societaria no ha estado exenta de dudas. En principio, en tanto cuestión de naturaleza jurídico-privada, su carácter disponible parece evidente¹⁵. Ahora bien, la imperatividad de algunas normas de Derecho de sociedades de capital puede plantear dificultades. En sede de impugnación de acuerdos, la procedimental fue esgrimida en origen para desestimar la sumisión a este medio de resolución de conflictos¹⁶. Esta perspectiva fue superada, ya que la disponibilidad de la materia no se deriva propiamente del carácter imperativo de las normas que lo rigen¹⁷. De no ser así, una parte importante de las controversias jurídico-privadas quedarían extramuros del arbitraje. La pauta interpretativa ha

¹⁵ Sobre la patrimonialidad, RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; «El Arbitraje...», cit., p. 110.

¹⁶ URÍA, R., «Artículo 70», cit., p. 648.

¹⁷ CAMPO VILLEGAS, E.; «El arbitraje en las sociedades mercantiles», *RJC*, 1998, vol. 97, núm. 2, pp. 313-350, pp. 339-340; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», *AJA*, 2006, núm. 7, pp. 9-66, pp. 27-28; GALLEGO SÁNCHEZ, E.; «Sobre el arbitraje estatutario. En particular, el de equidad», *RdS*, 2009, núm. 32, pp. 43-78, pp. 68-69; SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., p. 105.

de partir del punto de vista netamente procesal. El principio de oportunidad no hace distinciones según el carácter de la regla involucrada¹⁸.

Una consideración similar puede hacerse, también en sede de impugnación de acuerdos, cuando el fundamento se encuentra en la contravención del orden público. Esta cuestión ha sido controvertida¹⁹, pero clarificada en la doctrina²⁰. En buena medida, la vulneración del orden público en sí misma puede tener consecuencias que no tengan meramente carácter jurídico-privado. Puede pensarse paradigmáticamente en la comisión de delitos. Estas implicaciones no son desde luego disponibles, en la medida en que, en términos procesales, rige respecto de ellas el principio de necesidad. Ahora bien, desde el punto de vista societario, la naturaleza de una actuación de estas características tan sólo tiene pertinencia a los efectos de determinar las implicaciones de la particular impugnación. Así, los arts. 205 y 206 LSC establecen especialidades en relación con el carácter imprescriptible de la acción y la mayor amplitud del círculo de legitimados. La divergencia se deriva de que se trata, por oposición a la reacción frente a acuerdos antijurídicos, propiamente de una acción de nulidad²¹. No parece haber dudas de que este tipo de remedio es disponible²². Con independencia del reproche jurídico de la actuación desde otra rama del ordenamiento, puede ocurrir que ningún legitimado decida iniciar un litigio en el orden civil.

En sede de modificaciones estructurales se plantea una cuestión ulterior. La especialidad de la acción de nulidad de una modificación estructural inscrita (art. 47 LME) puede generar dudas de entrada por sus inherentes restricciones. A ello se añade que éstas, además de por lo previsto en el Derecho derivado transpuesto²³, encuentran su justificación en la afectación de terceros. En la medida en que puede surgir o extinguirse una persona jurídica por sucesión universal, la estimación del mecanismo procesal puede tener consecuencias relevantes. Desde el punto de vista del diseño legislativo, la opción por una regla de *liability* frente a una de

¹⁸ Véase MONTERO AROCA, J./ESPLUGUES MOTA, C.; «Artículo 2» en BARONA VILAR, S. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 123-171, p. 127; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R.; «Artículo 2» en PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 63-118, p. 73. Indirectamente, HERNÁNDEZ-GIL, A.; «Artículo 2» en DE MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S. (Coord.); *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 114-175, pp. 123-124.

¹⁹ RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; «El Arbitraje...», cit., p. 116; TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 137.

²⁰ CAMPO VILLEGAS, E.; «El arbitraje...», cit., pp. 345-347; GALLEGUO SÁNCHEZ, E.; «Sobre...», cit., p. 72; OLAVARRÍA IGLESIA, J.; «Artículo 11bis», cit., p. 688; SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., p. 105.

²¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J./MASSAGUER FUENTES, J.; «Artículo 204», cit., Mgs. 13, 37-45.

²² MERINO MERCHÁN, J. F.; «Artículo 2» en GONZÁLEZ-BUENO, C. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 43-61, p. 47.

²³ Véase por muchos DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; «La fusión en el Proyecto de reforma del Derecho de las Sociedades de Capital y su comparación con el Derecho comunitario de la Tercera Directiva», *RDBB*, núm. 32, 1988, pp. 719-782; ÉMBID IRUJO, J. M.; «En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)», *CDC*, 1991, núm. 9, pp. 13-38, pp. 25-26; PÉREZ TROYA, A.; *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 398-404.

property para la mayoría de las situaciones (art. 47.1.II LME) puede constituir un argumento para negar el carácter disponible. Ahora bien, de nuevo el análisis debe realizarse en términos procesales. Los argumentos vertidos con carácter previo son trasladables a este extremo. De hecho, con mayor razón procede aceptar la arbitrabilidad en comparación con el caso de contravención del orden público. Cuestión distinta es que la relevancia de la regla de propiedad en sede de acción de nulidad aconseje tener en cuenta la pauta establecida en el art. 11bis.3 LA para la impugnación de acuerdos²⁴. La teleología de la norma²⁵ lo requiere.

El resto de las controversias analizadas en este trabajo no plantean dificultades a este respecto. Por un lado, la discusión sobre la valoración de un objeto, en concreto, de la cuota de separación del socio²⁶, es disponible. Ello se deriva, por lo demás, de la preferencia del texto legal por el acuerdo entre las partes (art. 353.1 LSC). Por otro lado, los supuestos de responsabilidad de terceros o de alguna de las compañías intervinientes en la modificación estructural respecto de acreedores²⁷ tampoco encuentran complejidades interpretativas. Los legitimados activos no están obligados a acudir a una solución de la controversia dictada en sede judicial.

Las consideraciones anteriores pueden resultar superfluas si se atiende al tenor del art. 11bis.1 LA. Con independencia de la rúbrica, el primer apartado del precepto alude, en realidad, al carácter disponible de un determinado grupo de controversias. Ahora bien, no se mencionan con carácter general aquéllas de naturaleza societaria. Por el contrario, la referencia se realiza en relación con la esfera interna («*conflictos que en ella se planteen*»)²⁸. Parece oportuno entender que ésta sirva para identificar a los posibles sujetos implicados. Además de la literalidad de la norma, pueden traerse a colación argumentos de carácter sistemático. Primero, a los estatutos no se someten los terceros (art. 11bis.2 LA). Segundo, la impugnación de acuerdos es la controversia intrasocietaria prototípica y la que tradicionalmente había planteado más dudas (art. 11bis.3 LA). A tal efecto, desde luego se encuentra referenciada la compañía y sus socios. A ellos deben añadirse los administradores sociales. Las consideraciones de carácter sistemático sirven nuevamente de auxilio hermenéutico. Y es que los gestores sociales se encuentran vinculados por los estatutos (art. 225.1 LSC) y su contravención puede generar responsabilidad (art. 236.1 LSC)²⁹. No ocurre lo mismo con los terceros. Las con-

²⁴ Véase *infra* III.5.

²⁵ Véase DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado en caso de que estatutariamente se someta a la decisión de árbitros la impugnación de los acuerdos sociales» en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B./COHEN BENCHETRIT, A. (Dir.); *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1531-1564, pp. 1537-1543.

²⁶ Véase *infra* III.2.

²⁷ Véase *infra* IV.

²⁸ Indirectamente DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; «Artículo 11bis» en PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 301-365, pp. 348-350; FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.; «El arbitraje...», cit., p. 147; TARRÍO BERJANO, M. G.; «Artículo 11bis», cit., pp. 291-296.

²⁹ Aunque no con los mismos argumentos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «Publicidad mercantil regis-

troversias que tengan éstos con la compañía, incluso si tienen naturaleza societaria, no se encuentran subsumidos en la referencia del art. 11bis.1 LA. Esto exige buscar el anclaje de la arbitrabilidad en otra sede. La relevancia de esta circunstancia no se restringe, como es lógico, a supuestos de legitimaciones extraordinarias. En materia de modificaciones estructurales, plantea dificultades añadidas derivadas de las diferentes personalidades jurídicas existentes con carácter previo y posterior a la inscripción registral. Esto es así de manera particular en casos de fusiones y escisiones, no tanto cuando se trata de transformaciones, incluso con cambio de ley aplicable.

2. Arbitraje estatutario

2.1. Fundamento de la especialidad normativa

Es sabido que la sumisión a arbitraje de cualquier controversia requiere la existencia de un convenio arbitral que debe constar por escrito (art. 9.1 y 3 LA). Éste no debe ser necesariamente anterior a los hechos que dan lugar al conflicto. En el presente y los siguientes apartados se analizan las diversas posibilidades de localización del convenio. La primera de ellas presenta alguna especialidad contemplada en la propia norma legal. El art. 11bis LA establece especialidades cuando se incorpora como cláusula estatutaria. Éstas tienen un doble fundamento. Por un lado, la previsión en el texto corporativo supone su aplicación a la compañía, a todos los socios y a los administradores. Sin embargo, el acuerdo por el que se inserta —a no ser que tenga lugar en el momento de constitución— no se adopta necesariamente por unanimidad³⁰. Puede haber socios, por lo tanto, afectados por la decisión en contra de su voluntad (art. 159.2 LSC). Lo mismo puede decirse de los gestores, que pueden no tener voto en la junta general (art. 212.2 LSC). Salvo excepciones legalmente previstas, los acuerdos sociales se adoptan por mayoría. Las exigencias de adecuado funcionamiento limitan las posibilidades de establecimiento de unanimidad (arts. 200.1 y 201.3 LSC). En la medida en que la *propiedad* sobre los activos sociales es de la persona jurídica, las decisiones no afectan a este derecho. Sin embargo, sí que suponen de hecho una ampliación del poder sobre los bienes de quienes ostentan la mayoría. Esta tensión se produce con especial intensidad en las modificaciones estatutarias.

tral del procedimiento arbitral», *RCDI*, 1992, núm. 612, pp. 2033-2053, p. 2044; CAMPO VILLEGAS, E.; «El arbitraje...», cit., p. 322; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F., «El arbitraje...», cit., p. 42; TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 136; CORREA DELCASSO, J. P.; «El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado», *AJA*, 2011, núm. 11, pp. 39-73, p. 59; TARRÍO BERJANO, M. G.; «Artículo 11bis», cit., p. 299; SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., p. 109.

³⁰ alguna opinión originaria ha sido superada. Véase en este sentido POLO SÁNCHEZ, E.; «Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles» en AA.VV.; *Seminario sobre Arbitraje en las Sociedades Mercantiles*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Madrid, 1992, pp. 64-100. En la misma época, ya abogaba por el planteamiento de un acuerdo adoptado mediante mayoría FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «Publicidad...», cit., *passim*.

Por otro lado, en relación con cláusulas de sumisión a arbitraje, algún sector doctrinal ha invocado la afectación de la *tutela judicial efectiva*³¹. Los socios que no asisten a la junta que modifica los estatutos o votan en contra de la decisión y los administradores que no participan en el capital observan cómo les queda vedado el acceso a un proceso judicial. Ni siquiera la regla relativa a los convenios contenidos en contratos de adhesión (art. 9.2 LA) permite justificar esta circunstancia en la legislación arbitral. En último término, en estos negocios, el adherente realiza una manifestación de voluntad. Con todo, sí que serviría, al menos por analogía, respecto de quienes adquieran la condición de socio con posterioridad a la adopción de la cláusula, aunque sólo si estuviera inscrita. Por ello, se han planteado dudas de constitucionalidad en la doctrina respecto de la ausencia de exigencia de unanimidad³². Este planteamiento, sin embargo, ha sido relativizado³³.

El legislador podía haber optado por introducir un derecho de separación o haber exigido el acuerdo unánime. Las implicaciones prácticas en ambos casos son relevantes y han sido invocadas por quienes se han opuesto a estos planteamientos *de lege ferenda*³⁴. Sobre la institución de la separación siempre pesa el riesgo de iliquidez, mientras que la unanimidad restringe paradójicamente las posibilidades de la autonomía estatutaria³⁵. Esto último es especialmente evidente cuando la sociedad tiene una estructura de capital disperso³⁶. No obstante, la oportunidad de estas apreciaciones no puede constituir un argumento para justificar la afectación de un derecho fundamental. Ni siquiera parece apropiado si tiene como anclaje en la libertad de empresa. En último término, la intensidad de la tutela judicial efectiva es mayor y, por tanto, prevalece.

No quiere decirse con esto, sin embargo, que deba apreciarse la aireada inconstitucionalidad. Al contrario, en realidad, podría decirse que ni siquiera se produce una afectación del referido derecho. Los estatutos suponen la pauta de actuación de la sociedad en tanto persona jurídica. Constituyen la fórmula propia

³¹ Véase fundamentalmente GONZÁLEZ NAVARRO, A.; «La inoponibilidad de las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje a los socios disidentes o ausentes», *RGDP*, 2014, núm. 34, pp. 1-17, pp. 10-12.

³² GONZÁLEZ NAVARRO, A.; «La inoponibilidad...», cit., pp. 10-12; OLIVENCIA RUIZ, M.; «Ley de Arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil» en MORILLAS JARILLO, M. J./PERALES VISCASILLAS, P./PORFIRIO CARPIO, L. (Dirs.); *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2015, pp. 716-725, p. 724; MARTÍN MORAL, M. F.; «El arbitraje estatutario en las sociedades de capital», *RdS*, 2017, núm. 51, pp. 255-274, pp. 268-270.

³³ SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., pp. 106-107.

³⁴ TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 135; OLIVENCIA RUIZ, M.; «Ley...», cit., p. 724-725. Indirectamente, GONZÁLEZ NAVARRO, A.; «La inoponibilidad...», cit., p. 16. Sobre otras posibilidades del derecho de separación, MARTÍN MORAL, M. F.; «El arbitraje...», cit., pp. 270-273.

³⁵ FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.; «El arbitraje...», cit., p. 148.

³⁶ Sobre la negativa en relación con las sociedades cotizadas, MUÑOZ PLANAS, J. M./MUÑOZ PAREDES, J. M.; «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», *RDM*, 2000, núm. 238, pp. 1411-1478, pp. 1467-1478. Como realidad, pero sin restricción en términos jurídicos, OLAZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., p. 15; TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 137.

de autorregulación³⁷. Esto no es baladí y se sustenta en afirmaciones de la propia legislación arbitral (art. 11bis.1 LA). Primero, el ámbito de aplicación se restringe a aquellas compañías con un grado perfecto de personificación («*las sociedades de capital*»). En este sentido, el criterio en las sociedades de personas es necesariamente distinto³⁸. Segundo, opera meramente respecto de las controversias producidas en el interior de las compañías («*conflictos que en ellas se planteen*»). En la medida en que la adopción de acuerdos de los socios naturalmente tiene lugar por mayoría, es razonable que así sea también en este caso. La anuencia específica de socios concretos sólo se prevé en aquellas modificaciones estatutarias en las que se afecten derechos individuales o surjan obligaciones que se deriven del *contrato de sociedad* (arts. 291 y 292 LSC)³⁹. Por lo que se refiere a los administradores, la sujeción a los estatutos se deriva de la naturaleza orgánica de su posición. Se integran en la estructura de la persona jurídica⁴⁰.

En relación con la problemática de los derechos individuales o del surgimiento de obligaciones a cargo de algunos socios⁴¹, se corre el riesgo de caer en cierta confusión. En las controversias que aquí se analizan, puede ocurrir notablemente cuando se trata de la valoración de la cuota de separación (art. 15 LME). Sin embargo, esto supone una incorrecta identificación de la individualidad. No debe entenderse que todos los derechos de la minoría o incluso los generales de los socios son individuales.⁴² Pueden ser ejercidos de manera individual, pero resultan garantizados a todos aquéllos que ostentan una participación en el capital social, por lo que no son por definición considerables como tales.

2.2. *Mayoría requerida para la inclusión de la cláusula estatutaria*

Las indicadas cautelas del art. 11bis LA se refieren a dos cuestiones, a saber, la mayoría reforzada exigida para la incorporación de la cláusula estatutaria y la obligatoriedad del arbitraje institucional para el supuesto específico de impugnación de acuerdos. La primera de ellas incorpora una regla consistente en una mayoría de dos tercios (art. 11bis.2 LA). Así, a no ser que la cláusula estuviera de origen en los estatutos, la modificación requerirá de la indicada mayoría. Ha de advertirse que el legislador no es insensible a las observaciones recién realizadas.

³⁷ Véase la tripartición entre autorregulación propia, inducida y heterónoma de EMBID IRUJO, J. M.; «Concepto, delimitación y tipología de las sociedades de capital» en EMBID IRUJO, J. M. (Dir.); *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 13-36, pp. 26-29.

³⁸ Véase *infra* II.4.

³⁹ Véase sobre la cuestión SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., p. 107.

⁴⁰ WESTERMANN, H. P.; «Schiedsgerichte...», cit., pp. 52, 54.

⁴¹ Con carácter general, sobre los argumentos de la doctrina, TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 134. Crítica con las posiciones anteriores a la reforma de 2011, RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; «El Arbitraje...», cit., p. 113.

⁴² Sobre la noción, MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; «Los derechos individuales de los socios como límite a los poderes de la junta general de la sociedad limitada: Una aproximación crítica» en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (Coords.); *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Anibal Sánchez Andrés*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 237-276.

En tal sentido, a excepción de aquellas modificaciones estatutarias que requieran el consentimiento individual de algún socio o colectivo de una clase de acciones (arts. 291-293 LSC), los votos favorables exceden los de cualquier otra. En la sociedad de responsabilidad limitada, el umbral exigido es el mismo que para los acuerdos de modificaciones estructurales (art. 199.b) LSC). En la sociedad anónima, en el caso de que sean necesarios dos tercios del art. 201.2 LSC, el cómputo no se realiza respecto del total del capital, sino de los asistentes a la junta general, que serán menos de la mitad⁴³.

2.3. Arbitraje institucional obligatorio

La segunda cautela (art. 11bis.3 LA) se restringe a supuestos de impugnación de acuerdos sociales y supone el reenvío a una institución arbitral de las enumeradas en el art. 14.1 LA. Se ha puesto de manifiesto en la doctrina que la previsión tendría una razón de ser que no se corresponde estrictamente con el tenor literal del precepto⁴⁴. En esencia, el planteamiento descansa en la idea de garantizar la igualdad en la intervención de cualquier socio en el procedimiento arbitral iniciado para resolver la controversia⁴⁵. Siendo esto cierto, la perspectiva del legislador probablemente se entiende en tanto que se trata de un conflicto de propiedad y no de responsabilidad⁴⁶. Las consecuencias del laudo pueden afectar a la actividad de la persona jurídica de manera directa. No se trata meramente de la relación entre el socio y la compañía. Ahora bien, lo cierto es que la idea invocada en la doctrina relativa a la igualdad de las partes potenciales en el procedimiento arbitral se extiende más allá de los conflictos con efectos de propiedad. Algunas controversias en clave de responsabilidad o meramente obligacionales también pueden presentar la misma problemática, aunque quizá no de manera tan nítida. Puede pensarse a tal efecto, de manera paradigmática, en la controversia en torno al valor de la cuota de separación. Si varios socios ejercitan el derecho de separación y cuestionan el valor de la cuota, podrían darse problemas de igualdad en el proceso entre el primero que interpusiera la demanda y los demás.

Esta constatación conduciría *de lege ferenda* a incorporar otras controversias en la regla del art. 11bis.3 LA. Con independencia de ello, en sede de modificaciones estructurales parece razonable incorporar, al menos por analogía, la acción de nulidad (art. 47 LME). La decisión de propiedad es más evidente incluso en estas controversias que en la impugnación de acuerdos. También se aprecian los mismos problemas de igualdad de las partes en el procedimiento. Por lo demás, cabe preguntarse si la regla del arbitraje institucional también se aplica a los supuestos de reparación de daños o de resarcimiento en este mismo contexto (arts. 204.2.III y 206.1.II LSC). La valoración debe ser distinta según de cuál se

⁴³ Véanse las consideraciones de FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.; «El arbitraje...», cit., pp. 148-149.

⁴⁴ DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones...», cit., p. 1559.

⁴⁵ FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.; «El arbitraje...», cit., p. 151; DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones...», cit., pp. 1541-1542; SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., pp. 110-111.

⁴⁶ Véase *supra* I y II.1.

trate. Con carácter general, en tanto conflictos de responsabilidad (y no de propiedad), no es necesario el arbitraje institucional. Este planteamiento desde luego se predica de aquellos supuestos de resarcimiento *sustitutivo*, esto es, aquéllos en los que se reciba cuando no sea posible dejar sin efecto la decisión. Esto ocurre cuando no se cuenta con el porcentaje de participación en el capital social para ser legitimado activo (art. 206.1.II LSC). También es el caso cuando la contravención de norma legal no da lugar a la acción de nulidad de la modificación estructural y, sin embargo, se generan perjuicios (art. 47.1.II LME). Por el contrario, no ocurre lo mismo cuando la indemnización a abonar es *complementaria*, esto es, cuando la demanda incluye varios pedimentos y uno de ellos es la ineficacia de la decisión social. No tendría sentido iniciar diversos procedimientos para cada uno de ellos. Ha de advertirse que, en tales casos, puede ocurrir que la propia compañía sustituya el acuerdo impugnado por otro, en cuyo caso decae la pretensión impugnatoria (art. 204.2.III LSC). Con todo, el derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados durante la vigencia del acuerdo subsiste y debe resolverse por el mismo laudo (*mutatis mutandis* arts. 209 y 218 LEC).

La doctrina ha considerado que, si la finalidad de la norma es la referida con carácter previo, en tal caso lo relevante es que sea la institución quien designe al tribunal arbitral con independencia de las partes⁴⁷. De ello se han derivado dos consecuencias. Primero, que puede llevarse a cabo una reducción teleológica, no siendo necesario que el arbitraje sea gestionado por la institución, mientras la designación tenga lugar con independencia de las partes⁴⁸. Segundo, que no es posible que el nombramiento de los árbitros sea un mero acto formal, esto es, que no pueden ser las partes quienes acuerden su identidad⁴⁹. Respecto de esta última cuestión, cabe tener en cuenta que, con independencia de que también la teleología lo avale, resulta muy forzado, atendiendo a la literalidad del precepto, sostener la opinión contraria.

El análisis expuesto no resuelve la duda de lo que deba ocurrir con la regla del art. 11bis.3 LA cuando se someta a arbitraje una impugnación o una acción de nulidad de modificación estructural sin que ello conste en los estatutos. Se daría como consecuencia de un convenio arbitral posterior al surgimiento de la controversia. Este planteamiento es poco probable, en la medida en que ello no evita que cualquier otro socio pueda acudir a la jurisdicción, con los problemas que en su caso puedan derivarse de ello. Desde un punto de vista sistemático, la restricción del ámbito de aplicación a supuestos estatutarios deja fuera la circunstancia considerada. El análisis teleológico conduce a la misma conclusión, en la medida en que no hay necesidad de igualdad en el procedimiento. Cuestión distinta es la eventual disparidad de resultados de los procedimientos judicial y arbitral, lo que en todo caso se plantea en relación con otros legitimados⁵⁰.

⁴⁷ Véase como posibilidad, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.; «Artículo 11bis», cit., p. 364. Fundamentalmente, DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones...», cit., pp. 1537-1543.

⁴⁸ DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones...» cit., p. 1561.

⁴⁹ DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones...» cit., p. 1561.

⁵⁰ Véase *infra* III.3.

2.4. *Previsión estatutaria del arbitraje en algunas de las sociedades que intervienen en una modificación estructural*

En sede de modificaciones estructurales debe tenerse en cuenta que la participación de diversas compañías requiere una consideración añadida. La valoración es necesariamente diferente por la importante casuística. En todo caso, habrá que atender a la concurrencia de la correspondiente cláusula estatutaria en cada una de las sociedades implicadas. Parece relevante valorar la diferencia entre conflictos anteriores o posteriores a la eficacia de la operación. En el primer caso, la impugnación del acuerdo de modificación estructural será sometido a arbitraje en cada compañía dependiendo de si se cuenta con la correspondiente cláusula estatutaria. Si dos sociedades se fusionan y sólo una de ellas incorpora el convenio arbitral en dicha sede, el supuesto no plantea dudas. El procedimiento sólo afecta al acuerdo adoptado en la junta general de esa compañía, no al de la otra.

En el segundo supuesto, el planteamiento es distinto. Cabe pensar a tal efecto en diversas circunstancias. Si todas las sociedades existentes con carácter previo y posterior a la inscripción de la modificación estructural cuentan con una cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje, la acción de nulidad da lugar a un procedimiento de tales características⁵¹. Si tan sólo se encuentra en la compañía resultante (también en la absorbente), la demanda también deberá presentarse ante un órgano arbitral. Debe tenerse en cuenta que la legitimada pasiva es esa sociedad⁵². La circunstancia dificultosa podría darse cuando no todas las sociedades intervinientes cuentan con un convenio arbitral en la sede indicada y ninguna de las que cuenta con la previsión es la absorbente. En todo caso, la indicación de la resultante prima.

2.5. *Contenido de la cláusula estatutaria de sumisión a arbitraje*

El contenido del convenio arbitral plantea algún interrogante interpretativo⁵³. El art. 9.1 LA pone de manifiesto que la sumisión se podrá prever respecto de la totalidad o tan sólo en relación con algunas de las controversias derivadas de la relación jurídica. La amplitud de la regla facilita su exégesis. Ahora bien, cabe pensar en la naturaleza de algunos de los conflictos originados con ocasión de la modificación estructural. En concreto, procede determinar si se trata propiamente de un aspecto que surge del contrato de sociedad. A tal efecto, debe tenerse en

⁵¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «La fase...», cit., p. 698.

⁵² OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., pp. 45-46; SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., p. 108.

⁵³ Sobre las posibilidades del arbitraje de equidad (art. 34.1 LA), sobre el que no se van a realizar consideraciones, véase GALLEGU SÁNCHEZ, E.; «Sobre...», cit., pp. 74-78. Aceptan también el arbitraje de equidad RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; «El Arbitraje...», cit., pp. 114-115; OLAVARRÍA IGLESIA, J.; «Artículo 11bis», cit., pp. 692-693; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.; «Artículo 11bis», cit., pp. 350-352; TARRÍO BERJANO, M. G.; «Artículo 11bis», cit., p. 300. Críticamente al respecto sobre algunos extremos, VICENT CHULIÁ, F.; «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales», *RGD*, 1998, núms. 646-647, pp. 9355-9372, p. 9369.

cuenta que este tipo de operaciones constituyen modificaciones estatutarias cualificadas⁵⁴. Esto es especialmente cierto cuando no se producen creaciones o extinciones de personalidades jurídicas, por ejemplo, en la transformación⁵⁵. Cuando sí que se produzca este fenómeno, debe diferenciarse entre las controversias que no afecten a la validez de la transacción y aquéllas que sí. Siempre y cuando no se refieran a terceros, las primeras se entienden derivadas de la relación jurídica que constituye el contrato de sociedad.

En los demás casos, esto es, en una acción de nulidad de fusión o escisión, podría plantearse que, en realidad, podemos encontrarnos ante un nuevo contrato de sociedad. Este planteamiento no es válido para aquellos socios vinculados a una compañía absorbente con anterioridad a la fusión o a la parcialmente escindida con posterioridad a la modificación estructural. Pese a todo, si lo que se pretende es la retroacción del surgimiento o final de las personalidades jurídicas, hay que fundar la sumisión a arbitraje en el indicado contrato de sociedad. Esto es consistente con la perspectiva según la cual la sumisión a arbitraje o a jurisdicción viene determinada por los estatutos de la compañía resultante.

3. Convenio arbitral en el proyecto de modificación estructural

3.1. Regla general

El arbitraje estatutario plantea algunas dificultades en sede de modificaciones estructurales. Esta problemática es especialmente patente de cara al ejercicio de una acción de nulidad. Por ello, puede tener interés la incorporación del convenio arbitral en el proyecto. La legislación arbitral tan sólo exige la constancia de esta previsión por escrito (art. 9.1 LA). Por lo demás, permite su inserción en cualquier negocio jurídico, de manera que las controversias que se planteen durante su vigencia se sometan a este método de resolución de conflictos. El proyecto de modificación estructural no constituye fuente de obligaciones para las partes en relación con la operación hasta que es aprobado⁵⁶. Sin embargo, las delimita en la medida en que sea aprobado mediante los correspondientes acuerdos de las juntas generales de las compañías involucradas⁵⁷. Desde el punto de vista de su contenido, las enumeraciones de sus elementos integrantes representan el mínimo

⁵⁴ Véase en clave de concepto, EMBID IRUJO, J. M.; «Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles» en AA.VV.; *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 291-302, p. 296.

⁵⁵ Véanse las consideraciones generales de LEÓN SANZ, F. J.; «Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 89-133, pp. 107-109.

⁵⁶ Sobre la distinción entre proyecto y acuerdo de fusión puede verse EMBID IRUJO, J. M.; «Artículo 240» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBID IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2302-2317, p. 2303; MARTÍ MOYA, V.; *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*. Comares, Granada, 2010.

⁵⁷ MARTÍ MOYA, V.; *El procedimiento*, cit.

que debe ser incluido. El carácter de *numerus apertus* se deriva sencillamente de la literalidad («al menos») de los preceptos contenidos en sede de fusión (art. 31 LME) y de cesión global de activo y pasivo (art. 85 LME)⁵⁸. El de la escisión (art. 74 LME) reenvía al régimen de la primera de las operaciones e incorpora añadidos. En consecuencia, la inclusión de un convenio arbitral como parte del proyecto es plenamente válida.

Más allá de su consideración en abstracto, son diversos los interrogantes que se plantean respecto de esta posibilidad. Éstos tienen que ver con la manifestación de voluntad de aquéllos a quienes afecte. Cabe recordar que el acuerdo por el que se aprueba el proyecto y la operación puede contar con votos disidentes. Nuevamente, la perspectiva de la propiedad y de la tutela judicial efectiva pueden plantear dudas de validez. Esta circunstancia es especialmente nítida si se piensa en que quienes ejerciten una eventual acción de nulidad sean quienes votaron en contra del acuerdo. En la doctrina se ha planteado alguna constelación comparable, consistente en la constancia del convenio en un pacto parasocial⁵⁹. Esta alternativa se analiza desde el punto de vista de su carácter asimilado a los estatutos cuando tiene carácter omnilateral⁶⁰. Así, a tal efecto sería necesario que todos los socios se encontraran vinculados, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina⁶¹.

Con todo, el planteamiento del proyecto debe seguir derroteros diferentes. No se trata de un pacto secreto y potestativo, sino de un documento reglado que constituye la base para que la aprobación pueda generar los efectos de la sucesión universal. Además, no pretende ser un complemento de los estatutos, ni siquiera si se adopta por unanimidad. Por tanto, la extensión de la sumisión a todos los socios no resulta posible. La única excepción se derivará de su consentimiento (art. 42 LME), que, por lo demás, deberá incluir a quienes tienen participaciones en todas las compañías implicadas.

⁵⁸ Véase por muchos EMBID IRUJO, J. M.; «Artículo 235» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBID IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2254-2262, p. 2254; LARGO GIL, R.; «La fase previa y el proyecto de fusión» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dir.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 421-487, pp. 446-447; CONTRERAS DE LA ROSA, I.; *Cesión Global de Activo y Pasivo. Aspectos Contractuales y Societarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 148-149. Véase también, por lo demás, CONDE TEJÓN, A.; *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pp. 263-266.

⁵⁹ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., pp. 55-56; CORREA DELCASSO, J. P.; «El arbitraje...», cit., p. 57; SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., p. 108. En el mismo sentido, EMBID IRUJO, J. M.; «Mediación y Derecho mercantil» en BOLDÓ RODA, C. (Dir.); *Mediación en asuntos mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 25-46, p. 37.

⁶⁰ SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., pp. 108-109. Sobre la problemática de los efectos limitados en caso contrario, TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 134.

⁶¹ PÉREZ MILLÁN, D.; «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», *RDBB*, 2010, núm. 117, pp. 231-260; NOVAL PATO, J.; *Los pactos omnilaterales. Su oponibilidad a la sociedad, diferencia y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 114-120.

La pregunta que surge de inmediato es a quién obliga en concreto la cláusula contenida en el proyecto. En primer lugar, parece evidente que lo sea a las partes en él, esto es, a las sociedades que participan en la operación⁶². Entre las controversias que pueden darse a tal efecto, cabe pensar en la repetición entre compañías después de que un acreedor haya hecho uso de la responsabilidad solidaria (art. 80 LME) y el órgano judicial haya estimado su pretensión o ni siquiera se haya acudido al tribunal. Las posibilidades son múltiples e involucran a la parcialmente escindida y a las beneficiarias preexistentes. En segundo lugar, también estarán afectados por la cláusula de sumisión los socios que votaron a favor del acuerdo. Esto puede plantearse cuando se ejercite una acción de nulidad por circunstancias posteriores al acuerdo de fusión. Puede pensarse a tal efecto en la ignorancia de alguna de las reglas previstas en el art. 45 LME sobre documentos a incorporar a la escritura pública⁶³. En tercer lugar, también quedan sometidos al arbitraje los administradores. Éstos son los redactores del documento y, en caso de ser preceptivo, lo han defendido en el informe (arts. 33, 77 y 86 LME)⁶⁴. Esto puede plantearse cuando se ejercita una acción de responsabilidad contra el gestor social por razones vinculadas con la operación de modificación estructural (art. 236-241bis LSC). Típicamente, puede traerse a colación la derivada de la incorrecta determinación del tipo de canje⁶⁵. El acuerdo de fusión no elimina la responsabilidad (art. 236.2 LSC)⁶⁶.

3.2. *Convenio arbitral en los estatutos de la sociedad resultante como contenido del proyecto*

Un supuesto parcialmente distinto es el derivado de la parte obligatoria del contenido del proyecto. En el documento deben incluirse los estatutos de la sociedad resultante de la fusión (arts. 31.8.^a, 73.1 y 74 LME). Si a ellos se incorpora un convenio arbitral⁶⁷, resultará de aplicación la mayoría reforzada del art. 11bis.2 LA⁶⁸. Esto no supone que el acuerdo de modificación estructural deba adoptarse mediante la indicada mayoría. Ésta sólo será necesaria para el mencionado extremo. Además, no debe referirse a las acciones o participaciones en el capital de alguna de las sociedades intervinientes o de todas de manera separada. Por el contrario, debe computarse teniendo en cuenta la estructura de capital de la

⁶² Similar, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «La fase...», cit., pp. 698-699.

⁶³ Indirectamente, MARTÍ MOYA, V.; *El procedimiento*, cit., pp. 283-284.

⁶⁴ LARGO GIL, R.; «La fase...», cit., pp. 440-444.

⁶⁵ Sobre el particular, RECAMÁN GRAÑA, E.; «La responsabilidad de los administradores en relación con la determinación del tipo de canje en la fusión», *RdS*, 2012, núm. 39, pp. 107-128.

⁶⁶ GIMENO RIBES, M.; *Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades. Contribución al estudio de la fusión apalancada*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 355.

⁶⁷ Planteado por OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., p. 45.

⁶⁸ alguna cuestión similar se ha planteado en relación con la extensión de un convenio arbitral estatutario ya de por sí existente a otras controversias societarias. Véase sobre el particular MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.; «La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007», *RdS*, 2008, núm. 30, pp. 437-466.

sociedad resultante a partir de lo que se derive del tipo de canje establecido. Esta solución presenta la misma racionalidad que la prevista en el art. 17.2 LME en relación con las modificaciones estatutarias implementadas con ocasión de una transformación.

La circunstancia anterior no plantea dudas cuando la resultante es de nueva creación, sea fusionada o beneficiaria. Mayor dificultad entraña el mismo supuesto cuando se trata de una absorción o las beneficiarias son preexistentes. En tal caso, debe diferenciarse según la constancia o no del convenio arbitral en los estatutos antes de la modificación estructural. Si la cláusula fuese un añadido, deberá seguirse la pauta establecida para las sociedades resultantes de nueva creación.

Por el contrario, si alguno de los documentos fundacionales ya contara con tal previsión, la respuesta es más compleja. Podría trazarse una comparación con aquellos supuestos en los que alguien deviene socio como consecuencia de la adquisición de acciones o participaciones. La compra de los títulos constituye una manifestación de voluntad que da lugar a que le sean de aplicación las normas estatutarias. Sin embargo, no puede asimilarse la posición jurídica de quien deviene socio como consecuencia de un negocio jurídico traslativo del dominio con la de quien pasa a formar parte del capital por efecto de la sucesión universal. Ni siquiera se aproxima el supuesto de hecho a un aumento de capital en el que entren nuevos socios. El efecto de la sucesión universal y los cambios vinculados en términos patrimoniales y de personalidades jurídicas⁶⁹ constituyen un añadido. Éste es el fundamento de las garantías procedimentales de las modificaciones estructurales⁷⁰. Una de ellas es precisamente la incorporación de los estatutos de la compañía resultante al proyecto (art. 31.8.ª LME). De lo contrario, la enumeración del referido precepto no contendría este elemento. En consecuencia, las posibles modificaciones de los estatutos de una sociedad absorbente podrían tener lugar por una mayoría potencialmente menor (para las sociedades de responsabilidad limitada, art. 199.a) LSC). Por todo ello, parece que en este caso también debe contarse con la especificada mayoría del art. 11bis.2 LA. Por lo demás, lo contrario podría acabar vaciando de contenido la regla tuitiva. Cabe pensar a estos efectos en supuestos en los que la absorbente o beneficiaria preexistente incremente su capital de manera exponencial tras la fusión o la escisión.

⁶⁹ Véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; «Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades», *RdS*, 1994, núm. 3, pp. 242-255, *passim*.

⁷⁰ Sobre la idea del procedimiento en la fusión, véase originariamente GIRÓN TENA, J.; *Derecho de Sociedades Anónimas*, Universidad, Facultad de Derecho, Valladolid, 1952, pp. 620-621. Véase también, en clave general de todas las modificaciones estructurales, sobre el componente procedimental, EMBID IRUJO, J. M.; «Notas...», cit., p. 294.

4. Otras fórmulas de sumisión a arbitraje

Además de la previsión estatutaria y en el proyecto de modificación estructural, las posibilidades del art. 9.1 LA son numerosas. Dentro del ámbito de la propia sociedad, cabe pensar en supuestos de personalistas. Cabe recordar que las reglas sobre arbitraje estatutario no están referidas a este tipo de compañías (art. 11bis.1 LA *a contrario*). Esto no quiere decir que en estos tipos sociales quede vedada la sumisión a arbitraje. La disponibilidad de la materia (art. 2.1 LA) parece indubitada. Desde el punto de vista procesal, rige el principio de oportunidad respecto de las potenciales controversias⁷¹. A este respecto, cabe plantearse si el convenio arbitral puede integrarse en el contrato de sociedad. El planteamiento sería similar al de los estatutos en las sociedades de capital. Sin embargo, es una realidad que la conformación de estos tipos sociales es distinta. No cuentan con una estructura corporativa y por tanto tienen un grado menor de personificación⁷². Esto se manifiesta entre otras cosas en la ausencia de una estructura orgánica comparable a la de las sociedades anónima y de responsabilidad limitada⁷³. Con carácter supletorio, la gestión es realizada por los socios (art. 129 CCom). Por lo demás, generalmente las decisiones se toman por unanimidad⁷⁴. Estas circunstancias explican la ausencia de previsión sobre el particular en el art. 11bis.1 LA⁷⁵. La modificación del contrato de sociedad para la incorporación de una cláusula de sumisión a arbitraje exige de por sí el consentimiento de todos los socios, puesto que se trata de una novación (art. 1205 CC). Por ello, las cautelas de la legislación arbitral no resultan necesarias desde un punto de vista teleológico.

Las siguientes alternativas se refieren a negocios jurídicos concretos que vinculan a la sociedad con otro sujeto. Cabe pensar a tal efecto en la incorporación del convenio al contrato de consejero ejecutivo (art. 249.3 LSC). También puede tratarse del encargo realizado por las sociedades que proceda al experto independiente una vez haya sido designado por el registro mercantil (art. 349 RRM en relación con los arts. 338-348 RRM). Ambas realidades cuentan con características distintas. La divergencia conceptual se deriva en esencia de la distinta duración y ámbito de las labores de la contraparte de la sociedad. En el primer caso, ambos extremos son mayores.

⁷¹ Véase *supra* II.1.

⁷² GIRÓN TENA, J.; *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, pp. 168-177; PAZ-ARES, C.; «La sociedad en general: Elementos del contrato de sociedad» en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (Dir.); *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 503-529, pp. 524-526. Sobre los diferentes niveles de personificación en sede de sociedades capitalistas, EMBID IRUJO, J. M.; «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas» en AA.VV.; *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1023-1046.

⁷³ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; *La atipicidad en derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, pp. 354-364.

⁷⁴ GIRÓN TENA, J.; *Derecho*, cit., p. 444; PAZ-ARES, C.; «La sociedad colectiva: Posición del socio y distribución de resultados» en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (Dir.); *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 639-658, p. 640.

⁷⁵ Véase WESTERMANN, H. P.; «Schiedsgerichte...», cit., pp. 39-41.

La inclusión del convenio arbitral en el contrato de consejero ejecutivo no plantea dificultades. Por un lado, las amplias posibilidades del art. 9.1 LA lo permiten. Por otro, las referencias del art. 249 LSC son de mínimos⁷⁶. A tal efecto, es desde luego necesaria la indicación de la retribución en tanto ejecutivo (art. 249.4 LSC), a lo que se añaden las facultades delegadas. Nada impide que se incluyan otros extremos, entre ellos, una cláusula de sumisión a arbitraje. Esta fórmula no se encuentra directamente vinculada con las posibles controversias surgidas con ocasión de una modificación estructural. Sin embargo, con carácter general puede concretarse, por ejemplo, que la acción social de responsabilidad se trate en sede arbitral. Esta puede tener como fundamento, por ejemplo, la incorrecta determinación del tipo de canje o la falta de racionalidad en el plan de pagos en la fusión apalancada (art. 35.2.^a LME)⁷⁷. Partes en el negocio jurídico son el consejero delegado y la sociedad. Puede plantear dudas la sumisión a arbitraje del procedimiento instado como consecuencia de las legitimaciones subsidiarias (arts. 239-240 LSC).

Las consideraciones sobre el acuerdo de la compañía con el experto independiente son distintas. El negocio jurídico tendrá necesariamente una envergadura reducida⁷⁸, pero cabe pensar que en él conste la tarea a desarrollar y la retribución (cfr. arts. 338 y 348 RRM). No se encuentra constreñida la autonomía de la voluntad, de manera que puede añadirse una cláusula de arbitraje (art. 9.1 LA, art. 1255 CC). Ésta puede referirse, por lo demás, con carácter específico, a controversias relacionadas con la eventual responsabilidad del experto independiente⁷⁹.

También cabe pensar en la incorporación de cláusulas de sumisión a arbitraje en contratos con terceros, fundamentalmente financiadores. A tal efecto, puede darse en préstamos bancarios o en la emisión de obligaciones⁸⁰. A efectos de

⁷⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; «La retribución de los consejeros ejecutivos» en JUSTE MENCÍA, J./ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (Coords.); *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco*, vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2017, pp. 353-386, p. 365; DEL VAL TALENS, P.; «El contrato de consejero ejecutivo. Notas para el desarrollo de su régimen jurídico», *RDBB*, 2018, núm. 149, pp. 95-129, p. 125.

⁷⁷ GIMENO RIBES, M.; *Endeudamiento*, cit., pp. 360-361.

⁷⁸ Véanse las consideraciones de EMBID IRUJO, J. M.; «Artículo 236» en ARROYO MARTÍNEZ, I./ EMBID IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2262-2270, pp. 2267-2268; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; «Informe de los Administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 489-526, pp. 518-519 a propósito del reenvío a la legislación de auditoría de cuentas antes de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, pp. 87462-87477) (Disposición Final Tercera).

⁷⁹ Véase *infra* IV.2.

⁸⁰ No obstante, plantea OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., pp. 39-40 que puedan quedar sometidos los titulares de obligaciones convertibles. Sin embargo, esta argumentación ya no es válida a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2008 (asunto *Comisión c. Reino de España*, C-338/06). Véase TAPIA HERMIDA, A.; «La supresión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas y una cuestionable modificación

las modificaciones estructurales, esto puede tener lugar en relación con el ejercicio de los instrumentos de tutela crediticia. Se trata del derecho de oposición (arts. 44 y 88 LME). Particular relevancia puede tener la situación en la que el endeudamiento se produzca en el período trienal del régimen jurídico de la fusión apalancada (art. 35 LME)⁸¹.

Tanto en el caso del acuerdo del experto independiente, como en el de los negocios de financiación, cabe preguntarse por la competencia orgánica para vincular a la sociedad. En la medida en que se trata de elementos concretos de contratos en los que es parte la compañía, aquélla corresponde al órgano que pueda celebrarlo en su nombre. En ambos casos, no constando una regla específica en el art. 160 LSC, la competencia es por exclusión del órgano de administración (art. 209 LSC). En estos casos, la legitimada activa en la controversia será la compañía. Por tanto, los socios no se ven afectados por la sumisión a arbitraje.

Finalmente, cabe recordar en todo caso que la sumisión a arbitraje de cualquier controversia disponible puede tener lugar después del acaecimiento de los hechos relevantes (art. 9 LA). Esta posibilidad queda en todo caso, lo que permite, siempre que haya voluntad, evitar las distorsiones de los procedimientos —judicial y arbitral— paralelos en aquellos conflictos con legitimados dispares.

III. CONTROVERSIAS INTRASOCIETARIAS

Delimitado el marco general, el análisis que sigue atiende a toda una serie de controversias que pueden surgir en el marco de las modificaciones estructurales. A tal efecto, se diferencia entre dos bloques, referidos, respectivamente, a los conflictos que se producen en el seno de la sociedad y a aquéllos en los que pueden ser parte los terceros. En el primer bloque se estudian la divergencia de opiniones en torno al valor de la cuota de separación en la transformación (1.) y las diferentes impugnaciones. Dentro de estas últimas, se contemplan de manera diferenciada la impugnación del balance (2.), la disconformidad con el tipo de canje (3.) y otras constelaciones (4.). Además, se toman en consideración las especialidades de la acción de nulidad (5.).

1. Valoración de la cuota del socio que se separa

El ordenamiento prevé un derecho de separación en supuestos de transformación. El socio que votase en contra del acuerdo de modificación estructural puede decidir el abandono de la compañía (art. 15.1 LME). Del mismo modo, si la operación tiene como consecuencia un cambio en el régimen de responsa-

legal (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008, asunto C-338/06, Comisión de las Comunidades contra Reino de España)», *RdS*, 2009, núm. 33, pp. 237-264.

⁸¹ GIMENO RIBES, M.; *Endeudamiento*, cit., pp. 227-231.

bilidad de algunos socios, éstos deben aceptarlo explícitamente, quedando fuera de la sociedad resultante en caso contrario (art. 15.2 LME). Es sabido que esta previsión tiene que ver con aquellos casos en los que una compañía capitalista pasa a ser una sociedad de personas⁸². No se trata propiamente de un derecho de separación, sino de una suerte de fórmula de exclusión salvo consentimiento⁸³. A los anteriores se añaden sendos derechos genuinos a dejar de encontrarse en el capital en caso de que cambie la ley aplicable a la compañía resultante de una modificación estructural. Esto ocurre si se trata de una fusión transfronteriza (art. 62 LME) o de un traslado internacional del domicilio (art. 99 LME). Lo mismo o similar deberá preverse para las escisiones cuando sea traspuesta la Directiva 2019/2121⁸⁴. Este derecho asistirá al socio que pase a formar parte de una sociedad (beneficiaria) que tenga su domicilio estatutario en un Estado miembro distinto (art. 160decies).

El conflicto puede producirse en relación con la valoración de la cuota. En caso de falta de acuerdo entre el socio y la compañía sobre su concreta cuantía o, alternativamente, sobre la persona que deba determinarlo, debe solicitarse al registro mercantil el nombramiento de un experto independiente (art. 353.1 LSC). Pese a alguna opinión⁸⁵, mayoritariamente se acepta el cuestionamiento de la actuación de este sujeto en sede judicial⁸⁶. Esto puede ocurrir cuando la conclusión del tercero diste ostensiblemente del valor razonable⁸⁷. En la medida en que se trata de una materia disponible, también cabe la sumisión a arbitraje⁸⁸.

No debe producirse confusión semántica en este caso con otro supuesto. Cabe pensar a tal efecto en la figura del arbitrador (art. 1447.I CC)⁸⁹. Pese a encontrarse en sede de compraventa, puede pensarse en una previsión estatutaria que modifique la regla del art. 353.1 LSC. En tal caso, el socio y la compañía se obligarían a aceptar la decisión de un tercero. Puede tratarse en este caso también de un

⁸² LEÓN SANZ, F. J.; «Artículos 88-91» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 988-1029, pp. 1004-1009; PALÁ LAGUNA, R.; «Transformación de sociedades personalistas» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 321-372, pp. 366-368.

⁸³ GIMENO RIBES, M./LIEFKE, J.; «§ 15 Spanien» en JUNG, S./KREBS, P./STIEGLER, S. (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht in Europa*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 1269-1402, Mg. 417.

⁸⁴ Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas (DOUE L 321, de 12 de diciembre de 2019, pp. 1-44).

⁸⁵ LEÓN SANZ, F. J.; «Artículos 88-91», cit., p. 1007 advierte de algunas dificultades.

⁸⁶ MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 173; BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.; *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 161.

⁸⁷ MARTÍNEZ SANZ, F.; *La separación*, cit., p. 173; BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.; *Separación*, cit., p. 163.

⁸⁸ Ya lo aceptaba MUÑOZ PLANAS, J. M.; «Algunos...», cit., p. 483.

⁸⁹ Véase GALLEGOS SÁNCHEZ, E.; «Sobre...», cit., pp. 47-48; ALFARO ÁGUILA-REAL, J./CAMPINS VARGAS, A.; «Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario», *RdS*, 2010, núm. 35, pp. 301-310, p. 305.

experto independiente designado por el registro mercantil. En puridad, la cláusula adelantaría la tercera de las posibilidades contempladas en el citado precepto. Por las razones antedichas, nada parece impedir que esta determinación del valor pueda dar lugar a una controversia y que ésta sea resuelta en sede arbitral. Podría contemplarse en los estatutos tanto al arbitrador, como al árbitro, incluso de forma cumulativa.

2. Impugnación del balance

Un segundo conflicto de posible sumisión a arbitraje es la impugnación del balance de fusión (art. 38 LME). Lo mismo resulta aplicable a la escisión (art. 73 LME). Esta controversia es la primera de las que tienen que ver con impugnaciones de acuerdos de la junta general. Es sabido que el balance constituye el documento contable a partir del que se configura el proyecto y, fundamentalmente, se determina el tipo de canje. El precepto que contempla la posibilidad impugnatoria tiene un tenor fragmentario. En esencia, alude a la ausencia de consecuencias para la modificación estructural y a la posibilidad de valoración de una indemnización compensatoria por experto independiente.

El *dies a quo* del plazo mensual para la solicitud de designación de experto es la publicación del acuerdo en el BORME y no la inscripción registral de la fusión. Esto ha conducido a la doctrina a entender que el legislador se refiere a una impugnación parcial del acuerdo de modificación estructural⁹⁰. En realidad, otra exégesis no es posible, en la medida en que la explícita alusión lo convierte en acuerdo autónomo. Sólo así se comprende la regla impugnatoria de una decisión de la junta general (art. 204 LSC). La pretensión de invalidez posterior a la inscripción de la fusión o escisión (art. 47 LME) supone un ataque a la operación en su conjunto. No se puede desgajar el acuerdo relativo al balance en este caso. En tanto impugnación de acuerdo, si la controversia se somete a arbitraje estatutario, rige lo previsto en el art. 11bis.3 LA.

Ahora bien, el art. 38 LME está destinado a garantizar que la modificación estructural se sustancie. Desde este punto de vista, la regla de la ausencia de efectos del primer inciso de la norma⁹¹ es comparable con las restricciones introducidas en el régimen de impugnación con ocasión de la Ley 31/2014. A tal efecto, el legislador entiende que la consecuencia de propiedad es especialmente gravosa. La posible afectación de quien impugna puede resolverse mediante la indemnización correspondiente sin especial menoscabo de su posición jurídica. La opción contraria en el mejor de los casos paraliza la operación. En el régimen general, esto ocurre con los socios que no cuentan con una participación en el capital so-

⁹⁰ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; «Informe...», cit., pp. 524-525.

⁹¹ Véase bajo el régimen anterior equivalente LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.; «Artículo 239» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2284-2302, p. 2302.

cial de al menos un 1% (art. 206.1 LSC)⁹². Por su parte, en sede de impugnación del balance, se activa una compensación para el socio cuando del documento se derive una incorrecta determinación del tipo de canje (art. 38.II LME), siempre y cuando se hubiese previsto en los estatutos o en la junta que adoptó el acuerdo. Pese a todo, no puede ignorarse que, en este caso, puede verse afectada de manera indirecta la posición jurídica del socio en la compañía resultante. Cabe pensar que las desviaciones no sean excesivas, de manera que una parte de la participación en el capital no sea abonada mediante nuevos títulos, sino en forma de cantidad dineraria⁹³. La proporción ha tenido relevancia a efectos del Derecho derivado⁹⁴.

En tanto controversia sometida a arbitraje⁹⁵, la cuestión plantea algún interrogante interpretativo. En principio, la legitimación para el ejercicio de la acción no se restringe a los socios. Los administradores y los terceros con interés legítimo también cuentan con ella. La ausencia de referencias al respecto en la norma reguladora no constituye un argumento en contra (art. 38 LME). Sin perjuicio de sus particularidades, se trata, como se ha advertido, de la impugnación de un acuerdo de la junta general. En consecuencia, debe regirse por las reglas generales sobre este mecanismo (arts. 204-208 LSC). De entre los últimos sujetos mencionados, cabe la posibilidad de que algunos no se encuentren vinculados por el convenio arbitral. Esto puede ocurrir cuando conste en los estatutos. Procede, en consecuencia, delimitar en concreto qué terceros pueden acudir a la vía judicial. El usufructuario y el acreedor pignoraticio de una acción o participación no tienen la condición de socio (arts. 127.1 y 132.1 LSC). Son habitualmente considerados terceros con interés legítimo⁹⁶. Parece lógico entender que en caso de impugnación de balance también lo sean. En último término, no son ajenos a las vicisitudes de la posición del titular. A ello se añade en el caso de usufructo la obligación general de conservación de la sustancia (art. 467 CC). Con todo, puede entenderse que estos sujetos también queden vinculados por la cláusula de arbitraje⁹⁷. Primero, porque la legislación específicamente prevé el pacto en

⁹² Véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.; «El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales en las sociedades de capital. Las causas de invalidez y los motivos de inimpugnabilidad», *RDBB*, 2015, núm. 137, pp. 63-114, p. 95; MASSAGUER FUENTES, J.; «Artículo 206» en JUSTE MENCIA, J. (Coord.); *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 247-269, Mgs. 27-29.

⁹³ Como fórmula parcial de *cash-out merger*. Véase ALLEN, W. T./KRAAMAN, R./SUBRAMANIAN, G.; *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Wolters Kluwer, New York, 2012, pp. 492-493. Entre nosotros, PÉREZ TROYA, A.; *La tutela*, cit., pp. 126-127.

⁹⁴ Véase en relación con el umbral del 10% los artículos 90 y 116 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 (DOUE L 169, de 30 de junio de 2017, pp. 46-127).

⁹⁵ Véase la consideración de MUÑOZ PLANAS, J. M.; «Algunos...», cit., p. 483; OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., p. 33.

⁹⁶ FARRANDO MIGUEL, I.; «El nuevo régimen de legitimación en la impugnación de acuerdos sociales (art. 206.1 a 4 LSC)» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./FARRANDO MIGUEL, I./TENA ARREGUI, R. (Dirs.); *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 415-451, p. 427; MASSAGUER FUENTES, J.; «Artículo 206», cit., Mgs. 19, 38.

⁹⁷ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., pp. 36-37; SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugna-

contrario en el documento fundacional en el que se confiera la condición de socio a cualquiera de los indicados (arts. 127.1 y 132.1 LSC). Segundo, porque ambos derechos reales suponen componentes desgajados del dominio sobre aquello de lo que se deriva la referida condición⁹⁸. Por lo demás, en el caso del usufructuario, éste queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de los derechos vinculados a la acción o participación (art. 127.1.III LSC).

Cuestión distinta es la del resto de terceros, fundamentalmente, los acreedores. Es pacífico que no quedan vinculados por el convenio arbitral⁹⁹. No son parte en el contrato de sociedad ni tienen una posición orgánica en la persona jurídica. Sin embargo, es difícil pensar en un interés legítimo en la impugnación del balance (art. 206.1 LSC *a contrario*). Es dudosa la posible afectación de su crédito por un balance que no se corresponda con la realidad. Con independencia del valor asignado, que sí que tiene relevancia para el reparto del capital, el activo y el pasivo se integrarán en todo caso en la sociedad resultante por efecto de la sucesión universal. El fundamento de la pretensión relativa al documento contable suele derivarse de un cambio en el valor del activo¹⁰⁰. En la medida en que se integre en el bloque patrimonial conjunto, el acreedor no ve mermadas las posibilidades de realización de su derecho. A ello se añade la existencia de otro instrumento específico de tutela como es el derecho de oposición (art. 44 LME)¹⁰¹. Cabe pensar, por lo demás, que la razón de la oposición no sea la falta de correspondencia entre el balance y la realidad¹⁰².

Las consideraciones anteriores conducen a la conclusión de que la existencia de procedimientos paralelos —arbitral y judicial— es relativamente improbable. La única excepción notable la constituye la legitimación universal en caso de que el balance contravenga el orden público (art. 206.2 LSC). Sin embargo, es difícil encontrar un supuesto de estas características en el que no sea el acuerdo de fusión en su conjunto el que deba ser declarado inválido.

En caso de hacer uso de la posibilidad del art. 38.II LME, el registrador mercantil nombrará un experto independiente que calculará la indemnización correspondiente. Esta circunstancia no parece precluir una ulterior impugnación del cálculo realizado por el referido sujeto. Los argumentos expuestos al tratar la

ción...», cit., p. 109. De la opinión contraria, TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 136; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.; «Artículo 11bis», cit., p. 347.

⁹⁸ Véase conceptualmente sobre otros supuestos de disociación de derechos del socio, IRIBARREN BLANCO, M.; «La reserva de los derechos políticos en la compraventa de acciones con precio aplazado», *RDM*, 2013, núm. 290, pp. 271-292.

⁹⁹ OLAZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., p. 41; TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 137; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.; «Artículo 11bis», cit., p. 347.

¹⁰⁰ En relación con los cambios en la valoración, véase LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.; «Artículo 239», cit., p. 2301; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; «Informe...», cit., p. 523.

¹⁰¹ Véase PÉREZ TROYA, A.; *La determinación del tipo de canje en la fusión de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 134-135.

¹⁰² Sobre la utilización del derecho de oposición en sede de escisiones, GIMENO RIBES, M.; «La tutela de los acreedores en la escisión parcial», *RJN*, núm. 94, 2015, pp. 391-424, pp. 405-413.

cuota de separación pueden traerse también aquí¹⁰³. En tal caso, un convenio arbitral que abarque la generalidad de las controversias cubre este conflicto.

3. Impugnación del acuerdo de fusión o escisión por razón del tipo de canje

La segunda de las impugnaciones de acuerdos que puede darse en sede de modificaciones estructurales es la de la propia operación. El régimen jurídico aplicable es el general de los arts. 204-208 LSC. A los preceptos citados debe añadirse la especialidad arbitral ya referida del art. 11bis.3 LA. A efectos expositivos, se diferencia entre la impugnación derivada de la incorrecta determinación del tipo de canje en fusiones y escisiones y las que tienen otra razón de ser. El segundo grupo se trata en el siguiente apartado. La problemática de la sumisión a arbitraje de la impugnación del acuerdo por razón del tipo de canje no ha recibido especial atención. Con todo, en la doctrina comparada se ha aceptado como posibilidad¹⁰⁴. El carácter disponible es incontrovertido (art. 2.1 LA), dado que su incorrección no exige el obligatorio inicio de un procedimiento judicial.

Esta constelación presenta algunas particularidades. En primer lugar, cuando se impugna el acuerdo de modificación estructural, se ataca la operación en su conjunto. La separabilidad de componentes a estos efectos sólo está prevista en relación con el balance (art. 38 LME). Por ello, se da la posibilidad alternativa de utilizar el instrumento del art. 38.II LME. La compensación pecuniaria cuando el tipo de canje sea incorrecto evita los costes judiciales (o arbitrales). Además de la gravosidad para la sociedad, si el acuerdo queda sin efecto como consecuencia de la impugnación, no existe garantía de que el tipo de canje vaya a ser recalculado¹⁰⁵. Esto es especialmente cierto en la fusión, en la que hay varias compañías implicadas. También es relevante esta circunstancia en una escisión en la que las beneficiarias preexistan.

En segundo lugar, se plantea la cuestión del círculo de legitimados. La posibilidad impugnatoria de socios y administradores es evidente. Las razones para tal afirmación son las expuestas en relación con el balance¹⁰⁶. De igual modo, resulta dudoso el interés legítimo de determinados terceros. El derecho de oposición sirve como instrumento de tutela sustitutivo. En consecuencia, el problema de los procedimientos paralelos aparecerá en esencia cuando se impugne con fundamento en la contravención del orden público. La incorrecta valoración del tipo de canje no responde a ello.

¹⁰³ Véase *supra* III.1.

¹⁰⁴ WESTERMANN, H. P.; «Schiedsgerichte...», cit., p. 47.

¹⁰⁵ No debe ignorarse que en éste entran en juego intereses de las diferentes compañías involucradas. Sobre la cuestión, PÉREZ TROYA, A.; *La determinación*, cit., pp. 87-95. Sobre la idea de razonabilidad frente a exactitud, PÉREZ TROYA, A.; *La tutela*, cit., p. 185.

¹⁰⁶ Véase *supra* III.2.

4. Otras impugnaciones del acuerdo de modificación estructural

El resto de los supuestos de impugnación del acuerdo de modificación estructural sí que puede dar lugar al referido problema de los procedimientos paralelos. Los acreedores, no vinculados por el convenio arbitral estatutario, pueden tener interés legítimo. Un ejemplo de una situación de estas características la constituye la fusión apalancada. Puede ocurrir que la junta general vote a favor del acuerdo pese a que el experto independiente haya manifestado la falta de razonabilidad de lo previsto por los administradores en el informe (art. 35.3.^a LME). En particular, puede haberse considerado que las posibilidades de repago de la deuda de la sociedad resultante eran quiméricas¹⁰⁷. Algo similar puede ocurrir en la escisión. Una distribución asimétrica de activos y pasivos entre las sociedades beneficiarias puede perjudicar a aquellos acreedores menos favorecidos, que vean peligrar su crédito. El fundamento de la impugnación para la que estarían legitimados podría encontrarse en el incumplimiento de la pauta del reparto según unidades económicas (arts. 70.1 y 71 LME)¹⁰⁸.

En caso de procedimiento paralelo no hay solución jurídica clara¹⁰⁹. En esencia, se trata de aquellas constelaciones en las que un socio, vinculado por el convenio arbitral, inicie un procedimiento de estas características y un acreedor acuda a la vía judicial. La resolución de la problemática es consecuencia del resultado de la sentencia y del laudo. En cualquier caso, si una de las dos resoluciones estima la impugnación, el acuerdo de la junta general queda sin efecto. El procedimiento más tardío deja de tener una pretensión, por lo que debe terminar. La única excepción la constituyen los posibles pedimentos añadidos. Fundamentalmente puede requerirse una indemnización por los efectos producidos (art. 204.2.III LSC), sin perjuicio de que un acuerdo de modificación estructural no los despliega verdaderamente, en la medida en que la operación no ha sido inscrita. El problema se produce cuando la primera es desestimatoria y, sin embargo, la segunda da la razón al demandante. En tales casos, el acuerdo finalmente deja de desplegar efectos¹¹⁰. Otra cosa es lo que ocurre con el resto de las pretensiones que hubiesen sido desestimadas en la primera resolución, fundamentalmente si eran indemnizatorias.

¹⁰⁷ GIMENO RIBES, M.; *Endeudamiento*, cit., pp. 303-306.

¹⁰⁸ Véase ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; «La escisión de sociedades» en ALONSO UREBA, A./CHICO ORTIZ, J. M./LUCAS FERNÁNDEZ, F. (Dirs.); *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1987, pp. 663-709, p. 691; GARRIDO DE PALMA, V.; «La escisión de sociedades mercantiles», *RJN*, 2012, núm. 81, 2012, pp. 147-166, p. 155. Véase también sobre la idea de unidad económica, CERDÁ ALBERO, F.; *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 204-216; OLEO BANET, F.; *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 178-185.

¹⁰⁹ Véanse las consideraciones al respecto de OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., p. 41; GALLEGU SÁNCHEZ, E.; «Sobre...», cit., pp. 55-56.

¹¹⁰ Véase *infra* III.5.

5. Acción de nulidad y responsabilidad de la sociedad resultante

La acción de nulidad presenta algunas especialidades si es comparada con las diferentes impugnaciones de acuerdos. Como es sabido, el art. 47 LME establece la posibilidad de impugnar la modificación estructural una vez está inscrita. El precepto no sólo resulta aplicable a la fusión, sino también a la escisión y a la cesión global de activo y pasivo (arts. 73 y 90 LME). Las posibilidades de este mecanismo procesal se encuentran doblemente restringidas por razón del plazo (tres meses) y del fundamento de la acción (contravención de la LME)¹¹¹. A los efectos del arbitraje, hay varias cuestiones a considerar. En primer lugar, parece oportuno entender que la designación de quien deba resolver ha de tener lugar también por una institución en tanto tercero independiente (art. 11bis.3 LA). El precepto alude meramente a la impugnación de acuerdos. Sin embargo, la lógica del supuesto es comparable. De hecho, las implicaciones para el resto de legitimados son más evidentes¹¹². Debe tenerse en cuenta que la consecuencia es mucho más relevante en términos patrimoniales y de la posición jurídica del socio que en un mero acuerdo. Dándose identidad de razón, procede la extensión analógica.

En segundo lugar, ocurre algo similar con la pauta establecida en la legislación arbitral en materia de acuerdos inscribibles (art. 11ter LA). Nuevamente, no se trata propiamente de una impugnación de acuerdo, sino de una decisión inscribible. En consecuencia, es necesaria la publicación del laudo que estime la acción de nulidad en el registro mercantil (art. 11ter.1 LA)¹¹³. El asiento correspondiente a la modificación estructural debe ser igualmente cancelado (art. 11ter.2 LA)¹¹⁴.

En tercer lugar, también en sede de acción de nulidad puede plantearse la problemática de los procedimientos paralelos. Las soluciones expuestas en sede de impugnación de acuerdos resultan trasladables¹¹⁵. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que el convenio arbitral relevante es el que se encuentra en la sociedad resultante¹¹⁶. Pese a todo, la sumisión de la acción de nulidad a arbitraje puede no derivarse de lo indicado en los estatutos, sino del proyecto. Esto sólo ocurrirá si la contravención de la legislación sobre modificaciones estructurales se ha producido con posterioridad a la adopción del acuerdo¹¹⁷. En esta circunstancia, la doble vía —judicial y arbitral— tiene lugar entre socios de la misma compañía. Estarán vinculados por el convenio los que hubiesen votado a favor en el acuerdo. Con independencia de las posibles inconsistencias, lo relevante parece ser la referencia del art. 11ter.2 LA. En puridad, se trata de una regla vinculada a la impugna-

¹¹¹ Para un análisis amplio sobre la distinción entre ambos institutos, PÉREZ TROYA, A.; *La tutela*, cit., pp. 422-440.

¹¹² Véase DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones...» cit., pp. 1547-1548.

¹¹³ Sobre la forma que debe tener el laudo para poder ser inscrito, TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 139.

¹¹⁴ Véase antes de la reforma de 2011 de la legislación arbitral, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «La fase...», cit., p. 698.

¹¹⁵ Véase *supra* III.4.

¹¹⁶ Véase *supra* II.2.4.

¹¹⁷ Véase *supra* II.3.1.

ción de acuerdos sociales (art. 208.2 LSC)¹¹⁸. Sin embargo, la cancelación de lo inscrito puede aplicarse a supuestos de acción de nulidad, al menos por analogía, al constatarse identidad de razón. En caso de existencia de dos procedimientos paralelos —judicial y arbitral— iniciados por socios de diferentes sociedades fusionadas, los efectos registrales acabarán primando¹¹⁹. Así, si el primero que concluye estima la acción, el segundo debe terminar. Si ocurre lo contrario, no parece que los efectos de cosa juzgada material de la desestimación (art. 222.3 LEC) deban primar sobre los registrales en caso de que el segundo procedimiento estime la pretensión¹²⁰.

Finalmente, en cuarto lugar, procede tener en cuenta la posibilidad de resarcimiento en caso de que la operación no pueda ser declarada nula (art. 47.1.II LME). Las pautas analizadas en relación con la falta de legitimación para impugnar un acuerdo por no alcanzar la participación correspondiente (art. 206.1.II LSC) pueden traerse a colación aquí¹²¹. Así, la responsabilidad de la sociedad con fundamento en el indicado precepto no constituye un supuesto de necesario arbitraje institucional en el sentido del art. 11bis.3 LA.

IV. CONTROVERSIAS CON TERCEROS

Entre las controversias que también pueden potencialmente ser sometidas a arbitraje se encuentran aquéllas en las que una de las partes es un tercero. A tal efecto, seguidamente se da cuenta de la responsabilidad del administrador (1.), de la del experto independiente (2.) y del supuesto de responsabilidad solidaria de las compañías que participan en una escisión o en una cesión global de activo y pasivo (3.).

1. Responsabilidad del administrador

La responsabilidad de los administradores constituye un supuesto que también puede tener como fundamento la vulneración de alguna regla contenida en la legislación sobre modificaciones estructurales (art. 236.1 LSC). Entre ellas, las más relevantes son las que puedan derivarse de una incorrecta determinación del tipo de canje y de la grave incorrección en la prognosis de repago de la deuda de la sociedad resultante en la fusión apalancada. En relación con estos extremos, debe

¹¹⁸ OLAVARRÍA IGLESIA, J.; «Artículo 11ter» en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 694-705, p. 694; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.; «Artículo 11ter» en PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid: La Ley, 2013, pp. 369-383, p. 370; TARRÍO BERJANO, M. G.; «Artículo 11ter». En: GONZÁLEZ-BUENO, C. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 301-308, p. 303.

¹¹⁹ Sobre la idea de procedimientos paralelos, RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; «El Arbitraje...», cit., p. 115.

¹²⁰ Similar, SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación...», cit., pp. 113-114.

¹²¹ Véase *supra* II.2.3.

tenerse en cuenta que la aprobación del acuerdo no exonera al gestor (art. 236.2 LSC). Son diversos los interrogantes interpretativos que surgen en relación con esta controversia.

En esencia, cabe preguntarse por la vinculación de las partes al convenio arbitral. A efectos expositivos, procede realizar una diferenciación entre legitimados activos y pasivos¹²². Sólo cuando ambas partes estén afectadas deberá entenderse que procede acudir a este medio alternativo de resolución de conflictos. Empezando por el legitimado pasivo, se ha puesto de manifiesto que el administrador ostenta una posición orgánica en la persona jurídica¹²³. Por ello, está afectado por el arbitraje estatutario. Con todo, también puede tener otros anclajes. Cabe tener en cuenta, en primer lugar, que el convenio incorporado al proyecto de modificación estructural ha sido elaborado por los propios administradores¹²⁴. Así, parece lógico que la controversia derivada del contenido del indicado documento (o incluso del informe que lo explique) deba resolverse en sede arbitral si el demandante también está vinculado. Lo mismo cabe decir, con mayor razón, del convenio localizado en el contrato de consejero ejecutivo. En este caso, el concreto administrador es parte, siendo la sociedad la contraria.

Alguna duda plantean las otras figuras a las que alude el art. 236 LSC. Están contemplados a tal efecto el administrador de hecho (art. 236.3 LSC), el primer ejecutivo (art. 236.4 LSC) y el representante del administrador persona jurídica (art. 236.5 LSC). De los tres casos, tan sólo en el último puede plantearse un convenio inserto en el contrato de consejero ejecutivo¹²⁵. En la medida en que el representante forma parte de la esfera del gestor, el régimen pactado para éste también lo será para aquél. Por su parte, en los supuestos de convenio incorporado al proyecto o a los estatutos, la sumisión a arbitraje de la responsabilidad puede tener relevancia para las tres figuras. Ahora bien, la respuesta a la pregunta sobre la vinculación debe ser necesariamente distinta. El representante del administrador persona jurídica se integra en su esfera. Así, debe considerarse que se encuentra vinculado por el convenio, de igual modo que en el supuesto precedente. No ocurre lo mismo, por el contrario, cuando se trata del primer ejecutivo. Éste no ocupa una posición orgánica, por lo que, en principio, contra él deberá iniciarse un procedimiento judicial¹²⁶. Cuestión distinta, evidentemente, es que demandante y demandado pacten la sumisión de manera específica. Más complejo es el caso del administrador de hecho. Si se trata de un socio mayoritario, los estatutos

¹²² El carácter disponible de esta materia fue aceptado antes que otras como la impugnación de acuerdos. En particular, sobre esta posibilidad con independencia del legitimado activo, MUÑOZ PLANAS, J. M.; «Algunos...», cit., pp. 465-466. Con carácter reciente, CORREA DELCASSO, J. P.; «El arbitraje...», cit., p. 64.

¹²³ Véase *supra* II.1.

¹²⁴ Véase LARGO GIL, R.; «La fase...», cit., pp. 440-444.

¹²⁵ Véase DEL VAL TALENS, P.; *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital. Organización, estatuto y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 313-314.

¹²⁶ La opinión contraria de OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., pp. 42-43 debe entenderse restringida a supuestos en los que se observe un doble vínculo, lo que pone en relación con la doctrina jurisprudencial en materia de retribución.

o el proyecto lo vinculan al menos en su condición de tal¹²⁷. Si es un gestor con cargo caducado, podría pensarse en que, a falta de nuevo nombramiento, ocupa de manera extraordinaria la posición orgánica¹²⁸. Así, también en este segundo caso podría someterse la acción de responsabilidad a arbitraje concurriendo un convenio arbitral en los estatutos o en el proyecto.

Algún interés específico plantea la posible acción de repetición entre los legitimados pasivos de una acción de responsabilidad. Esta controversia, distinta de la anterior, puede plantearse entre los indicados con carácter previo como consecuencia de la solidaridad pasiva (art. 237 LSC). En la medida en que el conflicto tiene un origen societario, puede sostenerse que se encuentre en el ámbito del convenio arbitral. Así las cosas, la sumisión a arbitraje se determinará según la posición de los implicados. A tal efecto, la vinculación al convenio de cada uno de ellos debe seguir el planteamiento recién expuesto.

La afectación de los legitimados activos en la acción de responsabilidad tiene particularidades distintas. Ninguna dificultad plantea la compañía y la minoría en caso de convenio arbitral en los estatutos (arts. 238 y 239 LSC). Una especialidad es el caso de los socios cuando la sumisión se derive del proyecto. Los que no votaron a favor del acuerdo de modificación estructural no quedaban vinculados por el convenio a efectos de la impugnación del acuerdo ni de la acción de nulidad¹²⁹. Es dudoso que lo estén para la acción de responsabilidad, fundamentalmente porque no se ha extendido la regla de la mayoría del art. 11bis.2 LA para su aprobación. Por lo que se refiere a la legitimación subsidiaria de los acreedores (art. 240 LSC), la cuestión puede analizarse desde la óptica de las posiciones jurídicas implicadas. Hay que tener en cuenta que, como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta posibilidad constituye una suerte de acción subrogatoria especial (art. 1111 CC)¹³⁰. En cierto modo, el acreedor ejercita una acción en nombre de un sujeto con el que mantiene una relación crediticia, la sociedad, contra un tercero deudor de la compañía. La consecuencia indemnizatoria que se pueda derivar incrementará el patrimonio de la sociedad, no de quien tiene la legitimación subsidiaria. Por ello, cabe preguntarse si lo relevante a efectos de determinar la sumisión a arbitraje es la relación entre la compañía y el administrador. El planteamiento no resulta apropiado en la medida en que no se trata aquí de la relación jurídica de la que se derive la pretensión. Por el contrario, la circunstancia tiene que ver con las posibilidades del tercero de garantizar su derecho de crédito frente

¹²⁷ Véase OLAZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., p. 43; CORREA DELCASSO, J. P.; «El arbitraje...», cit., p. 59.

¹²⁸ EMBID IRUJO, J. M.; «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la Ley de Transparencia», *RCDI*, 2004, núm. 685, pp. 2379-2416, pp. 2393-2398; HERNANDO CEBRIÁ, L.; «La posición jurídica del administrador con cargo caducado», *CDC*, 2012, núm. 58, pp. 211-248, pp. 240-243.

¹²⁹ Véase *supra* II.2.

¹³⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; «El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores» en JUSTE MENCIA, J./ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (Coords.); *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco*, vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2017, pp. 1121-1167, pp. 1127-1128.

a la sociedad acudiendo a un mecanismo procesal específico. Una interpretación contraria afectaría a su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, cabe pensar en la acción individual de responsabilidad limitada (art. 241 LSC)¹³¹. El planteamiento aquí es parcialmente distinto. Si el legitimado activo es un tercero, es evidente que no se encuentra vinculado por el convenio arbitral inserto en los estatutos o en el proyecto. Si, por el contrario, se trata de un socio, demandante y demandado están afectados por la cláusula de sumisión. Ahora bien, pueden plantearse dudas desde el punto de vista del ámbito de aplicación del convenio. Esto se derivará de la concreta cláusula. La legislación alude en relación con el arbitraje a todas las controversias que surjan en el seno de las sociedades («en ellas») (art. 11bis.1 LA). Una interpretación lógica de esta pauta puede hacer pensar en que el arbitraje estatutario sólo cubre los conflictos surgidos en el marco del contrato de sociedad. Es un lugar común en la doctrina la calificación no contractual de la acción individual¹³². Así, la acción quedaría fuera del negocio jurídico de la compañía. Predicar la extensión de la sumisión a arbitraje de los socios disidentes o ausentes cuando no nos encontramos propiamente dentro del contrato de sociedad supone extralimitar las previsiones legales (arts. 11bis.1 y 2 LA). Esto es así especialmente en la medida en que el daño se produce en el patrimonio del socio o del tercero y no en el de la sociedad.

2. Responsabilidad del experto independiente

En su actuación, el experto independiente puede incurrir en responsabilidad. Esto puede darse en sede general a la hora de valorar la determinación del tipo de canje realizada por el administrador. Por lo demás, también puede ocurrir en relación con otras actuaciones de este sujeto. Entre ellas, se ha hecho alusión con carácter previo a la valoración de la cuota de separación (art. 15 LME, art. 353 LSC), a la compensación dineraria a la que alude el art. 38.II LME y a las posibilidades de repago de la deuda en la sociedad resultante de una fusión apalancada (art. 35.3.^a LME)¹³³. La legislación sobre modificaciones estructurales asimilaba la responsabilidad del experto a la del auditor, resultándole de aplicación algunas de las especialidades de la LAC¹³⁴. Esta pauta fue criticada en la doctrina¹³⁵ y eliminada del art. 34 LME.

¹³¹ Véase PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.; «El arbitraje...», cit., pp. 963-964. Sobre las dificultades de sumisión a arbitraje de la acción individual, debido a la realidad fáctica, CORREA DELCASSO, J. P.; «El arbitraje...», cit., p. 65.

¹³² ALFARO ÁGUILA-REAL, J.; «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *RdS*, 2002, núm. 18, pp. 45-76, pp. 64-73; MARÍN DE LA BARCENA, F.; *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 230-237; SALDAÑA VILLOLDO, B.; *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 182-212.

¹³³ Véase *supra* III.1, III.2 y III.4.

¹³⁴ Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas (BOE núm. 173, de 21 de julio de 2014, pp. 60273-60366).

¹³⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; «Informe...», cit., pp. 518-519.

En relación con el arbitraje, la indicación recién realizada puede contribuir a la resolución de alguna duda interpretativa. Podría plantearse que el auditor pueda estar vinculado por el convenio arbitral inserto en los estatutos¹³⁶. Su débil fundamento puede encontrarse en la consideración cuasiorgánica del auditor¹³⁷. Con independencia de que este planteamiento no pueda ser aceptado sin ambages, constituye un contundente argumento de contrario en relación con el experto. Precisamente la crítica a la asimilación de su responsabilidad a la del auditor de cuentas tenía que ver con la distinta duración del vínculo con la compañía¹³⁸. Mientras que la relación con el experto independiente es puntual y se restringe al encargo que se deriva de la designación por el registrador mercantil, en el caso del auditor, puede ser extensa en el tiempo. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el experto de ningún modo puede ser considerado vinculado ni por los estatutos ni por el proyecto de modificación estructural. Además del concreto convenio arbitral una vez surgida la controversia, tan sólo cabe pensar en la cláusula inserta en el encargo como fórmula de sumisión¹³⁹.

3. Responsabilidad solidaria de las sociedades intervinientes en escisiones y cesiones globales

La última de las controversias consideradas se refiere a los conflictos surgidos entre acreedores y algunas de las sociedades participantes en escisiones y cesiones globales de activo y pasivo. Es sabido que en estas dos modificaciones estructurales se añade un instrumento de tutela crediticia (arts. 80 y 91 LME) al derecho de oposición (arts. 44, 73 y 88 LME). Este mecanismo opera con carácter *ex post* y responde a una voluntad de incrementar la protección de los terceros por las circunstancias futuras, ya que era mayor el volumen de activos con el que contaban para garantizar su crédito cuando éste surgió¹⁴⁰. Los terceros que no ocupan una posición orgánica en la compañía no se encuentran sometidos al arbitraje si el convenio se encuentra en sede estatutaria o en el proyecto. Ocurre lo mismo que ya se ha advertido en caso de impugnación de acuerdos y de acciones de responsabilidad.

Un conflicto distinto es el que tiene lugar en la repetición si un acreedor se ha dirigido contra una de las obligadas por la totalidad del monto. Debe recordarse que, en la escisión, las beneficiarias responden hasta el límite del activo neto que hubiesen recibido en el reparto. Sin embargo, no hay ningún máximo para la

¹³⁶ No así, OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje...», cit., p. 44; TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula...», cit., p. 136; TARRÍO BERJANO, M.G.; «Artículo 11bis», cit., p. 299. Con dudas, FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.; «El arbitraje...», cit., p. 147 (nota 16).

¹³⁷ VENTORUZZO, M. et al.; *Comparative Corporate Law*, West Academic Publishing, St. Paul, Minnesota, 2015, p. 250.

¹³⁸ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; «Informe...», cit., p. 519.

¹³⁹ Véase *supra* II.4.

¹⁴⁰ CONTRERAS DE LA ROSA, I.; *Cesión*, cit., pp. 267-270; GIMENO RIBES, M.; «La tutela...», cit., *passim*. Con carácter previo ya CERDÁ ALBERO, F.; *Escisión*, cit., pp. 326-328; OLEO BANET, F.; *La escisión*, cit., pp. 349-355.

parcialmente escindida (art. 80 LME). Lo mismo ocurre en relación con la cesión global de activo y pasivo, donde la cedente, al contrario que las cesionarias, no tiene limitación de responsabilidad. La demandada o requerida por el acreedor puede luego solicitar que el resto de las sociedades abonen la parte correspondiente de la deuda. En tales casos, el arbitraje estatutario no entra en juego, ni siquiera si el convenio se encuentra en la parcialmente escindida o en la cedente no extinguida. Pese a que los activos de las beneficiarias y cesionarias provengan de las anteriores, se trata de personas jurídicas diferenciadas. Sin embargo, sí que pueden quedar vinculados si se insertó la cláusula de sumisión en el proyecto de modificación estructural en el caso de la escisión. A fin de cuentas, la responsabilidad solidaria es de naturaleza legal y se deriva precisamente de la existencia de una operación de estas características. Además, el acuerdo fue adoptado por todas las compañías intervinientes (art. 73 en relación con el art. 40 LME)¹⁴¹. No sería el caso de la cesión global de activo y pasivo, en la medida en que el acuerdo tan sólo es adoptado en la junta general de la cedente (art. 87.1 LME).

V. CONCLUSIONES

1. La materia societaria es disponible, ya que el titular del derecho subjetivo puede decidir no acudir a la vía judicial. Las controversias que surjan como consecuencia de una modificación estructural se encuentran dentro de este grupo. Ahora bien, su tratamiento a efectos de la sumisión al convenio arbitral difiere según los sujetos involucrados.

2. El convenio arbitral puede incorporarse a los estatutos si se siguen las pautas establecidas por la legislación sobre el particular. Éste vincula a la compañía y a los socios siempre que el acuerdo de modificación estatutaria se adopte con la mayoría reforzada de dos tercios exigida en la norma. En la medida en que quien se obliga es la persona jurídica, también se aplica el convenio a los administradores, puesto que ocupan una posición orgánica en la sociedad. La mayoría también resulta necesaria cuando se inserta una cláusula de arbitraje en los estatutos de una sociedad resultante de una modificación estructural al adoptar el acuerdo sobre el proyecto.

3. La legislación arbitral exige que, en caso de que la controversia consista en la impugnación de un acuerdo y el convenio se encuentre en los estatutos, la designación del árbitro la realice una institución con independencia de las partes. Esta regla es desde luego aplicable a todas las impugnaciones anteriores a la inscripción registral de la modificación estructural. También lo es a la acción de nulidad, puesto que el fundamento es el mismo. La afectación al resto de socios y la posibilidad de adhesión lo explican.

¹⁴¹ ALONSO ESPINOSA, F. J./LAZARO SÁNCHEZ, E. J.; «Especialidades del procedimiento de escisión» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 209-339, p. 313.

4. El convenio arbitral puede incorporarse en otras sedes. En el contrato de sociedad de personas requerirá de la unanimidad para su inclusión. En el proyecto de modificación estructural se regirá por las normas en la materia. En la medida en que la mayoría reforzada no es necesaria en este último caso, no se encuentran vinculados los socios que votaron en contra. Sin embargo, la cláusula puede resultar útil en relación con los administradores en caso de acción de responsabilidad derivada de alguna cuestión indicada en el proyecto. Ésta puede estar relacionada con el tipo de canje o con las especialidades de la fusión apalancada. Esta localización del convenio también puede ser relevante en acciones de repetición entre sociedades solidariamente responsables tras una escisión.

5. Las reglas de la legislación arbitral sobre acuerdos inscribibles no resulta de aplicación en sede de modificaciones estructurales a las impugnaciones. Éstas se producen con carácter previo a la inscripción. Es a la acción de nulidad, con sus restricciones, a la que se deben referir.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.; «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *RdS*, 2002, núm. 18, pp. 45-76.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J./CAMPINS VARGAS, A.; «Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario», *RdS*, 2010, núm. 35, pp. 301-310.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J./MASSAGUER FUENTES, J.; «Artículo 204» en JUSTE MENCIA, J. (Coord.); *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 155-229.

ALLEN, W. T./KRAAMAN, R./SUBRAMANIAN, G.; *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization*, Wolters Kluwer, New York, 2012.

ALONSO ESPINOSA, F. J./LAZARO SÁNCHEZ, E. J.; «Especialidades del procedimiento de escisión» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 209-339.

ANDREU MARTÍ, M. M.; *La nulidad de la fusión de sociedades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

BONARDELL LENZANO, R./CABANAS TREJO, R.; *Separación y Exclusión de Socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CALABRESI, G./MELAMED, D.; «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harv. L. Rev.*, 1972, vol. 85, núm. 6, 1972, pp. 1089-1128.

- CAMPO VILLEGAS, E.; «El arbitraje en las sociedades mercantiles», *RJC*, 1998, vol. 97, núm. 2, pp. 313-350.
- CARAZO LIÉBANA, M. J.; «La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital», *RDM*, 1998, núm. 229, pp. 1211-1222.
- CERDÁ ALBERO, F.; *Escisión de la sociedad anónima*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.
- CONDE TEJÓN, A.; *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- CONTRERAS DE LA ROSA, I.; *Cesión Global de Activo y Pasivo. Aspectos Contractuales y Societarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- CORREA DELCASSO, J. P.; «El arbitraje societario en España. Aproximación al derecho comparado», *AJA*, 2011, núm. 11, pp. 39-73.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.; «Artículo 2» en PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 63-118.
- «Artículo 11bis» en PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 301-365.
- «Artículo 11ter» en PRATS ALBENTOSA, L. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 369-383.
- DEL VAL TALENS, P.; *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital. Organización, estatuto y responsabilidad*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- «El contrato de consejero ejecutivo. Notas para el desarrollo de su régimen jurídico», *RDBB*, 2018, núm. 149, pp. 95-129.
- DÍAZ MORENO, A.; «Reflexiones críticas sobre la imposición del arbitraje administrado en caso de que estatutariamente se someta a la decisión de árbitros la impugnación de los acuerdos sociales» en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B./COHEN BENCHETRIT, A. (Dir.); *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1531-1564.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J.; «La fusión en el Proyecto de reforma del Derecho de las Sociedades de Capital y su comparación con el Derecho comunitario de la Tercera Directiva», *RDBB*, 1988, núm. 32, pp. 719-782.

- EMBED IRUJO, J. M.; «En torno a la nulidad de la fusión y de la escisión en la nueva Ley de Sociedades Anónimas», *RGD*, 1990, núms. 550-551, pp. 5605-5618.
- «En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)», *CDC*, 1991, núm. 9, pp. 13-38.
- «Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles» en AA.VV.; *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea: Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 291-302.
- «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica en la ley de sociedades anónimas» en AA.VV.; *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, vol. 1, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1023-1046.
- «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la Ley de Transparencia», *RCDI*, 2004, núm. 685, pp. 2379-2416.
- «Artículo 235» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2254-2262.
- «Artículo 236» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2262-2270.
- «Artículo 240» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.); *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2302-2317.
- «Mediación y Derecho mercantil» en BOLDÓ RODA, C. (Dir.); *Mediación en asuntos mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 25-46.
- «Concepto, delimitación y tipología de las sociedades de capital» en EMBED IRUJO, J. M. (Dir.); *Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 13-36.
- FARRANDO MIGUEL, I.; «El nuevo régimen de legitimación en la impugnación de acuerdos sociales (art. 206.1 a 4 LSC)» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./FARRANDO MIGUEL, I./TENA ARREGUI, R. (Dirs.); *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2015, pp. 415-451.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; *La atipicidad en derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977.

— «Oferta pública de adquisición y fusión de sociedades», *RdS*, 1994, núm. 3, pp. 242-255.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.; «Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral», *RCDI*, 1992, núm. 612, pp. 2033-2053.

— «La fase de ejecución (Escritura Pública e Inscripción en el Registro. Impugnación)» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dir.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 645-720.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, J.; «El arbitraje societario tras la última reforma», *AAMN*, 2012, núm. 52, pp. 141-156.

FLEISCHER, H.; «Entwicklungslinien des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts. Rechtsvergleichung — Dogmengeschichte — Reformvorschläge» en FLEISCHER, H./KALSS, S./VOGT, H-U. (Hrsg.); *Aktuelle Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2012*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 67-165.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.; «Sobre el arbitraje estatutario. En particular, el de equidad», *RdS*, 2009, núm. 32, pp. 43-78.

GARRIDO DE PALMA, V.; «La escisión de sociedades mercantiles», *RJN*, 2012, núm. 81, pp. 147-166.

GIMENO RIBES, M.; *Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades. Contribución al estudio de la fusión apalancada*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

— «La tutela de los acreedores en la escisión parcial», *RJN*, 2015, núm. 94, pp. 391-424.

GIMENO RIBES, M./LIEFKE, J.; «§ 15 Spanien» en JUNG, S./KREBS, P./STIEGLER, S. (Hrsg.); *Gesellschaftsrecht in Europa*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 1269-1402.

GIRÓN TENA, J.; *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952.

— *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976.

GÓMEZ PORRÚA, J. M.; «18 de abril de 1998. Sociedades anónimas. Impugnación de acuerdos sociales. Sumisión a arbitraje», *CCJC*, núm. 48, 1998, pp. 1109-1132.

- «La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital» en AA.VV.; *Derecho de sociedades. Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1925-1976.
- GONZÁLEZ NAVARRO, A.; «La inoponibilidad de las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje a los socios disidentes o ausentes», *RGDP*, 2014, núm. 34, pp. 1-17.
- GUASP, J.; *El arbitraje en el derecho español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956.
- HERNÁNDEZ-GIL, A.; «Artículo 2» en DE MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S. (Coord.); *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 114-175.
- HERNANDO CEBRIÁ, L.; «La posición jurídica del administrador con cargo caducado», *CDC*, 2012, núm. 58, pp. 211-248.
- «La mediación en el ámbito del derecho de sociedades» en BOLDÓ RODA, C. (Dir.); *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 247-284.
- IRIBARREN BLANCO, M.; «La reserva de los derechos políticos en la compraventa de acciones con precio aplazado», *RDM*, 2013, núm. 290, pp. 271-292.
- LARGO GIL, R.; «La fase previa y el proyecto de fusión» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 421-487.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.; «Artículo 239» en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 2284-2302.
- LEÓN SANZ, F. J., «Artículos 88-91», en ARROYO MARTÍNEZ, I./EMBED IRUJO, J. M./GÓRRIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 988-1029.
- «Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dirs.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, pp. 89-133.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.; *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

MARTÍ MOYA, V.; *El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles: preparación, adopción e impugnación del acuerdo*, Comares, Granada, 2010.

MARTÍN MORAL, M. F.; «El arbitraje estatutario en las sociedades de capital», *RdS*, 2017, núm. 51, pp. 255-274.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A.; «Los derechos individuales de los socios como límite a los poderes de la junta general de la sociedad limitada: Una aproximación crítica» en SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C./OLEO BANET, F./MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (Coords.); *Estudios de Derecho Mercantil. En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 237-276.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.; «Impugnación de acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades Anónimas y arbitraje», *RdS*, 1998, núm. 11, pp. 335-362.

— «La modificación de los estatutos para extender la cláusula arbitral a las controversias sobre la impugnación de los acuerdos de la Junta General de una SRL. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007», *RdS*, 2008, núm. 30, pp. 437-466.

— «El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales en las sociedades de capital. Las causas de invalidez y los motivos de inimpugnabilidad», *RDBB*, 2015, núm. 137, pp. 63-114.

MARTÍNEZ SANZ, F.; «La nulidad de la fusión en la Ley de Sociedades Anónimas», *RDM*, 1990, núm. 195, pp. 65-93.

— *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

MASSAGUER FUENTES, J.; «Artículo 206» en JUSTE MENCÍA, J. (Coord.); *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas*, Civitas, Cizur Menor, 2015, pp. 247-269.

MERINO MERCHÁN, J. F.; «Artículo 2» en GONZÁLEZ-BUENO, C. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 43-61.

MONTERO AROCA, J./ESPLUGUES MOTA, C.; «Artículo 2» en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.^a ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 123-171.

MUÑOZ PLANAS, J. M.; «Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles» en AA.VV.; *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 379-495.

- MUÑOZ PLANAS, J. M./MUÑOZ PAREDES, J. M.; «La impugnación de acuerdos de la Junta General mediante arbitraje», *RDM*, 2000, núm. 238, pp. 1411-1478.
- NOVAL PATO, J.; *Los pactos omnilaterales. Su oponibilidad a la sociedad, diferencia y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, F.; «El arbitraje societario en los tiempos de la globalización», *AJA*, 2006, núm. 7, pp. 9-66.
- OLAVARRÍA IGLESIA, J.; «Artículo 11bis» en BARONA VILAR, S. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 645-693.
- «Artículo 11ter» en BARONA VILAR, S. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 694-705.
- OLEO BANET, F.; *La escisión de la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995.
- OLIVENCIA RUIZ, M.; «Ley de Arbitraje. Cláusula estatutaria arbitral y Anteproyecto de Código Mercantil» en MORILLAS JARILLO, M. J./PERALES VISCASILLAS, P./PORFIRIO CARPIO, L. (Dir.); *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, pp. 716-725.
- PALÁ LAGUNA, R.; «Transformación de sociedades personalistas» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dir.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 321-372.
- PAZ-ARES, C.; «La sociedad en general: Elementos del contrato de sociedad» en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (Dir.); *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 503-529.
- «La sociedad colectiva: Posición del socio y distribución de resultados» en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (Dir.); *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 639-658.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.; «El arbitraje societario» en DE MARTÍN MUÑOZ, A./HIERRO ANIBARRO, S. (Coord.); *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 959-972.
- PÉREZ MILLÁN, D.; «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», *RDBB*, 2010, núm. 117, pp. 231-260.
- PÉREZ TROYA, A.; *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Civitas, Madrid, 1998.

— *La determinación del tipo de canje en la fusión de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

PICÓ I JUNOY, J./VÁZQUEZ ALBERT, D.; «El arbitraje en la impugnación de acuerdos sociales. Nuevas tendencias y nuevos problemas», *RdS*, 1998, núm. 11, pp. 183-204.

POLO SÁNCHEZ, E.; «Introducción y ámbito de eficacia de la cláusula compromisoria en las sociedades mercantiles» en AA.VV.; *Seminario sobre Arbitraje en las Sociedades Mercantiles*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Barcelona, 1992, pp. 64-100.

RECAMÁN GRAÑA, E.; «La responsabilidad de los administradores en relación con la determinación del tipo de canje en la fusión», *RdS*, 2012, núm. 39, pp. 107-128.

RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.; *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Bosch, Barcelona, 2010.

— «El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado», *RdS*, 2011, núm. 37, pp. 103-118

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; «La escisión de sociedades» en ALONSO UREBA, A./CHICO ORTIZ, J. M./LUCAS FERNÁNDEZ, F. (Dirs.); *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1987, pp. 663-709.

— «El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores» en JUSTE MENCÍA, J./ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (Coords.); *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco*, vol. I., Civitas, Cizur Menor, 2017, pp. 1121-1167.

SALDAÑA VILLOLDO, B.; *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

SÁNCHEZ GIMENO, S.; «Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje», *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2018, núm. 49, pp. 104-114.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; «Informe de los Administradores y de los expertos independientes. Balance de fusión» en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (Dir.); *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 489-526.

- «La retribución de los consejeros ejecutivos» en JUSTE MENCÍA, J./ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (Coords.); *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco*, vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2017, pp. 353-386.
- TAPIA HERMIDA, A.; «La supresión del derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas y una cuestionable modificación legal (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008, asunto C-338/06, Comisión de las Comunidades contra Reino de España)», *RdS*, 2009, núm. 33, 2009, pp. 237-264.
- TARRÍO BERJANO, M. G.; «La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación», *CDC*, núm. 55, 2011, pp. 125-142.
- «Artículo 11bis» en GONZÁLEZ-BUENO, C. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 275-300.
- «Artículo 11ter» en GONZÁLEZ-BUENO, C. (Coord.); *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 301-308.
- URÍA, R.; «Artículo 70» en GARRIGUES, J./URÍA, R.; *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 630-655.
- VENTORUZZO, M. et al.; *Comparative Corporate Law*, West Academic Publishing, St. Paul, Minnesota, 2015.
- VICENT CHULIÁ, F.; «El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales», *RGD*, 1998, núms. 646-647, pp. 9355-9372.
- WESTERMANN, H. P.; «Schiedsgerichte in kapitalgesellschaftsrechtliche Streitigkeiten», *ZGR*, vol. 46, 2017, núm. 1, pp. 38-60.

(Trabajo recibido el 24/09/2020
y aceptado para su publicación el 19/10/2020)

TRATAMIENTO CONTABLE DE LAS CRIPTODIVISAS Y SU IMPACTO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

Asociado Principal del Área de Fiscal del Despacho Cuatrecasas

RESUMEN

En el año 2019, el Comité de Interpretaciones de las International Financial Reporting Standards (IFRIC) y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), se han pronunciado públicamente sobre el tratamiento contable de la emisión y tenencia de criptodivisas.

En el presente artículo se analizará la clasificación contable de las criptodivisas a la luz de estos pronunciamientos, así como las implicaciones de dicha calificación a la hora de valorar y registrar contablemente las operaciones efectuadas con las mismas. Con carácter previo a dicho análisis, se hará referencia al concepto, características y a los distintos tipos de criptoactivos, poniendo de manifiesto las diferencias entre los tokens y las criptodivisas, diferencias que justifican que puedan recibir un tratamiento contable y fiscal distinto.

Posteriormente, se detallarán las implicaciones fiscales de la tenencia y operativa con criptodivisas en el Impuesto sobre Sociedades, las cuales dependen, en gran medida, del tratamiento contable recibido, ilustrando los ajustes más comunes a practicar en la determinación de la base imponible a través de ejemplos prácticos.

Palabras clave: criptodivisa, criptomoneda, token, criptoactivo, tributación, tratamiento contable, Impuesto sobre Sociedades.

ACCOUNTING TREATMENT OF CRYPTOCURRENCIES AND ITS IMPACT IN THE CORPORATE INCOME TAX

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

Principal Associate in the Tax Department of Cuatrecasas Law Firm

ABSTRACT

In 2019, the IFRS Interpretations Committee (IFRIC) and the Spanish Accounting and Auditing Institute (ICAC), published their opinion regarding the accounting treatment applicable to the issue and holding of cryptocurrencies.

This paper analyses the accounting qualification of the cryptocurrencies considering the aforementioned opinions and its implications on the valuation and accounting record of the operations performed with them. Previously to this analysis, reference will be made to the concept, characteristics and types of cryptoassets, focusing on the differences between tokens and cryptocurrencies, which justify that their accounting and tax treatment may differ.

Subsequently, reference will be made to the implications derived from holding and operating with cryptocurrencies on the Corporate Income Tax, which, to a large extent, depend on the accounting treatment received, illustrating by using practical examples the most common adjustments to be made in order to determine the taxable base of this tax.

Key words: cryptocurrency, token, cryptoasset, taxation, accounting treatment, corporate income tax.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CRIPTOACTIVOS: CRIPTODIVISAS VS TOKENS. 1. Concepto y características de los criptoactivos. 2. Tipología de criptoactivos. 3. Criptodivisas y Tokens: evolución de la tecnología blockchain desde soporte tecnológico del Bitcoin hasta tecnología impulsora de la tokenización de la economía. 4. Diferencias entre criptodivisas y Tokens.—III. EL TRATAMIENTO CONTABLE DE LAS CRIPTODIVISAS. 1. Formas de adquisición y destino y uso de las criptodivisas por parte de las entidades. 2. Calificación de las criptodivisas como activo y distintas tipologías en las que se podrían clasificar. 3. El criterio del IFRIC y del ICAC. 3.1. La decisión del IFRIC de junio de 2019. 3.2. Las consultas del ICAC. 4. Conclusión sobre su calificación. 5. Valoración y tratamiento contable de las criptodivisas que se califican como inmovilizado intangible. 5.1. Valoración inicial. 5.2. Valoración posterior. 5.3. Baja. 6. Valoración y tratamiento contable de las criptodivisas que se califican como existencias. 6.1. Valoración inicial. 6.2. Valoración posterior. 6.3. Baja.—IV. IMPLICACIONES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. 1. Consideraciones previas. 2. Implicaciones en el IS de la tenencia de criptodivisas calificadas como inmovilizado intangible. 2.1. Amortización fiscal. 2.2. Deducibilidad fiscal del deterioro. 2.3. Renta fiscal derivada de la transmisión. 3. Implicaciones en el IS de la tenencia de criptodivisas calificadas como existencias. 3.1. Amortización fiscal. 3.2. Deducibilidad fiscal del deterioro. 3.3. Renta fiscal derivada de la transmisión.—V. REFLEXIONES FINALES Y CUESTIONES CONFLICTIVAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el artículo «*Tratamiento tributario del bitcoin y demás criptomonedas*» publicado en diciembre de 2018 en el número 70 de esta Revista¹ se analizaba el tratamiento tributario de las criptodivisas y operaciones asociadas a las mismas dentro de las distintas figuras impositivas del sistema tributario español.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el tratamiento a efectos del Impuesto sobre Sociedades (en adelante «IS»), depende en gran medida del tratamiento contable, se decidió no analizar en dicho artículo el tratamiento contable y efectos en el IS de la tenencia y operativa con criptodivisas a la espera de que se publicasen pronunciamientos de los organismos contables oficiales sobre dicho tratamiento contable.²

En junio de 2019, el Comité de Interpretaciones de las *International Financial Reporting Standards* (IFRS) (en lo sucesivo, «**IFRIC**»), publicó una decisión de agenda sobre el tratamiento contable de las criptomonedas y, posteriormente, en diciembre de 2019, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante «**ICAC**»), ha publicado en el Boletín Oficial del ICAC (BOICAC), número 120, la consulta número 4 en la que se analiza precisamente el tratamiento contable de la emisión y tenencia de criptodivisas. Sobre la base del contenido de dichos pronunciamientos, en el presente artículo se analizará la clasificación contable de las criptodivisas, su valoración y registro en sede de las entidades titulares de las mismas y las implicaciones en el IS para aquellas entidades contribuyentes por este impuesto.

¹ EGEA PÉREZ-CARASA, Í., «*Tratamiento tributario del “bitcoin” y demás criptomonedas*», *Cuadernos de derecho y comercio*, ISSN 1575-4812, núm. 70, 2018, págs. 131-180.

² Téngase en cuenta que, si bien es cierto que se tenía constancia de la existencia de la consulta del ICAC con referencia rnr/38-14, dicha consulta no fue publicada, oficialmente, en el Boletín Oficial del ICAC (BOICAC).

Para ello, se repasará en primer lugar el concepto y los distintos tipos de criptoactivos, poniendo de manifiesto las diferencias entre las criptodivisas y los tokens dada su relevancia a los efectos de determinar su tratamiento contable y fiscal. Posteriormente, nos centraremos en analizar la calificación contable de las criptodivisas y las implicaciones de dicha calificación a la hora de valorar estos activos y registrar contablemente las operaciones efectuadas con los mismos. En tercer lugar, se repasarán las implicaciones fiscales en el Impuesto sobre Sociedades de la tenencia y operativa con criptodivisas, ilustrando los ajustes más comunes a practicar para la determinación de la base imponible a través de ejemplos prácticos.

Por último, se efectuará una valoración crítica de las consecuencias en el tratamiento contable y en el IS de las criptomonedas derivadas de la calificación de los pronunciamientos anteriores, y se expondrán algunas alternativas que podrían valorarse.

II. CRIPTOACTIVOS: CRIPTODIVISAS VS TOKENS

1. Concepto y características de los criptoactivos

Los criptoactivos pueden definirse en sentido amplio como activos digitales emitidos, desarrollados y registrados en tecnologías de registros distribuidos (*Distributed Ledger Technology* o *DTL* o tecnología Blockchain), y que utilizan la criptografía para proporcionar seguridad al sistema digital que les da vida.

El concepto de criptoactivos aún se encuentra en evolución y no existe aún un criterio pacífico sobre sus funciones y su naturaleza jurídica. A estos efectos, cabe destacar que, recientemente, la Comisión Europea (CE) ha definido los criptoactivos en su Propuesta de Reglamento en Mercados de Criptoactivos³ como una «*representación digital de valor o derechos, que puede ser transferida o almacenada electrónicamente a través de tecnologías de registro distribuido u otras tecnologías similares*».

Como se puede observar en la definición anterior, podemos identificar los siguientes rasgos característicos comunes presentes en todo criptoactivo:

- (i) En primer lugar, son activos basados en el uso de la tecnología de cadena de bloques (Blockchain) o tecnología de registros distribuidos (DTLs).

³ Propuesta de Reglamento publicada el 24 de septiembre de 2020 que busca regular el mercado único de criptoactivos a nivel europeo, al cual se puede acceder mediante el siguiente enlace: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1600947409472&uri=COM:2020:593:FIN>

Tal y como lo define PREUKSCHAT⁴, blockchain es una «base de datos que se halla distribuida entre diferentes participantes, protegida criptográficamente y organizada en bloques de transacciones relacionados entre sí matemáticamente».

Pues bien, blockchain es la tecnología subyacente o soporte sobre la que se basa la existencia y circulación de todos los criptoactivos. En términos coloquiales, blockchain es el ecosistema o soporte tecnológico en el que se crean y circulan este tipo de activos.

Como es conocido, esta tecnología blockchain adquirió su popularidad por medio de la criptomoneda Bitcoin, basada en la misma. No obstante, con independencia del éxito de esta criptomoneda, la tecnología Blockchain⁵ ha ido desarrollando su potencial mucho más allá y ha pasado a ser un instrumento clave de lo que se conoce en la actualidad como la tokenización de activos («tokeconomics») y la contratación inteligente («smart contracts»).

En palabras de los tecnólogos DUIVESTEIN y SAVALLAE⁶, lo importante, en el caso del Bitcoin, no era la moneda (Bitcoin) sino la plataforma (Blockchain).

De esta forma, utilizando como soporte la tecnología blockchain, la tipología de criptoactivos no se limita solamente a las criptomonedas o criptomonedas, sino que, como veremos a continuación, se amplía considerablemente.

- (ii) En segundo lugar, como su propio nombre indica, son activos que utilizan la criptografía, esto es, usan técnicas y claves criptográficas como herramientas que proporcionan seguridad al ecosistema digital al que pertenecen. De esta forma, y sin entrar en detalles técnicos, cabe destacar que la encriptación es utilizada (i) como instrumento de firma (que sirve para verificar la autenticidad) y (ii) como una herramienta para verificar la procedencia e integridad de los registros relacionados con estos activos que se llevan a cabo en una blockchain.
- (iii) En tercer lugar, los criptoactivos son activos digitales que representan un determinado valor o incorporan un determinado derecho. En función del

⁴ PRESUKCHAT, A. et al., *Blockchain, la revolución industrial de internet* [en línea], Gestión 2000, Barcelona, 2017. Disponible en:

https://www.planetadelibros.com/libros_contenido_extra/36/35615_Blockchain.pdf

⁵ Basada en el registro en línea distribuido o multiplicado y caracterizada por sus notas de seguridad, transparencia y eficiencia económica.

⁶ SANDER DUIVESTEIN, S. y PATRICK SAVALLAE, P., «Bitcoin: It's the platform, not the currency, stupid!» [en línea], *thenextweb.com*, 15 de febrero 2014, [fecha de la consulta: 21 de septiembre de 2020].

Disponible en: <https://thenextweb.com/insider/2014/02/15/bitcoin-platform-currency>.

valor o derechos incorporados nos encontraremos ante un tipo de criptoactivo u otro, como pasamos a ver a continuación.

2. Tipología de Criptoactivos

Siguiendo a CHAMORRO DOMÍNGUEZ⁷, dentro de los criptoactivos, cabe distinguir las tres siguientes categorías:

- (i) *Criptodivisas o criptomonedas*: Son monedas virtuales o «*activos que constituyen una representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos*»⁸.

Son probablemente los criptoactivos más conocidos dentro de los cuales cabe destacar el bitcoin o el ether, entre otros.

- (ii) *Criptocommodities*: Son criptoactivos vinculados a productos o materias primas (commodities), tales como metales preciosos (como el oro, la plata y el platino), productos alimenticios (como el café, el trigo y el azúcar) u otras materias primas (como el petróleo, el gas o el carbón).
- (iii) *Tokens, Criptotokens o Criptofichas*: Son activos digitales que incorporan determinados derechos y que se basan en el uso de blockchain y la criptografía. Siguiendo a CEDIEL y PÉREZ POMBO⁹, los tokens son «*la representación digital protegida criptográficamente de bienes físicos, derechos u otros bienes digitales*».

⁷ CHAMORRO DOMÍNGUEZ, MC., «Aspectos jurídicos de las criptomonedas» [en línea], *Blockchain Intelligence*, marzo 2019, [fecha de la consulta: 11 de agosto de 2020]. Disponible en:

https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2019/04/Art%C3%ADculo-doctrinal_Apectos-jur%C3%ADficos-de-las-criptomonedas-por-M-de-la-Concepci%C3%B3n-Chamorro-Rodr%C3%ADguez.pdf.

⁸ Definición conforme al artículo 3 apartado 18) de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE de 5 de junio).

En esta misma línea cabe destacar la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre monedas virtuales disponible en el siguiente enlace:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0228+0+DOC+XML+V0//ES>

⁹ CEDIEL, A. y PÉREZ POMBO, E., *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier, Barcelona, 2020, página 20.

Dentro de los mismos, y como veremos con mayor detenimiento, podemos encontrarnos, a su vez, con *payment tokens* (cuya principal finalidad es constituir un medio de pago), *utility tokens* (los cuales permiten el acceso digital a una aplicación, bien o servicio) o *asset tokens* (representan activos tales como participaciones en activos subyacentes como inmuebles, acciones en sociedades, participaciones en flujos de ganancias, de dividendos o pagos de intereses, entre otros).

De los tres tipos de criptoactivos que se acaban de mencionar nos vamos a centrar en este artículo en determinar el tratamiento contable y fiscal de las criptodivisas. Ahora bien, con carácter previo, consideramos necesario definir y poner de manifiesto las diferencias entre criptodivisas y tokens, los dos tipos de criptoactivos que más nos encontramos en la práctica, que frecuentemente se confunden, y cuya diferenciación resulta fundamental toda vez que el tratamiento contable, y con ello, el tratamiento fiscal en el IS de uno y otro tipo de criptoactivos no tiene por qué coincidir.

3. Criptodivisas y Tokens: evolución de la tecnología blockchain desde soporte tecnológico del Bitcoin hasta tecnología impulsora de la tokenización de la economía

Una criptomoneda o criptodivisa, puede definirse como un medio digital de intercambio, es decir, en términos coloquiales, moneda virtual. Según el Banco Central Europeo (BCE)¹⁰, una criptomoneda es «*dinero electrónico no regulado emitido y controlado por quienes lo crean y habitualmente usado y aceptado como unidad de pago para el intercambio de bienes y servicios dentro de una comunidad virtual específica*».

De modo resumido, y siguiendo con la definición del BCE, puede decirse que las criptomonedas constituyen (i) dinero virtual (ii) controlado por sus usuarios (iii) que no se encuentra regulado, y (iv) que puede ser utilizado para adquirir bienes o servicios, o bien para ser intercambiado por dinero fiduciario (euros, dólares u otras divisas).

Dentro de las criptodivisas, la más conocida y la pionera fue el bitcoin. Sin embargo, como ya se ha anticipado, poco a poco se descubrió que el potencial de la tecnología blockchain tenía más utilidades que la de servir exclusivamente de soporte a este medio de pago digital. GONZÁLEZ-MENESES¹¹, lo expone de una forma muy clara en el siguiente razonamiento: «*Pero, una vez que disponemos de esta herramienta técnica que sirve de soporte a bitcoin, su uso no se tiene por qué limitar a la generación de un medio de pago alternativo al dinero tradicional, sino que puede emplearse para facilitar la circulación*

¹⁰ European Central Bank: *Virtual Currency Schemes*, October 2012, p. 13.

¹¹ GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Entender blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, Pamplona, 2017, página 141.

directa y sin intermediarios pero aun así segura, de cualesquiera derechos mediante su ‘tokenización’, es decir, mediante su conversión en criptoactivos sobre un registro de tipo blockchain. Las acciones, los bonos, el propio dinero fiat, los derechos de propiedad intelectual e incluso los derechos sobre bienes corporales de cualquier tipo como metales preciosos, obras de arte y hasta los inmuebles pueden representarse mediante estos tokens (referencias criptográficas registradas en una base de datos distribuida), y someterse a un régimen de tráfico similar al que es propio de los bitcoins, que no requiere de otra herramienta para el usuario que un smartphone con conexión a Internet y con una aplicación —un wallet o monedero digital—, mediante la que se gestionan unas claves criptográficas».

De acuerdo con lo anterior, una de las aportaciones jurídicas disruptivas de la tecnología blockchain ha sido, precisamente, la posibilidad de tokenizar activos o derechos, esto es, representarlos mediante tokens o criptofichas susceptibles de tráfico en una base de datos distribuida o blockchain con todas las ventajas asociadas a esta tecnología. Y así es como han aparecido este segundo tipo de criptoactivos, los tokens o criptofichas, los cuales cada vez están adquiriendo mayor relevancia en la práctica.

Por lo que respecta a este proceso de tokenización, y tal y como explica PREUKSCHAT¹², cabe destacar las siguientes dos etapas:

- (i) Los primeros tokens se crearon a partir de colorear los bitcoins (conocidos como «*colored coins*»). Así, se aprovechó la misma plataforma y protocolo de Bitcoin para introducir en los bitcoins existentes determinados metadatos (denominados, de forma metafórica «*color*»), que los convertía en objetos digitales representativos de activos con la finalidad de que representaran a un activo del mundo real.

De esta forma, estos colored coins (y con ellos, los activos subyacentes), podían ser transmitidos y registrados dentro de la blockchain.

- (ii) Posteriormente, con la puesta en marcha de la plataforma Ethereum¹³ se introdujo la posibilidad de crear tokens que representasen derechos sobre

¹² PREUKSCHAT, A., «Criptomonedas y tokens no son el mismo criptoactivo» [en línea], *El Economista*, 6 de noviembre de 2017, [fecha de consulta: 11 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/8724862/11/17/La-mod-a-de-crear-nuevos-bitcoins-desde-Bitcoin-Cash-hasta-Bitcoin-Gold.html>.

¹³ A muy grandes rasgos, Ethereum es una blockchain inspirada en la de Bitcoin, pero que adicionalmente ha conseguido incorporar un lenguaje universal que permite desarrollar smart contracts y crear aplicaciones autoejecutables dentro de su plataforma. En palabras de su propia página web «*Ethereum es una plataforma global de código abierto para aplicaciones descentralizadas. En Ethereum, puedes escribir código que controle valor digital, que se ejecute exactamente como fue programado y que sea accesible desde cualquier parte del mundo*». Para más información, acceder al siguiente enlace: <https://ethereum.org/es/what-is-ethereum/>.

bienes y servicios y que pudieran ser objeto de tráfico en dicha plataforma.

En concreto, mediante un específico smart contract que se despliega y se ejecuta en la blockchain Ethereum se pueden crear o emitir directamente tokens según el estándar denominado ERC-20, registrables y transmisibles sobre la citada plataforma (sin tener que apoyarse en unidades preexistentes de criptomoneda alguna), y con el contenido simbólico y funcional que libremente fije su creador.

No se necesita, por tanto, colorear bitcoins o cualquier otra criptomoneda preexistente, sino que basta con acudir y desplegar en dicha plataforma smart contracts o programas de creación de tokens ya existentes que se pueden copiar y que permiten fijar, libremente, el número de unidades que se van a emitir, el nombre del token, su símbolo, el número de decimales posibles, y demás características que se les quiera otorgar a este criptoactivo¹⁴.

Mediante este proceso de tokenización se permite que bienes y derechos que, por sus características intrínsecas, no podían ser objeto de comercio, al desmaterializarse mediante tokens puedan serlo con total libertad.

Del proceso de tokenización que se acaba de describir se desprende que los token o criptotokens tienen un concepto más amplio. En particular, podríamos definir de forma genérica el token como un activo digital al que se han incorporado determinados derechos emitidos de forma privada.

Como hemos anticipado, cuando hablamos de tokens o criptofichas nos referimos a activos digitales (en forma de referencias criptográficas registradas en una blockchain) que, atendiendo a los derechos que lleve incorporados, puede tener distintos usos o funcionalidades. En este sentido, si seguimos una clasificación funcional, los tokens pueden diferenciarse en las siguientes categorías:

¹⁴ GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Entender blockchain... op. cit.*, página 142, lo expone de forma muy gráfica a través del siguiente razonamiento: «(...) obsérvese el importante cambio que supone pasar de la “coloración” de bitcoins (lo que implica que alguien tiene que adquirir para este uso unos bitcoins que sólo se generan por el proceso paulatino de la minería), a una aplicación que permite la generación libre de cualquier cantidad de un determinado token (que no son accesorios de determinadas unidades de ethers) sin más coste que el “gas” en ethers que hay que pagar por desplegar y que sea registrado el correspondiente smart contract en la blockchain de Ethereum. Es como si todos tuviéramos en casa una máquina de fabricar billetes».

A día de hoy, es cierto que en la práctica existen otras plataformas basadas en blockchains como NXT, NEO, Waves u Omni que permiten la creación de tokens. No obstante, la gran mayoría de los tokens existentes en la actualidad se realizan sobre la blockchain de Ethereum utilizando el estándar conocido como ERC20.

- (i) *Tokens de pago o Payment tokens o Currency Tokens*: Representan directamente valor sin un subyacente físico y su finalidad es la de ser utilizados como medio de pago^{15, 16}.
- (ii) *Tokens de utilidad o servicio (utility tokens)*: Activos digitales que incorporan un derecho de acceso a una aplicación, a un producto o un servicio desarrollado por el emisor.

En palabras de CASTILLO IONOV, estaríamos ante el token «*como cupón digital, esto es, un instrumento de acceso a servicios y funcionalidades (utility token, user tokens o app coins)*»¹⁷. Por tanto, este tipo de tokens funcionan como un instrumento que da acceso a una aplicación tecnológica, un producto o un servicio ofrecido por parte del emisor.

- (iii) *Tokens de activo (asset token)*: Son la representación digital protegida criptográficamente de bienes físicos, derechos o valores negociables. En consecuencia, derivando su valor del activo o derecho subyacente al que representan. Así, nos encontramos en la práctica fundamentalmente con:
 - a. *Tokens representativos de activos físicos (asset backed tokens)*: Incorporan la titularidad del derecho sobre dichos activos y permiten la transmisión de los mismos a través de la blockchain.
 - b. *Tokens representativos de valores negociables (security tokens, equities bond and tokenized securities)*: Incorporan un derecho similar a un bono o a una acción (derecho de crédito contra un determinado sujeto), o un derecho de participación en los resultados del emisor.

Como exponen CEDIEL y PÉREZ POMBO¹⁸, «*generalmente atribuyen derechos o expectativas de participación en la potencial revalorización o rentabilidad de la empresa emisora, negocios o proyectos, o, en general, presentan u otorgan derechos equivalentes o parecidos a los propios de las acciones, obligaciones u otros instrumentos financieros*».

¹⁵ Sin perjuicio de que los mismos se hayan conseguido mediante la conversión de dinero fiduciario.

¹⁶ Estos payment tokens son usados como medio de pago entre los participantes de una plataforma o sistema. Normalmente, se utilizarán criptodivisas como bitcoin o ethereum, asimilándose a las mismas (pero con algunas diferencias), pero también es posible que haya tokens que sirvan como medio de pago por bienes y servicios y funcionen igual que las criptodivisas.

¹⁷ CASTILLO IONOV, R., *Las initial coin offerings (ICOS) y la tokenización de la economía*, Aranzadi, Navarra, 2018. El autor matiza que estos tokens «*pueden usarse como medida de contabilidad (ej. un número de usos o llamadas a una API), como premio para creadores de contenido (ej. el proyecto steemit) o como medio de pago dentro de un sistema cerrado*».

¹⁸ CEDIEL, A. y PÉREZ POMBO, E., *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier, Barcelona, 2020, página 38.

- (iv) *Tokens Híbridos*: Son tokens que participan en las características de varias categorías anteriores.

Como se puede observar, el concepto de token es un concepto amplio, y la tipología y clasificación de los activos digitales, que se incluyen dentro de esta definición, es muy variada. A efectos ilustrativos, adjuntamos como **Anexo I**, un cuadro donde se hace referencia a la clasificación, finalidad, valoración y ejemplos prácticos de los distintos tipos de tokens.

4. Diferencias entre criptodivisas y tokens

De todo lo anterior cabe concluir que, aun cuando las criptomonedas y los denominados tokens se basan en la misma tecnología subyacente (blockchain), existen entre estos dos tipos de criptoactivos diferencias sustanciales que deben tenerse en cuenta.

En particular, las principales diferencias entre estos dos tipos de criptoactivos son las siguientes:

- (i) *Finalidad*: Las criptodivisas tienen como finalidad operar como moneda, esto es, como instrumento aceptado como unidad de cuenta, depósito de valor y medio de pago. Por el contrario, los tokens como hemos visto tienen distintas finalidades ya que pueden ser utilizados como medios de pago (payment tokens), como instrumentos representativos de derechos de propiedad o de rendimientos financieros del emisor (asset y security tokens), o como activos que incorporan un derecho de acceso a una aplicación, un producto o un servicio desarrollado por el emisor (utility token).
- (ii) *Características técnicas*: desde un punto de vista técnico, y tal y como expone CASTILLO IONOV¹⁹, cada criptodivisa tiene su propia blockchain independiente. Por el contrario, los tokens se construyen sobre una plataforma tecnológica preexistente para otras criptomonedas (fundamentalmente Ethereum), permitiendo a los usuarios su creación usando la criptodivisa de la blockchain sobre la que se emiten.
- (iii) *Creación o emisión*: Las criptodivisas se originan por medio de un proceso que se conoce como minería. Así, cada criptodivisa tiene establecido un método de creación basado en algoritmos de prueba de trabajo (*proof of work—POW—*) o de prueba de participación (*proof of stake—POS—*) que tiene un determinado coste (computacional, de energía eléctrica o de tenencia de activos digitales y mantenimiento de nodos). En la prác-

¹⁹ CASTILLO IONOV, R., *Las initial coin offerings (ICOS) y la tokenización de la economía*, Aranzadi, Navarra, 2018.

tica, las criptodivisas originarias son asignadas a los llamados mineros como recompensa por resolver operaciones criptográficas en un entorno competitivo que sirve para verificar las transacciones de criptodivisas ya existentes en el mercado secundario.

Por el contrario, el proceso técnico de creación de tokens es más sencillo, en la medida en que se construyen sobre una blockchain preexistente a través de operaciones que se han denominado en el mercado como *Initial Coin Offerings* (en lo sucesivo «**ICOS**»). Una ICO es una operación mediante la cual el promotor de un proyecto ofrece al mercado y emite, sobre una plataforma blockchain preexistente que permita dicha funcionalidad, determinados tokens para obtener financiación a través de criptodivisas o moneda fiduciaria.

Los tres elementos fundamentales que cabe destacar de una ICO son los siguientes:

El fin último de una ICO es la recaudación de fondos, ya sean criptodivisas como pudieran ser bitcoin o ether o bien divisas tradicionales como pueden ser dólares o euros.

- a) Para ello, en una ICO, los promotores del proyecto configurarán una serie de tokens dotándoles de una determinada funcionalidad para ofrecerlos al mercado y recaudar fondos para su proyecto.
- b) Los tokens digitales generados pueden representar/incorporar cualquier derecho y su tráfico puede controlarse por la propia blockchain y protocolo utilizado a través de Smart contracts desplegados y ejecutados sobre esta.

Las diferencias anteriores, pueden verse representadas de forma gráfica en el cuadro que se acompaña como **Anexo II**.

Debido a las citadas diferencias, el tratamiento contable y a efectos del IS que debe otorgarse a los tokens no necesariamente coincide con el que deben recibir las criptodivisas. En concreto, el tratamiento contable y a efectos de IS de los tokens va a depender en gran medida del tipo de criptoficha que nos encontremos atendiendo a la clasificación funcional anteriormente mencionada y a las características del mismo.

Debido a la gran variedad de tokens existentes en el mercado, los organismos contables oficiales todavía no han emitido un pronunciamiento sobre su tratamiento contable, al contrario de lo que ocurre con las criptodivisas. Es por ello, por lo que el presente artículo se centrará exclusivamente en el tratamiento contable y a efectos de IS de las criptodivisas, dejando el análisis del

tratamiento contable y a efectos de IS de los tokens para un futuro artículo a la espera de que se emitan dichos pronunciamientos²⁰.

Así las cosas, en el apartado tercero de este artículo se hará un análisis pormenorizado de la clasificación y valoración contable de las criptomonedas para pasar en el cuarto apartado a abordar el tratamiento a efectos del IS, el cual, como hemos anticipado, depende en gran medida del tratamiento contable que vayan a recibir.

III. EL TRATAMIENTO CONTABLE DE LAS CRIPTODIVISAS

1. Formas de adquisición y destino y uso de las criptodivisas por parte de las entidades

Con carácter previo al análisis y clasificación de las criptodivisas a efectos contables debemos detenernos en primer lugar en determinar (i) las formas por las que una entidad contribuyente por el IS puede adquirir estas criptomonedas y (ii) el uso al que va a destinar las mismas, y ello por cuanto que, como veremos, dichas circunstancias van a afectar al tratamiento contable y a efectos del IS que deban recibir las mismas.

Por lo que respecta a las vías de adquisición de las criptodivisas cabe destacar las tres siguientes:

- (i) *Adquisición originaria de bitcoins por medio de la minería*, esto es, como recompensa por la resolución de operaciones criptográficas por las que se validan y procesan las transacciones de una determinada criptomoneda.
- (ii) *Adquisición derivativa de las mismas en el mercado secundario*: Bien sea a través de una casa de cambio o *Exchange Houses*, o bien a través de lo que se conoce como las *trading platforms*²¹.

²⁰ En este sentido, según la doctrina científica localizada, será necesario realizar un análisis, caso por caso, de los derechos incorporados a cada uno de estos activos digitales para poder determinar su calificación a efectos contables, y las normas de registro y valoración aplicables, todo ello de conformidad con los principios contables de imagen fiel y de fondo sobre forma.

A muy grandes rasgos, podrán resultar de aplicación las reglas de registro y valoración previstas (i) para los instrumentos financieros (en caso de security tokens); (ii) para los activos subyacentes a los que representan (en caso de asset backed tokens); (iii) para los pagos anticipados por ventas y prestaciones de servicios (utility tokens); o (iv) para los inmovilizados intangibles o existencias (como ocurre con las criptodivisas).

Para una mayor profundización sobre este tema, recomendamos acudir a los siguientes enlaces:

<https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/ifrs/publications/ifrs-16/cryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifrs-pwc-in-depth.pdf>

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3419691

²¹ Como se exponía en EGEA PÉREZ-CARASA, Í., «Tratamiento tributario del “bitcoin” y demás

- (iii) *Adquisición de criptomonedas como pago o contraprestación por los bienes y servicios ofertados por parte de la entidad*, en caso de que se admitan estos activos como medio de pago.

Por otro lado, en lo que se refiere al uso al que puede destinar una entidad con las criptomonedas adquiridas por los medios anteriormente descritos, podemos destacar los cuatro siguientes:

- (i) Comerciar con ellas, es decir comprar y vender criptomonedas como actividad habitual (actividad de *trading*).
- (ii) Mantenerlas como una inversión.
- (iii) Utilizarlas como medio de pago, para la adquisición de bienes y servicios a una entidad que las acepte.
- (iv) Prestar criptomoneda a terceros cobrando un interés y con un intermediario por medio para garantizar la legalidad del contrato. Esta última alternativa es menos frecuente en la práctica.

De lo anterior se desprende que, en la práctica, cabe diferenciar dos tipos de entidades en función del uso que hagan de las criptodivisas:

- (i) Entidades cuyo objeto social, y, por tanto, su actividad principal, está directamente relacionada con las monedas virtuales. Dentro de este grupo, podemos encontrarnos, a su vez con:
 - a) Entidades mineras, esto es, entidades cuyo objeto es la obtención originaria de criptomonedas como recompensa por su labor de minería para su posterior transmisión derivativa en un mercado secundario.
 - b) Entidades de *trading*, que adquieren criptodivisas de manera expresa para su posterior venta o intercambio por otras criptomonedas o

criptomonedas», *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 70, diciembre 2018, pág 142:

«(i) Las “casas de cambio”, “Exchange houses” o “exchangers” son personas físicas o jurídicas cuya actividad consiste en la compraventa de bitcoins y en la intermediación en dichas transmisiones, para lo cual suelen utilizar diversos soportes, como páginas webs o plataformas virtuales que ponen en contacto a oferentes y demandantes de estas criptomonedas, percibiendo a cambio de su labor una determinada comisión.

A modo de ejemplo, podrían asimilarse en su forma de operar a las empresas dedicadas al cambio de divisas.

(ii) Las llamadas “trading plaforms” son plataformas de negociación de bitcoins que reúnen a compradores y vendedores de esta y demás criptomonedas y que les proporcionan una plataforma de negociación. Se diferencian de las anteriores en que estas plataformas no compran y venden monedas virtuales por sí mismas, sino que se limitan a poner en contacto oferentes y demandantes.»

dinero fiat, con el fin de obtener beneficios derivados de la fluctuación del valor de estos activos.

- c) Entidades que se dedican a la intermediación en el intercambio de criptomonedas, realizando labores de mediación entre oferentes y demandantes de estos criptoactivos y percibiendo por sus servicios una determinada comisión. Debe matizarse que estas entidades, aun cuando se dedican a la intermediación en el tráfico de criptomonedas, se limitan a cobrar una comisión por su labor por lo que no suelen disponer en su activo de estas criptomonedas.
- (ii) Entidades que tienen una actividad principal diferente y no relacionada con el tráfico de las criptodivisas, pero que adquieren las criptomonedas como activos de inversión o por admitirlas como pago de los productos o servicios que ofrecen.

Pues bien, el tratamiento contable que debe otorgar una entidad a las criptodivisas registradas en su balance va a depender, precisamente, de en cuál de los dos grupos anteriores se encuentre la misma, tal y como pasamos a ver a continuación.

2. Calificación de las criptodivisas como activo y distintas tipologías en las que se podrían clasificar

Entrando ya en la clasificación contable de las criptodivisas debe destacarse que el Marco Conceptual (en lo sucesivo «MC») del Plan General de Contabilidad aprobado mediante el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (en adelante «PGC») establece en su norma cuarta que en la contabilidad de una entidad sólo cabe registrar cinco elementos: activo, pasivo, patrimonio neto, ingreso y gasto.

De estos cinco elementos, las criptomonedas únicamente pueden encuadrarse dentro de los activos. En este sentido, según el apartado cuarto «*Elementos de las Cuentas Anuales*» del MC establecido en el PGC, un activo se define como: «*bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados, de los que se espera que la empresa obtenga beneficios o rendimientos económicos en el futuro*».

Por su parte, el apartado quinto del mismo MC del PGC establece lo siguiente en cuanto a los criterios de reconocimiento contable de los activos: «*Los activos deben reconocerse en el balance cuando sea probable la obtención a partir de los mismos de beneficios o rendimientos económicos para la empresa en el futuro, y siempre que se puedan valorar con fiabilidad. El reconocimiento contable de un activo implica también el reconocimiento simultáneo de un pasivo, la disminu-*

ción de otro activo o el reconocimiento de un ingreso u otros incrementos en el patrimonio neto.»

Pues bien, la tenencia de criptodivisas, por parte de una entidad, cumple tanto con la definición de activo, como con los criterios para su reconocimiento contable en el balance que se acaban de reproducir. Cabe destacar en este punto el siguiente razonamiento de PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ²², para fundamentar esta conclusión: «Una entidad compra, “mina” o recibe una unidad monetaria digital como pago (es decir, evento pasado) y podrá controlarla, ya que puede decidir cuándo venderla o usarla, es decir tiene el poder de obtener los beneficios económicos que el activo generará y restringir el acceso a otros sobre ese beneficio. Por consiguiente, se espera que el beneficio económico fluya hacia la entidad tenedora, por ejemplo, de un Bitcoin. Además, la valoración del elemento puede hacerse con fiabilidad dado que tiene mercado propio (con independencia de la volatilidad del mismo)».

Resulta evidente, por tanto, que una criptodivisa debe ser registrada como activo en el balance de la entidad tenedora. Sentada su calificación como activo, lo siguiente que debe analizarse es en cuál de las categorías de activos definidas en el PGC deben clasificarse las criptodivisas, resultando esta clasificación de gran trascendencia, en la medida en que ello determinará la norma de registro y valoración que deba resultar de aplicación a la hora de registrar las mismas en la contabilidad de la entidad.

La doctrina científica, tradicionalmente, ha identificado las cuatro siguientes categorías de activos dentro de las cuales podrían encuadrarse las criptodivisas: instrumento financiero, efectivo u otros activos líquidos equivalentes, activo intangible y existencias.

A continuación, pasamos a repasar estas cuatro categorías, poniendo de manifiesto su regulación, sus características y los requisitos exigidos para poder clasificar un activo en cada una de ellas.

1) Instrumento financiero

Los instrumentos financieros se encuentran regulados (i) a nivel internacional en la Norma Internacional de Contabilidad 32 (NIC 32)²³ y (ii) a nivel nacional, en la Norma de Registro y Valoración (NRV) 9.^a del PGC. La definición en ambas normas es idéntica y se reproduce a continuación: «Un instrumento financiero

²² PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, pág. 6.

²³ Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/020.NIC%20Vigente/320.NIC%2032%20Instrumentos%20financieros.%20Presentación.pdf>

es cualquier contrato que dé lugar, simultáneamente, a un activo financiero en una entidad y a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra entidad.»

Como se puede observar en la citada definición, para que una criptodivisa pueda considerarse como un instrumento financiero se exige, como requisito fundamental, que exista un contrato, esto es, una relación contractual entre la entidad tenedora de la criptodivisa y una contraparte que origine en esta segunda entidad una obligación en forma de pasivo financiero o que pueda ser liquidada utilizando instrumentos de patrimonio propios de la misma²⁴.

Como veremos más adelante, este requisito no se cumple en el caso de las criptodivisas, cuestión distinta es que se pueda cumplir para otro tipo de cryptoactivos como determinados tipos de tokens (como los security tokens, que sería el ejemplo más representativo).

2) Efectivo u otros activos líquidos equivalentes

En el plano internacional, la Guía de Aplicación de la NIC 32 «*instrumentos financieros*» se establece lo siguiente en su apartado GA3: «*El efectivo (o caja) es un activo financiero porque representa un medio de pago y, por ello, es la base sobre la que se valoran y reconocen todas las transacciones en los estados financieros. Un depósito de efectivo en un banco o entidad financiera similar es un activo financiero porque representa, para el depositante, un derecho contractual para obtener efectivo de la entidad o para girar un cheque u otro instrumento similar contra el saldo del mismo, a favor de un acreedor, con el fin de pagar un pasivo financiero*».

A nivel nacional, la NRV 9.^a del PGC incluye como activos financieros al efectivo y otros activos líquidos equivalentes siempre y cuando cumplan con la definición de la Norma de Elaboración de Cuentas Anuales (en adelante «NECA») 9.^a del PGC. Por su parte, la NECA 9 del PGC define el efectivo y otros activos líquidos equivalentes de la siguiente forma: «*Se entiende por efectivo y otros activos líquidos equivalentes, los que, como tal, figuran en el epígrafe B.VII del activo del balance, es decir, la tesorería depositada en la caja de la empresa, los depósitos bancarios a la vista y los instrumentos financieros que sean convertibles en efectivo y que, en el momento de su adquisición, su vencimiento no fuera superior a tres meses, siempre que no*

²⁴ CEDIEL, A, y PÉREZ POMBO, E., obra cit. página 46; lo exponen de forma muy gráfica con el siguiente ejemplo: «*Así, por ejemplo, una cuenta corriente sería un activo financiero porque, mientras es un activo para la empresa titular (siempre que tenga un saldo positivo, por supuesto) es un pasivo para la entidad financiera. La titularidad de una moneda física (monedas y billetes), nos acredita como titulares a la vez que el banco emisor (el Banco Central Europeo, en el caso del Euro) es la contraparte y deberá tener registrado el pasivo correspondiente*».

exista riesgo significativo de cambios de valor y formen parte de la política de gestión normal de la tesorería de la empresa».

De las normas que se acaban de reproducir se desprende que, para que un activo pueda encuadrarse dentro de esta categoría, debe cumplir con alguno de los siguientes requisitos:

- (i) Para ser considerado como efectivo, el activo en cuestión debe de estar aceptado, de forma generalizada, como un medio de pago, como ocurre con las monedas de curso legal, y servir como unidad de medida o base común del valor de los precios de los bienes y servicios.
- (ii) Para enmarcarse dentro de los otros activos líquidos equivalentes al efectivo, debemos encontrarnos ante un instrumento financiero (con el requisito de relación contractual anteriormente mencionado), que tenga las tres siguientes características: (i) ser convertible en efectivo, (ii) tener un vencimiento a corto plazo y (iii) que su valoración no tenga un riesgo significativo de cambios de valor (esto es, poca volatilidad).

3) *Activo del Inmovilizado intangible*

La NIC 38 «*Inmovilizado Intangible*»²⁵ en su apartado 8 «*Definiciones*» establece que «*Un activo intangible es un activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física*».

Por su parte, el PGC define las inmovilizaciones intangibles, en el subgrupo 20, como activos no monetarios sin apariencia física susceptibles de valoración económica. Estos elementos deben cumplir la definición de activo del MC del PGC (ya analizada) y, además, con los requisitos para su registro o reconocimiento contable establecidos en la Norma de Registro y Valoración 5.^a del PGC.

La citada NRV 5.^a del PGC, establece expresamente lo siguiente: «*Para el reconocimiento inicial de un inmovilizado de naturaleza intangible, es preciso que, además de cumplir la definición de activo y los criterios de registro o reconocimiento contable contenidos en el Marco Conceptual de la Contabilidad, cumpla el criterio de identificabilidad.*»

El citado criterio de identificabilidad implica que el inmovilizado cumpla alguno de los dos requisitos siguientes:

²⁵ Accesible a través del siguiente enlace: <http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/020.NIC%20Vigente/380.NIC%2038%20Activos%20intangibles.pdf>

- (i) Sea separable, esto es, susceptible de ser separado de la empresa y vendido, cedido, entregado para su explotación, arrendado o intercambiado.
- (ii) Surja de derechos legales o contractuales, con independencia de que tales derechos sean transferibles o separables de la empresa o de otros derechos u obligaciones.

Por lo tanto, para que las criptomonedas puedan clasificarse como un activo intangible, las mismas:

- (i) Deben cumplir con el concepto de activo y con los criterios para su reconocimiento, aspecto que, como hemos analizado, se cumpliría.
- (ii) Debe ser identificable. Como quiera que las criptodivisas no surgen de modo alguno de un derecho legal o contractual, para cumplir este requisito de identificabilidad es necesario que estos cryptoactivos sean susceptibles de ser separados de la empresa y vendidos, cedidos, entregados para su explotación, arrendados o intercambiados.

A priori, y como desarrollaremos más adelante, estas características exigidas para ser considerados como activos identificables, también concurrirían en el caso de las criptodivisas.

4) Existencias

De conformidad con la NIC 2²⁶, las existencias son «*activos (i) poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación; (ii) en proceso de producción con vistas a esa venta; o (iii) en forma de materiales o suministros que serán consumidos en el proceso de producción o en la prestación de servicio*».

Por su parte, la propia NIC 38 de Inmovilizado matiza en su alcance que, en el caso de activos intangibles mantenidos por la entidad para su venta en el curso ordinario de sus actividades, deberá aplicarse la NIC 2 Existencias, en lugar de la NIC 38.

En lo que respecta a la regulación contable nacional, la definición de existencias la encontramos en el apartado quinto del PGC «*Definiciones y relaciones contables*», en la definición del grupo 3 «*Existencias*». En concreto, el PGC establece, en línea con el concepto definido por la NIC 2, que las existencias «*Son activos poseídos para ser vendidos en el curso normal de la explotación, en pro-*

²⁶ Accesible a través del siguiente enlace:
<http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/2.Internacional/020.NIIF-UE/020.NIC%20Vigente/020.NIC%202%20Existencias.pdf>

ceso de producción o en forma de materiales o suministros para ser consumidos en el proceso de producción o en la prestación de servicios».

Dentro de estas existencias se incluyen, entre otras, las mercaderías, materias primas, otros aprovisionamientos, productos en curso, productos semiterminados, productos terminados y subproductos, residuos y materiales recuperados, o, en lo que aquí interesa, bienes adquiridos por la empresa y destinados a la venta sin transformación.

Por tanto, para que las criptodivisas puedan considerarse como existencias, el requisito fundamental que deben cumplir²⁷ es que la entidad las adquiera para comerciar con ellas, siendo este el objeto principal de su actividad (o dicho de otra forma, que las adquiera para ser utilizadas en el curso normal de explotación).

Una vez repasadas las cuatro posibles categorías de activos en las que clasificar las criptodivisas pasamos, a continuación, a analizar el criterio de los organismos contables al respecto.

3. El criterio del IFRIC y del ICAC

A la hora de analizar la opinión de los organismos contables debemos diferenciar (i) a nivel internacional, la opinión del Comité de Interpretaciones de IFRS (IFRIC) y (ii) a nivel nacional, las consultas emitidas por parte del ICAC.

3.1. La decisión del IFRIC de Junio de 2019

En respuesta a la solicitud efectuada por parte del International Accounting Standards Board (IASB) de las IFRS, en junio de 2019, el Comité de interpretaciones del IFRS (IFRIC), publicó una Decisión de Agenda sobre cómo debe contabilizar una entidad la tenencia de criptodivisas de conformidad con las NIC.

En este documento, el IFRIC parte delimitando el tipo de criptoactivos afectados por esta decisión. En concreto, el IFRIC reconoce que, existiendo una amplia variedad de criptoactivos, el tratamiento contable al que se hace referencia en su Decisión se circunscribe, exclusivamente, a las criptodivisas, esto es, en palabras del propio IFRIC, a aquellos criptoactivos que reúnen las siguientes características:

²⁷ Además de cumplir con el concepto de activo y los requisitos para su reconocimiento.

- (i) Constituyen monedas digitales o virtuales registradas en un libro mayor distribuido, protegidas y respaldadas por un sistema criptográfico que usa criptografía por seguridad.
- (ii) No están emitidas por una autoridad jurisdiccional o por otra parte, y
- (iii) No surgen de un contrato entre el titular y otra parte.

En su Decisión de Agenda, el IFRIC analiza la naturaleza de las criptodivisas y las cuatro categorías de activos anteriormente mencionadas y considera que las criptodivisas:

- (i) No pueden ser instrumentos financieros ni aplicar la NIC 32 dedicada a este tipo de activos, en la medida en que no existe ninguna relación contractual. Recordemos que las criptomonedas no se originan como consecuencia de ningún contrato, sino que surgen de forma programada y se asignan como recompensa por la resolución de operaciones efectuadas por parte de los nodos mineros.

Asimismo, no es un instrumento de patrimonio de otra entidad, ni genera un derecho contractual a recibir efectivo ni ningún otro activo financiero o instrumento de patrimonio. En esta misma línea se han pronunciado PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ²⁸ en los siguientes términos: «*Las criptomonedas no surgen como resultado de una relación contractual, sino de una operación de “minado”, que consiste en resolver problemas criptográficos cada vez más complejos.*

Además, la posesión de una unidad de moneda digital no otorga un derecho contractual u obligación a recibir efectivo u otro activo financiero de otra entidad; o a intercambiar activos financieros o pasivos financieros con terceros, en condiciones que sean potencialmente favorables para la empresa; ni tampoco es un contrato que pueda ser liquidado utilizando instrumentos de patrimonio propio de la entidad. Por todo ello, entendemos que las monedas digitales no cumplen la definición de instrumento financiero».

- (ii) No pueden calificarse como tesorería u otros activos líquidos equivalentes dado que, aun cuando estén aceptadas como medio de pago por parte de algunos operadores:

— No constituyen un medio de intercambio aceptado de forma generalizada, como ocurre con las monedas de curso legal.

²⁸ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, pág. 8.

- No pueden ser calificadas como unidad de cuenta, y ello sobre la base de que su uso no se encuentra tan generalizado como para poder ser utilizado (i) como base común para la fijación de precios de los productos o servicios o (ii) como moneda funcional para presentar los estados financieros de una entidad.

A lo anterior, debe añadirse, según la doctrina científica, que la elevada volatilidad y la ausencia de relación contractual descarta que las criptomonedas puedan encuadrarse como equivalentes de efectivo u otros activos líquidos equivalentes.

Descartada su clasificación como instrumentos financieros o como tesorería, el IFRIC determina que las criptodivisas cumplen con los requisitos para ser consideradas como inmovilizado intangible y, en consecuencia, contabilizarse conforme a las previsiones de la NIC 38. En concreto, el IFRIC considera que las criptomonedas cumplen con los requisitos establecidos en la NIC 38 para ser consideradas como inmovilizado intangible en la medida en que:

- (i) Resulta evidente que las monedas digitales son activos inmateriales, sin apariencia o sustancia física.
- (ii) Cumplen el requisito de ser activos no monetarios, en tanto que nos encontramos ante efectivo, ni activos por los que se recibe una cantidad fija o determinable de dinero.
- (iii) Adicionalmente, son activos identificables, toda vez que pueden ser separados de la empresa y vendidos o intercambiados.

Ahora bien, cumpliendo las condiciones para ser calificadas como activo intangible y recibir el tratamiento contable establecido al efecto, el IFRIC recuerda que, la propia NIC 38 puntualiza que dicha norma no se aplica a aquellos activos intangibles mantenidos para la venta en el curso normal del negocio, los cuales deberían contabilizarse atendiendo a las previsiones de la NIC 2, Existencias.

De acuerdo con lo anterior, el IFRIC concluye en su Decisión de junio de 2019 que las criptomonedas deben calificarse como activos intangibles y contabilizarse según la NIC 38, excepto en aquellos supuestos en los que las criptodivisas se mantengan para la venta en el curso ordinario del negocio, en cuyo caso deberán considerarse como existencias y contabilizarse de conformidad con lo dispuesto en la NIC 2.

3.2. *Las consultas del ICAC*

El ICAC se ha pronunciado en dos ocasiones con respecto al tratamiento contable de las criptodivisas: (i) En un primer momento, en la consulta con

número de referencia rmr/38-14, emitida el 5 de marzo de 2014 y (ii) posteriormente, de forma pública en su Consulta 4 del BOICAC número 120/2019 (publicada en diciembre de 2019).

Debe tenerse en cuenta que la primera de las consultas es una respuesta a una consulta particular presentada por un despacho de abogados, que no fue oficialmente publicada en el BOICAC. No ocurre lo mismo con respecto a la segunda de ellas, que se emitió con posterioridad a la Decisión del IFRIC (haciendo referencia explícita a la misma), y que sí ha sido oficialmente publicada en el BOICAC. Cabe anticipar que el ICAC llega a la misma conclusión que el IFRIC en ambas contestaciones, sin perjuicio de que, a continuación, pasamos a examinar en detalle cada una de ellas.

a) Consulta rmr/38-14, de 5 de marzo de 2014

A pesar de que, como se ha expuesto no fue publicada, la misma ya ponía de manifiesto la opinión del ICAC con respecto al tratamiento contable de las criptodivisas. En esta consulta se plantea el tratamiento contable que debe otorgar una sociedad cuyo objeto será la compraventa de bitcoins o monedas virtuales a cambio de una comisión. En el marco de dicha actividad, la sociedad plantea disponer (i) de bitcoins en cartera para su reventa a clientes a cambio de una comisión y (ii) de criptomonedas que se adquieren para no revenderlas, sino para mantenerlas en su inmovilizado.

En su contestación, el ICAC repasa de forma genérica la definición de activo del apartado cuarto del MC del PGC y los criterios para su reconocimiento de conformidad con lo establecido en el apartado 5 del mismo para, posteriormente, analizar si las criptodivisas cumplen con el requisito de identificabilidad establecido en la NRV 5.^a del Inmovilizado Intangible. Tras dicho análisis, el ICAC concluye, en primer lugar, que la naturaleza contable de estos activos se corresponde con la de los elementos del inmovilizado intangible, y ello en los siguientes términos: *«De acuerdo con lo anterior, parece que las monedas virtuales deberán clasificarse como inmovilizados intangibles en la medida que cumplan con los requisitos expuestos en la NRV 5.^a del PGC.»*

Sentado lo anterior, el ICAC pasa a determinar el tratamiento contable a otorgar en el caso concreto de la sociedad consultante atendiendo a su actividad habitual y al uso al que pretende destinar dicha entidad las criptomonedas adquiridas. A estos efectos, cabe destacar el siguiente razonamiento expuesto en la consulta: *«Así, la clasificación entre inmovilizado y existencias para los bitcoins de la empresa vendrá determinada por la función que cumplan en relación con su participación en la actividad ordinaria. De acuerdo con lo anterior, las monedas virtuales pertenecerán al grupo de Existencias si están destinadas a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa, o pertenecerán al grupo de Inmovilizado si se encuentran vinculadas a la empresa de manera permanente.»*

Por tanto, el ICAC concluye en esta primera consulta que:

- (i) Las monedas virtuales destinadas a la venta en el curso ordinario de las operaciones de la entidad tenedora de las mismas, deberán clasificarse como existencias, y, en consecuencia, la empresa deberá aplicar NRV 10.^a del PGC, que regula el tratamiento de las existencias.
- (ii) Por el contrario, las monedas que se encuentran vinculadas como inversión a la empresa de forma permanente, deberán calificarse como inmovilizado intangible, aplicando para su registro la NRV 5.^a Inmovilizado intangible del PGC.

Vemos, por tanto, como el criterio del ICAC emitido en esta consulta privada ya se encontraba alineado con el que, posteriormente, pondría de manifiesto el IFRIC en su Decisión de Junio de 2019.

b) Consulta 4 del BOICAC N.º 120/2019 (diciembre de 2019)

En diciembre de 2019, el ICAC en su consulta número 4 publicada en el BOICAC 120, mantiene el mismo criterio que el manifestado cinco años antes en la consulta rnr/38-14 y que el publicado por el IFRIC, en junio de 2019, al cual se hace referencia explícita en la contestación de esta consulta.

En esta segunda consulta, se aborda el tratamiento contable de la tenencia de criptodivisas por parte de una sociedad del sector de las telecomunicaciones que ha realizado varios trabajos para la emisión de una criptomoneda y que pretende obtener financiación para sus proyectos mediante la venta de la misma.

La contestación del ICAC se divide en dos apartados. En un primer apartado, el ICAC repasa (i) el concepto de criptomoneda y los pronunciamientos del BCE y la Autoridad Bancaria Europea al respecto; (ii) las características propias y el funcionamiento de estos activos y (iii) la opinión manifestada por el IFRIC en su decisión de agenda de junio de 2019.

En el segundo apartado, el ICAC se centra en el caso concreto planteado. Como no podía ser de otra forma, teniendo en cuenta la actividad desarrollada por la sociedad consultante, y en línea con el criterio del IFRIC y del propio ICAC en la consulta de 2014, el ICAC concluye lo siguiente: «*En relación con el caso concreto planteado en la consulta, procede señalar que las monedas virtuales pertenecerán al grupo de Existencias si están destinadas a transformarse en disponibilidad financiera a través de la venta como actividad ordinaria de la empresa.*»

Como consecuencia de su calificación como existencias, el ICAC aclara que resultará de aplicación la NRV 10 del PGC, y, en aplicación de las mismas

«las existencias se reflejarán en el balance por su precio de adquisición o coste de producción menos, en su caso, el importe de las correcciones reconocidas por deterioro, sin que en ningún caso pueda efectuarse revalorizaciones de dichos elementos».

Finalmente, el ICAC establece que, atendiendo a su consideración de existencias, el método de asignación de valor que deberá adoptarse para su baja del inventario debe ser, con carácter general, el método del precio medio o de coste medio ponderado.

4. Conclusión: Calificación contable como inmovilizado intangible o como existencias

De lo que se ha expuesto hasta ahora cabe concluir que tanto el IFRIC como ICAC coinciden en considerar que la clasificación y tratamiento contable que debe otorgar una entidad a las criptodivisas de las que sea titular va a depender de la actividad habitual de la empresa y de la finalidad con la que se disponga de las mismas. Así:

- (i) Como regla general, todas aquellas sociedades que no tengan el minado y el tráfico de criptodivisas como actividad habitual, deberán calificar sus criptomonedas como inmovilizado intangible, aplicando para su registro y valoración las NRV 5.^a y 6.^a del PGC, las cuales se remiten, a su vez, a los criterios contenidos en las normas relativas al inmovilizado material.
- (ii) Excepcionalmente, si las criptomonedas están destinadas a la venta en el curso ordinario de la actividad habitual de la sociedad titular de las mismas, deberán clasificarse como existencias, y, en consecuencia, para su registro y valoración se deberá aplicar NRV 10.^a del PGC.

Pasamos en los siguientes apartados a exponer las consecuencias en términos de registro y valoración contable que tiene la clasificación anteriormente expuesta.

5. Valoración y tratamiento contable de las criptodivisas que se califican como inmovilizado intangible

Como hemos visto, aquellas sociedades que tienen una actividad habitual distinta que no se encuentra relacionada con el tráfico de criptodivisas, en caso de adquirir las mismas como inversión con vocación de permanencia, deberán clasificarlas como inmovilizado intangible.

Los criterios de valoración directamente relacionados con el inmovilizado intangible los encontramos recogidos:

- (i) En las NRV 5.^a y 6.^a del PGC. Al respecto, cabe destacar que la NRV 5.^a realiza una remisión genérica a los criterios contenidos en las normas relativas al inmovilizado material y que, posteriormente, en la NRV 6.^a del PGC se regulan las particularidades propias de cada partida del inmovilizado intangible²⁹.
- (ii) Las NRV que se acaban de mencionar están debidamente desarrolladas (i) en la Resolución de 28 de mayo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro, valoración e información a incluir en la memoria del inmovilizado intangible y (en adelante «**Resolución Inmovilizado Intangible**»)³⁰ y (ii) por la Resolución de 1 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias (en lo sucesivo «**Resolución Inmovilizado Material**»)³¹, por la remisión efectuada en la norma primera de la Resolución del Inmovilizado Intangible³².

En aplicación de la normativa anteriormente expuesta, la valoración inicial y posterior de las criptomonedas atendiendo a esta categoría de inmovilizado intangible se determinará de la siguiente forma.

5.1. Valoración inicial

Tal y como establece la norma tercera de la Resolución del Inmovilizado Intangible, los elementos comprendidos en el inmovilizado inmaterial se valorarán por su coste, ya sea éste el precio de adquisición o el coste de producción.

²⁹ Una posibilidad que contempla GONZÁLEZ APARICIO, M., «Fiscalidad aplicable a los bitcoins a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 118, julio-septiembre de 2017, pág. 82; sería aplicar a las criptomonedas la NRV 7.^a del PGC relativa a los activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta. Como veremos en el último apartado, el contenido de esta norma resulta de aplicación cuando estos activos intangibles sean clasificados como mantenidos para la venta, debido a que la empresa tiene previsto que su valor contable se recupere por su venta y no por su uso continuado, y cumpla con los requisitos necesarios de disponibilidad y probabilidad de venta establecidos en dicha norma.

Esta alternativa podría evitar uno de los problemas principales de la clasificación de las criptomonedas como intangibles, que es su amortización.

³⁰ Accesible mediante el siguiente enlace:

[http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/1.Nacional/06.Resoluciones/070.Inmovilizado%20intangible%20\(ver%20RD%20602-2016\)/10.RICAC%20Intangible%2028-05-2013.pdf](http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/1.Nacional/06.Resoluciones/070.Inmovilizado%20intangible%20(ver%20RD%20602-2016)/10.RICAC%20Intangible%2028-05-2013.pdf)

³¹ Accesible mediante el siguiente enlace:

<http://www.icac.meh.es/Documentos/Contabilidad/1.Nacional/06.Resoluciones/080.Inmovilizado%20material%20y%20de%20las%20inversiones%20inmobiliarias/10.RICAC%20Inmovilizado%20material%20e%20Inversiones%20inmobiliarias%2001-03-2013.pdf>

³² En lo que no se opongan a la muy importante, a nuestros efectos, reforma efectuada en el PGC en 2016.

Pasamos, a continuación, a repasar la valoración inicial atendiendo a las tres formas de adquisición de criptomonedas que hemos anticipado en los apartados anteriores de este artículo:

- (i) *Adquisición originaria de criptodivisas por medio de la minería*: Cuando las criptodivisas se obtienen como recompensa por la labor de minado, entendemos que será necesario determinar el coste de producción. Según la Resolución del Inmovilizado Intangible, este coste de producción comprenderá todos los costes directamente atribuibles necesarios para crear, producir y preparar el activo para su puesta en condiciones de funcionamiento.

Siguiendo a PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ³³, este coste de producción tendrá, en el caso particular del minado de criptomonedas *«tres componentes fundamentales: el coste energético, el de personal y los ordenadores (ASIC), que realizan la resolución de los algoritmos que permiten sellar las transacciones»*

- (ii) *Adquisición derivativa en el mercado secundario*: Si las criptodivisas se han adquirido en el mercado secundario por una entidad, por ejemplo, a través de una casa de cambio, se incluirá como valor inicial el precio de adquisición y los gastos de comisión asociados a dicha operación.

La Resolución del Inmovilizado establece, expresamente, que los impuestos indirectos que gravan los elementos del inmovilizado intangible solo se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción cuando no sean recuperables directamente de la Hacienda Pública. Sin embargo, como se exponía en el artículo «Tratamiento tributario del bitcoin y demás criptomonedas», publicado en diciembre de 2018 en el número 70 de esta Revista³⁴, a cuyo contenido nos remitimos, debe tenerse en cuenta que la entrega de criptomonedas se considera como una operación sujeta y exenta de IVA, de forma que no se soportará importe alguno por este impuesto.

Ejemplo 1: *A título de ejemplo, si se adquieren 10 bitcoins con un precio de cotización de 10.000 €/bitcoin y se satisface una comisión de compra de 1.000 € la valoración inicial de las criptomonedas adquiridas y el asiento a practicar sería el siguiente:*

³³ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, pág. 11.

³⁴ EGEA PÉREZ-CARASA, I., «Tratamiento tributario del “bitcoin” y demás criptomonedas», *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 70, 2018, págs. 164-175; en el mismo se analizan los pronunciamientos de la Dirección General de Tributos (DGT) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que declaran que las operaciones de intercambios de criptomonedas por divisas constituyen operaciones sujetas y exentas de IVA.

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
207	Bitcoins (inmovilizado intangible)	101.000	
400/570	Proveedor/ Tesorería		101.000

- (iii) *Adquisición de criptomonedas como pago o contraprestación por los bienes y servicios ofertados por parte de la entidad*: Como hemos visto, puede ocurrir que la entidad acepte criptomonedas como pago o contraprestación por los bienes o servicios ofrecidos a sus clientes. En tal caso, la sociedad estaría adquiriendo las criptodivisas (inmovilizado intangible) a cambio de la entrega de uno o varios activos no monetarios (entrega de un bien o prestación de un servicio), constituyendo dicha operación una permuta a efectos contables.

En este escenario, el apartado quinto de la norma tercera de la Resolución del Inmovilizado Intangible se remite a los criterios de la Resolución del Inmovilizado material en relación con las adquisiciones por permuta. Teniendo en cuenta que, en estos casos, la configuración (riesgos, calendario e importe) de los flujos de efectivo de las criptodivisas recibidas diferirá, con toda seguridad, de la configuración de flujos del activo entregado o servicio prestado por la entidad, la permuta deberá calificarse como una permuta comercial.

En aplicación del apartado 2.1.a) de la Norma Tercera de la Resolución del Inmovilizado Material, las criptodivisas adquiridas por permuta se registrarán por el valor razonable del activo entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias entregadas, salvo que se tenga evidencia más clara del valor razonable del activo recibido y con el límite de este último. En el caso particular de las criptodivisas, parece razonable considerar que, al cotizar en un mercado secundario, debería prevalecer el precio de cotización como evidencia más clara de su valor razonable, debiéndose registrar por este valor de cotización³⁵.

³⁵ Sobre este particular, interesa destacar la opinión de PUJALTE MÉNDEZ-LEITE, H., «La proliferación de las monedas virtuales en un entorno desregulado: su impacto en la fiscalidad», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 6/2017; donde llama la atención sobre la variación de precios que podemos encontrar en función de la plataforma y plantea si merecería la pena modificar la regla de las permutas comerciales para las criptodivisas haciendo prevalecer el valor razonable de los activos entregados. Reproducimos, a continuación, su reflexión (páginas 19 y 20), por considerarla de máximo interés a los efectos que nos ocupan: «A pesar de que las normas contables y el consiguiente tratamiento fiscal parecen relativamente claros, como señalábamos, el principal obstáculo por la falta de regulación de las criptomonedas es que, a pesar de que las monedas virtuales cotizan en un mercado virtual, cada plataforma de intercambio de moneda virtual puede tener en un momento determinado un precio de cotización diferente, es decir, un valor razonable distinto. De este modo, el valor razonable y, consecuentemente, el efecto fiscal en el

En todo caso, debe observarse que la aplicación de la norma de valoración de permutas comerciales que se acaba de exponer puede generar resultados en la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad, como consecuencia del diferencial entre el valor de lo entregado y lo recibido.

Ejemplo 2: *Vamos a ilustrarlo con un ejemplo práctico. Supongamos que una entidad vende una maquinaria valorada en 82.644,63 € a un tercero repercutiendo por dicha entrega de bienes una cuota de IVA de 17.355,37 € (de forma que el importe total de la venta ascendería 100.000 €) y aceptando, como medio de pago, la entrega de 10 bitcoins que cotizan a 10.000 €/bitcoin. Pues bien, los asientos contables a practicar por la entidad para registrar la permuta comercial que se acaba de describir serían los siguientes:*

2.1) *Por la venta de maquinaria*

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
430	Cliente maquinaria	100.000	
700	Ventas		82.644,63
477	H.P IVA Repercutido		17.355,37

2.2) *Por la recepción del pago en criptodivisas*

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
207	Bitcoins (inmovilizado intangible 10 btcs a 10.000 €/btc)	100.000,00	
400	Proveedor de criptodivisas		100.000,00

IS, diferirá según la plataforma donde se adquieran o vendan las monedas virtuales, por lo que no tiene mucho sentido que dos empresas que han adquirido o vendido en el mismo momento la misma cantidad de monedas virtuales de idéntico tipo (bitcoin, ethereum, etc.), pueden reflejar en contabilidad valoraciones basadas en valores razonables diferentes. Quizá esta puede considerarse una laguna en el tratamiento contable y debiera establecerse, en tanto no exista una regulación de los mercados de monedas virtuales, una norma que hiciera prevalecer, en las permutas de estas monedas, el valor razonable de los activos materiales entregados o recibidos, en la medida en que quizá resulte excesivo considerar como valor razonable de dichas monedas el determinado en un mercado desregulado y permanentemente sometido a pura especulación financiera.»

2.3) *Por la cancelación de cliente de servicios y proveedor de criptodivisas*

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
430	Cliente maquinaria		100.000
400	Proveedor de criptodivisas	100.000	

(*) Si hubiese diferencia entre el saldo del cliente y del proveedor por variaciones en el valor razonable de los activos entregados, dicha diferencia se llevaría contra PyG generando el correspondiente resultado adicional (ingreso o gasto)

5.2. *Valoración posterior*

En lo que respecta a la valoración posterior de las criptomonedas como activos intangibles, debemos hacer referencia (i) a la amortización y (ii) al eventual deterioro de las mismas.

- (i) *Amortización:* Desde el 1 de enero de 2016³⁶, todos los activos intangibles se consideran de vida útil definida y, por tanto, deben ser objeto de amortización sistemática en el periodo durante el cual se prevé, razonablemente, que los beneficios económicos inherentes al activo produzcan rendimientos para la empresa.

Cuando la vida útil de estos activos no pueda estimarse de manera fiable se amortizarán en el plazo de diez años. Siendo este el caso de las

³⁶ Con anterioridad al 1 de enero de 2016, y de conformidad con el artículo 39.1 del Código de Comercio vigente hasta ese momento, se consideraba que los elementos del inmovilizado intangible tenían una vida útil indefinida en el caso de que, sobre la base de un análisis de todos los factores relevantes, no existiese un límite previsible del plazo a lo largo del cual se esperaba que dicho activo generase entradas de flujos netos de efectivo para la empresa.

Esta circunstancia concurría, precisamente, en el caso de las criptomonedas, por ello se englobaban en los elementos del intangible con vida útil indefinida de forma que no se consideraban amortizables sin perjuicio de que todos los años sería obligatorio analizar su posible deterioro y, en su caso, dotar el mismo.

Con posterioridad, la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, modificó el artículo 39 del Código de Comercio en relación con la amortización de los intangibles y del fondo de comercio, estableciendo que: «*Los inmovilizados intangibles son activos de vida útil definida. Cuando la vida útil de estos activos no pueda estimarse de manera fiable se amortizarán en un plazo de diez años, salvo que otra disposición legal o reglamentaria establezca un plazo diferente*».

A partir de esta modificación, las criptodivisas pasan de ser activos con vida útil indefinida no amortizables, a activos con vida útil definida pero que no pueda estimarse de manera fiable. Así, con el cambio normativo contable, las criptodivisas pasan a ser activos que se deberían amortizar en el plazo de diez años.

criptodivisas, en tanto que no es posible estimar su vida útil, las mismas deberán de amortizarse, obligatoriamente, de forma lineal en el citado plazo de diez años si se califican como inmovilizado intangible.

Como veremos en el último apartado, esta consecuencia valorativa de la calificación como inmovilizado intangible es una de las cuestiones que más controversia suscita en la doctrina científica, ya que resulta cuanto menos cuestionable que, en la práctica, las criptodivisas sufran una pérdida de valor irreversible y sistemática por el paso del tiempo o por su funcionamiento, uso y disfrute.

Sobre esta cuestión conflictiva interesa destacar la opinión manifestada por PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ³⁷, los cuales opinan lo siguiente: *«Está claro que las monedas digitales pueden sufrir pérdidas de valor reversibles, pero no las sufren irreversibles y sistemáticas por el simple paso del tiempo. Por lo que no consideramos adecuada la aplicación de esta norma a las monedas digitales.*

»Nos parece que el tratamiento contable de los inmovilizados intangibles excluye por sí mismo a las monedas virtuales de su inclusión entre los mismos, lo que nos lleva de nuevo a solicitar una modificación de nuestra normativa contable, para dar un encaje adecuado a la figura que estamos analizando».

Cuestión distinta es que, debido a su alta volatilidad, las criptodivisas puedan sufrir pérdidas de valor reversibles, en cuyo caso será necesario acudir al mecanismo del deterioro, como pasamos a ver a continuación.

- (ii) *Deterioro:* Al menos al cierre del ejercicio la empresa debe evaluar si existen indicios que indiquen que las criptomonedas calificadas como activos intangibles se han deteriorado. Si esto sucede, es decir, cuando el valor contable de dichas criptomonedas sea inferior a su importe recuperable, se debe valorar y reconocer una pérdida por deterioro por la diferencia entre ambos valores.

A estos efectos, el importe recuperable es el mayor entre (i) su valor razonable menos los costes de venta; (ii) su valor en uso y (iii) cero. Siendo las criptodivisas un activo con cotización, entendemos que la referencia a tener en cuenta será su valor razonable (valor de cotización), al cierre del ejercicio. De producirse el citado deterioro de valor, el mismo se debe registrar en la cuenta de PyG a través de la cuenta de gasto 690 *«Pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible»*, la cual tendrá como contra-

³⁷ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, págs 11 y 12.

partida el correspondiente abono en la cuenta 290 «*Deterioro de valor del inmovilizado intangible*»

Una vez registrado el deterioro de valor, deben tenerse en cuenta las dos siguientes consideraciones:

- a) *Modificación de las amortizaciones*: Si el valor de las criptodivisas se ha deteriorado, su valor amortizable también se habrá visto disminuido en dicha pérdida, por lo que la entidad deberá recalcular los importes a amortizar en los ejercicios futuros, teniendo en cuenta este nuevo valor.
- b) *Reversión del deterioro*: Cuando las circunstancias que motivaron el deterioro de las criptomonedas hubieran dejado de existir, por haberse incrementado su cotización, la empresa debe revertir la pérdida previamente dotada. El importe de la reversión tiene como límite máximo el valor contable del inmovilizado que estaría reconocido en la fecha de reversión, si no se hubiese registrado la pérdida por deterioro y el reconocimiento contable de la reversión deberá contabilizarse en la cuenta de PyG mediante el abono en la cuenta de ingreso 790 «*Reversión del deterioro del inmovilizado intangible*», junto con el correspondiente cargo en la cuenta 290 «*Deterioro de valor del inmovilizado intangible*» que recogía la corrección valorativa y que se da de baja.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, con la reversión de las pérdidas por deterioro, la base de amortización se incrementa, por lo que las empresas deben volver a recalcular de nuevo las amortizaciones en la vida útil restante de estos inmovilizados intangibles.

5.3. Baja

Las criptomonedas, como cualquier otro inmovilizado intangible, se darán de baja en el momento de su enajenación o disposición por otra vía (permuta por utilizarlos como medios de pago para la adquisición de bienes y servicios). En ambos casos, se generará la correspondiente ganancia o pérdida del inmovilizado intangible a registrar en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Sin embargo, resulta necesario diferenciar el tratamiento contable de uno u otro supuesto:

- (i) *Baja por venta de la criptodivisa a cambio de dinero de curso legal*: En el caso de enajenación de criptomonedas recibiendo a cambio dinero de curso legal (por ejemplo, euros), el importe que se obtenga menos los

costes de venta determinará el beneficio o pérdida a registrar en la cuenta de pérdidas y ganancias al dar de baja dicho elemento del inmovilizado intangible junto con la baja correspondiente de la amortización acumulada (y, en su caso, del deterioro no revertido).

Ejemplo 3: Siguiendo con los ejemplos prácticos, imaginemos que los 10 bitcoins adquiridos por 10.000 €/bitcoin se venden por la sociedad a través de un exchange a cambio de un importe de 120.000 € al finalizar el tercer año desde su adquisición (por haberse incrementado su cotización a 12.000 €/bitcoin en el momento de la venta). Las criptodivisas tendrán acumulada una amortización de 30.000 € (a razón de 10.000 € anuales —1/10 de 100.000 €—) que se darán de baja con su venta, y asumimos que las mismas no han sido objeto de deterioro previo. Pues bien, en este escenario se generaría, en sede de la sociedad, un beneficio a registrar en PyG de 50.000 € que se registraría en la cuenta de PyG conforme al siguiente asiento:

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
207	Bitcoins (10 btc a 10.000 €/btc)		100.000
280	Amortización acumulada inmovilizado intangible	30.000	
570	Tesorería (importe venta a 12.000 € bitcoin)	120.000	
770	Beneficio procedente inmovilizado intangible (ingreso en PyG)		50.000

- (ii) *Entrega de criptodivisas como pago por la adquisición de un bien o servicio (permuta):* En este caso, nos encontraríamos de nuevo ante una permuta de carácter comercial, de forma que el bien o servicio adquirido deberá registrarse por el valor razonable del bien entregado (esto es, por la cotización de las criptodivisas entregadas como medio de pago), siempre que no sea más fiable el valor razonable del bien adquirido y, en todo caso, con el límite del valor razonable de este.

Partiendo del principio de equivalencia de las transacciones, en caso de que la operación tenga lugar con un tercero, resulta razonable considerar que, en principio, el valor otorgado al bien o servicio adquirido (junto con el IVA correspondiente), tenderá a coincidir con el valor de cotiza-

ción de los bitcoins entregados a cambio como contraprestación³⁸, por lo que el mismo se registrará por este último valor (con el límite del valor razonable de dicho bien adquirido y descontando, en su caso, el efecto del IVA). Vamos a verlo con un ejemplo.

Ejemplo 4: Supongamos que una entidad adquiere una maquinaria valorada en 82.644,63 € a un tercero soportando por dicha adquisición una cuota de IVA de 17.355,37 € (de forma que el importe total a satisfacer por la compra sería de 100.000 €). En lugar de pagar con dinero, la entidad entrega como medio de pago 10 bitcoins que cotizan a 10.000 €/bitcoin. Dichos bitcoins fueron adquiridos a 9.500 €/bitcoin hace dos años, teniendo acumulada una amortización de 19.000 € (2/10 de 95.000 €). El registro contable de la permuta sería el siguiente:

4.1) Por la adquisición de maquinaria

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
213	Maquinaria	82.645	
472	HP IVA Soportado	17.355	
400	Proveedor		100.000

4.2) Por la baja de los bitcoins que se entregan como contraprestación

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
207	Bitcoins (10 btc adquiridos a 10.000 €/btc)		95.000
280	Amortización acumulada inmovilizado intangible	19.000	
430	Cliente (10btc a 10.000 €/btc)	100.000	
770	Beneficio procedente inmovilizado intangible (ingreso en PyG)		24.000

³⁸ Valor de cotización que, con las reservas expuestas con anterioridad, podría considerarse como valor con cierta fiabilidad.

4.3) *Por la cancelación de las cuentas de cliente y proveedor*

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
400	Proveedor	100.000	
430	Cliente (10btc a 10.000 €/btc)		100.000

6. Valoración y tratamiento contable de las criptodivisas que se califican como existencias

Cuando las criptomonedas están destinadas a la venta en el curso ordinario de la actividad habitual de la sociedad, las mismas deberán clasificarse como existencias, y, en consecuencia, para su registro y valoración se tendrá que aplicar la NRV 10.^a del PGC, con las especialidades que pasamos a ver a continuación.

6.1. Valoración inicial

De conformidad con el apartado anterior del artículo las criptodivisas comprendidas dentro de las existencias se valoran inicialmente por su coste, esto es, su precio de adquisición o coste de producción, en función de cómo se hayan adquirido las mismas³⁹. De esta forma:

- (i) Si las criptodivisas se obtuvieron por trabajo de minado, se valoran al coste de producción, pudiendo aplicar los criterios expuestos en el apartado del inmovilizado intangible, a los cuales nos remitimos.
- (ii) Si se compran a terceros para luego comerciar con ellas, se valoran a su precio de adquisición, el cual se corresponde con el importe facturado por el vendedor después de incorporar todos aquellos gastos directamente atribuibles a la adquisición, como pueden ser las comisiones.

³⁹ Conforme a la redacción actual del PGC, las existencias cotizadas deben valorarse conforme a los criterios generales, es decir, precio de adquisición o coste de producción. No obstante, será necesario estar atentos a la Reforma del PGC prevista para 2021 para evaluar (i) si, en línea con lo previsto en la normativa internacional, el Proyecto de modificación del PGC finalmente introduce un régimen especial para intermediarios de materias primas cotizadas (que les permite valorar las mismas inicialmente a valor razonable menos coste de venta) y (ii) si se puede entender que los intermediarios de criptodivisas calificadas como existencias pueden verse afectados por dicha reforma.

6.2. Valoración posterior

Atendiendo a lo dispuesto en el apartado 2 de la NRV 10 del PGC y en la norma quinta de la Resolución de 18 de septiembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración e información a incluir en la memoria de las cuentas anuales sobre el deterioro del valor de los activos⁴⁰, debe tenerse en cuenta:

- (i) Que las existencias no son susceptibles de amortización. En consecuencia, no se registrará un gasto anual en la cuenta de pérdidas y ganancias por este concepto para las criptodivisas calificadas contablemente como existencias.
- (ii) Que deberán practicarse las correspondientes correcciones por deterioro en el supuesto de que, al cierre de ejercicio, su valor neto realizable, (esto es, el que podría obtenerse por su venta deducidos los costes necesarios para llevarla a cabo), resultase inferior a su coste de adquisición o producción. Si, posteriormente, las circunstancias que causaron la corrección del valor de las existencias hubiesen dejado de existir, el importe de la corrección será objeto de reversión reconociéndolo como un ingreso en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Vemos, por tanto, que las criptodivisas calificadas como existencias podrán originar el registro de gastos e ingresos en la cuenta de pérdidas y ganancias con ocasión de su deterioro y posterior reversión.

6.3. Baja

Teniendo en cuenta que las criptodivisas calificadas como existencias están destinadas a la venta en el curso ordinario de la actividad de la sociedad, su baja se producirá por su enajenación a cambio de dinero de curso legal (por ejemplo, euros). De esta forma, el importe que se obtenga menos los costes de venta determinará el beneficio o pérdida a registrar en la cuenta de pérdidas y ganancias al dar de baja las criptodivisas vendidas como existencias.

Ahora bien, en este supuesto adquiere especial trascendencia el método de asignación de valor a las existencias que se dan de baja. Y es que, en contabilidad, cuando una empresa ha adquirido o producido existencias (en este caso, criptomonedas), con costes distintos, es necesario establecer una metodología para asignar el coste de las existencias que se mantienen y el coste a las existencias que se han transmitido.

⁴⁰ Accesible mediante el siguiente enlace:

<http://www.icac.meh.es/Normativa/Contabilidad/Nacional/ficha.aspx?hid=70>

Así, de cara a efectuar esta asignación de valor deben tenerse en cuenta las dos siguientes consideraciones:

- (i) En primer lugar, cabe destacar que, a efectos de asignación del coste de las existencias, el PGC distingue entre existencias intercambiables y no intercambiables o aquellas segregadas para un proyecto específico. En este sentido:
 - a. Las existencias no intercambiables son aquellas que pueden ser unitariamente identificadas tras incorporarse al patrimonio de la sociedad.
 - b. De conformidad con el apartado 1.3 de la NRV 10 *«Cuando se trate de bienes no intercambiables entre sí o bienes producidos y segregados para un proyecto específico, el valor se asignará identificando el precio o los costes específicamente imputables a cada bien individualmente considerado»*.

Lo anterior adquiere especial relevancia en el caso de que una sociedad disponga en su activo con distintos tipos de criptomonedas o criptoactivos o los tenga identificados en monederos virtuales o carteras distintas. En estos casos, lo primero que debe tenerse en cuenta, es que, como no puede ser de otra forma, deberán distinguirse las carteras con los distintos tipos de criptodivisas o criptoactivos, toda vez que dos criptodivisas distintas no pueden considerarse como existencias intercambiables a estos efectos.

En esta línea se han manifestado CEDIEL y PÉREZ POMBO⁴¹, al apreciar que *«la referencia anterior es importante, en tanto que no existe una única criptomoneda, sino una variedad de ellas, y, además, las podemos tener claramente identificadas y diferenciadas en distintas cuentas o wallets, por lo que debería valorarse la asignación de los costes y valoración a cada una de ellas, respetando dicha diversidad de monedas y orígenes»*.

En nuestra opinión, si bien la consideración de dos criptodivisas distintas como existencias no intercambiables a efectos contables resulta difícilmente discutible, mayores dudas puede plantear en la práctica la intercambiabilidad de dos carteras de una misma criptomoneda mantenidas en cuentas de exchangers distintos o monederos virtuales diferentes.

- (ii) En segundo lugar, y en línea con lo anterior, para toda la cartera que una sociedad pueda tener en una determinada criptomoneda, se deberán aplicar

⁴¹ CEDIEL, A. y PÉREZ POMBO, E., *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier, Barcelona, 2020, página 43.

las reglas establecidas para las existencias intercambiables, definidas a efectos contables como aquellas unidades de productos que no pueden ser unitariamente identificadas⁴².

Para estos bienes, la valoración del coste de las criptomonedas vendidas y el coste de las criptomonedas remanentes en el activo se debe realizar a través de los siguientes métodos de asignación de costes:

- a. Con carácter general, y de forma preferente, el apartado 1.3 de la NRV 10 del PGC establece que debe adoptarse el método del precio medio o coste medio ponderado (en lo sucesivo «CMP»). En virtud de este método se obtiene una valoración homogénea de todas las criptodivisas intercambiables, mediante el promedio entre el total de los costes de adquisición o de producción y el número de criptodivisas adquiridas o producidas.

Esta preferencia por el método del coste medio ponderado no sólo se desprende de la literalidad de la NRV 10 del PGC, sino que también se pone de manifiesto en las consultas del ICAC anteriormente citadas, en las cuales no se hace referencia alguna a la opción por el sistema FIFO.

Por su parte, la doctrina científica también se ha decantado por este método como preferente. Entre otros, GONZÁLEZ APARICIO⁴³, establece lo siguiente: «No obstante, el PGC, tal y como se indicó, se decanta por el método de los precios ponderados en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el caso de los bitcoins, nos encontramos ante bienes intercambiables y no identificables individualmente. Además, atendiendo a las numerosas variaciones de valor que sufren los bitcoins, parece el método más adecuado a fin de ofrecer una imagen fiel del patrimonio de la empresa.»

- b. De forma opcional, y aunque se da prioridad al método anterior, la misma NRV 10 del PGC permite como alternativa utilizar el método «first in-first out» (FIFO), si la empresa lo considera más adecuado para su gestión. Este método asume que el flujo de salida de las existencias se produce en el orden de entrada, y, en consecuencia, va asignando el coste de criptodivisas vendidas según el orden cronológico de adquisición, de mayor a menor antigüedad. Las existencias finales, por tanto, se valoran según el coste de las últimas partidas de criptodivisas adquiridas.

⁴² Sin perjuicio de las dudas que puede plantear la tenencia de dos carteras de una misma criptomoneda a través de exchangers o monederos virtuales distintos.

⁴³ GONZÁLEZ APARICIO, M., «Fiscalidad aplicable a los bitcoins a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 118, julio-septiembre de 2017, pág. 80.

La aplicación de uno u otro método puede generar importantes diferencias en la determinación de la renta contable (y, como veremos, fiscal), que se pueda poner de manifiesto como consecuencia de la transmisión de las criptomonedas, tal y como podemos ver en el siguiente ejemplo:

Ejemplo 5: Una entidad adquiere 5 bitcoins con un precio de cotización de 10.000 €/bitcoin y, con posterioridad, pero en el mismo ejercicio, adquiere 10 bitcoins a un precio de 12.000 €/bitcoin. Debido al incremento de la cotización del bitcoin en ese mismo ejercicio, decide vender 7 bitcoins antes de finalizar el año a un precio de 14.000 €/bitcoin. Pues bien, la renta contable va a variar en función del método que utilice la empresa para asignar valor a los 7 bitcoins que se dan de baja:

a) *Utilización de Coste Medio Ponderado:* En virtud de este método se obtendría un precio medio ponderado de 11.333,33 €/bitcoin como resultado de la siguiente ecuación: $[(5 \cdot 10.000 + 10 \cdot 12.000) / (5 + 10)]$.

La renta contable ascendería a 18.666,67 €, como muestra el siguiente desglose junto con su correspondiente contabilización:

CMP	11.333,33
A) Valor asignado a los 7 Bitcoins que se dan de baja (=7*CMP)	79.333,33
Precio de venta unitario (PVU)	14.000,00
B) Precio de Venta total (=7*PVU)	98.000,00
Renta Contable (=B-A)	18.666,67

Asiento de venta

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
300	Bitcoins (7 a CMP)		79.333
570	Tesorería (importe venta a 14.000 € bitcoin)	98.000	
700	Beneficio venta existencias (ingreso en PyG)		18.666,67

b) *Utilización de FIFO:* Según el método FIFO, se considera que las primeras existencias que entran son las primeras existencias que salen. En este

caso, se considerará que de los 7 bitcoins vendidos, 5 se corresponden con el primer lote adquirido a 12.000 €/bitcoin y los 2 restantes se corresponden con el segundo lote adquirido a 12.000 €/bitcoin, generándose una renta contable de 24.000 € como muestra el siguiente desglose:

b) Utilización criterio FIFO

FIFO	11.333,33
5 bitcoins adquiridos a 10.000 €/bitcoin	50.000,00
2 bitcoins adquiridos a 12.000 €/bitcoin	24.000,00
A) Valor asignado a los 7 bitcoins que se dan de baja	74.000,00
Precio de venta unitario (PVU)	14.000,00
B) Precio de Venta total (=7*PVU)	98.000,00
Renta Contable (=B-A)	24.000,00

Asiento de venta

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
300	Bitcoins (7 siguiendo FIFO)		74.000
570	Tesorería (importe venta a 14.000 € bitcoin)	98.000	
700	Beneficio venta existencias (ingreso en PyG)		24.000,00

Vistas las diferencias que puede generar la aplicación de uno u otro método, debe puntualizarse que, conforme al principio contable de uniformidad, una vez adoptado un método de valoración de existencias (coste medio ponderado o FIFO), debe mantenerse uniformemente en el tiempo y aplicarse para el conjunto de existencias de la empresa que presenten similares características o naturaleza⁴⁴.

⁴⁴ No obstante, con carácter excepcional, se puede cambiar el método de valoración de las existencias siempre que se haya producido una modificación de las circunstancias que exija el cambio de criterio para conseguir un mejor reflejo de la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa. En estos cambios de criterios contables ha de tenerse en cuenta la norma de registro y valoración sobre cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables del PGC.

IV. IMPLICACIONES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1. Consideraciones previas

El IS es un tributo de carácter directo y naturaleza personal regulado actualmente por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante «LIS»). El hecho imponible de este impuesto está constituido por la obtención de renta por parte de los contribuyentes, cualquiera que sea su fuente u origen. Nos encontramos, por tanto, ante un impuesto sobre los beneficios que tiene carácter sintético, esto es, que no califica las rentas obtenidas por los contribuyentes en función de la fuente de la que proceden y las integra de forma global en la determinación de la base imponible⁴⁵.

La base imponible es determinada, en la gran mayoría de los casos, por el método de estimación directa. En virtud del mismo, y tal y como establece el artículo 10.3 de la LIS, la base imponible se calcula (i) partiendo del resultado contable determinado por la aplicación de la normativa contable vigente, y (ii) corrigiendo el mismo, a través de ajustes fiscales positivos y negativos, por la aplicación de los preceptos establecidos en la propia LIS que se separan de los criterios contables en determinados aspectos como la valoración de las operaciones, su calificación o la imputación temporal de determinados ingresos y gastos.

De lo anterior se desprende que el tratamiento contable de las criptodivisas expuesto en los apartados anteriores va a suponer el punto de partida sobre el que opera el IS, y sólo en la medida en que existan disposiciones fiscales específicas en la LIS, podrán generarse ajustes extracontables que afecten a la determinación de la base imponible del IS.

Es, por ello, que en el presente apartado dividiremos el análisis de los eventuales ajustes a practicar en el IS atendiendo a la calificación contable de las criptodivisas, esto es, diferenciando en función de si las mismas se consideran inmovilizado intangible o existencias. Asimismo, de cara a facilitar la comprensión, se introducirán ejemplos prácticos donde se ilustrará cómo operan los ajustes extracontables a practicar.

2. Implicaciones en el IS de la tenencia de criptodivisas calificadas como inmovilizado intangible

La LIS no contiene ninguna disposición específica que haga referencia a la valoración inicial del inmovilizado intangible. En consecuencia, con carácter ge-

⁴⁵ Sin perjuicio de que algunas de las rentas puedan tener un régimen fiscal específico como pueden ser las rentas obtenidas por la cesión de determinados activos intangibles o el régimen de exención previsto para determinadas rentas de fuente interna y extranjera.

neral, a efectos del IS se seguirán los mismos criterios que los expuestos a nivel contable (coste de producción, precio de adquisición)⁴⁶.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con la valoración posterior. En particular, la LIS contiene determinadas reglas especiales que van a determinar la necesidad de practicar ajustes extracontables en relación con la amortización y el deterioro de criptodivisas, reglas que, a su vez, van a originar ajustes que deberán de practicarse con ocasión de la baja de estos elementos patrimoniales cuando los mismos se transmitan. A continuación, analizamos de manera pormenorizada cada uno de estos ajustes.

2.1. *Amortización fiscal*

El artículo 12.1 de la LIS establece que la amortización contable del inmovilizado intangible será deducible siempre que se corresponda con la depreciación efectiva que sufran estos elementos por su funcionamiento, uso, disfrute u obsolescencia, determinada de acuerdo con los métodos previstos en la LIS y en su desarrollo reglamentario.

De acuerdo con el apartado 2 del artículo 12 de la LIS, en su redacción otorgada con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2016, el inmovilizado intangible se amortizará atendiendo a su vida útil. Cuando dicha vida útil no pueda estimarse de manera fiable, la amortización será deducible con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe, esto es, a un ritmo del 5% anual (equivalente a 1/20).

En aplicación de los dos apartados anteriores del artículo 12 de la LIS, y en la medida en que no es posible estimar de manera fiable la vida útil de las criptodivisas⁴⁷, estos elementos del inmovilizado intangible se amortizarán contablemente en un plazo de 10 años (esto es, a un ritmo del 10%), mientras que, fiscalmente, el gasto contable únicamente podrá deducirse con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe (es decir, el 5%).

Debe aclararse que la deducción fiscal parcial del gasto por amortización contable estará condicionada al cumplimiento del principio de inscripción contable establecido en el art. 11.3. 1.º de la LIS. En virtud de este principio, para que el gasto por amortización sea fiscalmente deducible, tendrá que estar contabilizado, sin perjuicio de que, como se acaba de señalar, el gasto contable estará sometido a la aplicación del límite anual del 5% a efectos del IS.

⁴⁶ Excepcionalmente, podrán surgir diferencias en casos muy particulares, como por ejemplo, en caso de adquirir las criptodivisas como consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen de neutralidad.

⁴⁷ Tal y como se ha anticipado en el apartado contable.

Como consecuencia de la limitación a la deducibilidad fiscal de la amortización contable de las criptodivisas, anualmente, parte del gasto por amortización contable (correspondiente al 5% que representa la diferencia entre el ritmo de amortización contable —10%— y fiscal —5%—) se considerará no deducible a efectos del IS, y, en consecuencia, deberá practicarse el correspondiente ajuste extracontable positivo por dicho importe anual para la determinación de la base imponible.

El ajuste extracontable positivo al que se acaba de hacer referencia es un ajuste de carácter temporal que se recuperará en ejercicios posteriores. En concreto, la recuperación de estos ajustes (mediante la práctica de los correlativos ajustes extracontables negativos) se producirá:

- (i) A partir del décimo ejercicio desde la adquisición de la criptomoneda en cuestión, ejercicio a partir del cual las criptodivisas estarán completamente amortizadas a efectos contables (por haberse amortizado a un ritmo del 10%). Desde este ejercicio, aunque el activo esté plenamente amortizado a nivel contable, el mismo se seguirá amortizando a efectos del IS, en tanto que, recordemos, el ritmo de amortización fiscal es inferior (5%).

Como quiera que contablemente no habrá registrado gasto alguno a partir de este décimo ejercicio, y, por lo tanto, el mismo no se reflejará en el resultado contable, será necesario practicar un ajuste extracontable negativo anual, por importe correspondiente a la amortización fiscal del 5%, para incorporar la deducibilidad fiscal de esta amortización en la base imponible.⁴⁸

- (ii) En caso de transmisión del activo intangible. En el ejercicio de transmisión de las criptodivisas, la amortización contable no deducida en períodos anteriores sería deducible de forma indirecta mediante la determinación de la renta fiscal obtenida en la transmisión.

Esto es así en tanto que (i) el valor fiscal de las criptodivisas transmitidas será superior a su valor contable (por amortizarse fiscalmente a un ritmo inferior), y (ii) en consecuencia, se generará una menor renta a efectos fiscales que el resultado contable registrado en la cuenta de pérdidas y ganancias, debiendo practicarse el correspondiente ajuste extracontable negativo que refleje la citada diferencia, como expondremos con mayor detenimiento más adelante⁴⁹.

⁴⁸ Dándose por cumplido el principio de inscripción contable toda vez que el gasto sí se ha registrado contablemente, pero en ejercicios previos.

⁴⁹ Nos remitimos en este punto al ejemplo práctico número 7, que se expondrá más adelante.

2.2. Deducibilidad fiscal del deterioro

En lo que se refiere al deterioro, el artículo 13.2.a) de la LIS dispone que, desde el 1 de enero de 2015, no serán deducibles las pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible que se puedan registrar contablemente. De nuevo, nos encontraríamos ante un gasto contable que no tendría la naturaleza de gasto deducible a efectos de IS, de forma que será necesario practicar un ajuste extracontable positivo para la determinación de la base imponible del ejercicio en el que se registre el citado deterioro a nivel contable.

Al igual que ocurre con los ajustes por amortización, el ajuste que refleja la no deducibilidad del deterioro de las criptomonedas se recuperará en ejercicios posteriores. En particular:

- (i) Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13.2 y 20.b) de la LIS, mientras el elemento no se transmita, el deterioro contabilizado no deducido fiscalmente se recuperará proporcionalmente en función de la vida útil del activo intangible. En este sentido, el ajuste positivo por el que se refleja el deterioro no deducible se recuperará de forma extracontable en la base imponible mediante la práctica de los correspondientes ajustes negativos en los períodos impositivos que resten hasta completar el periodo de 20 años de amortización fiscal y en proporción a la amortización registrada a efectos del IS.
- (ii) En caso de que la criptodivisa se transmita o se dé baja, la totalidad del deterioro, no deducido fiscalmente, se integrará con ocasión de dicha transmisión o baja tal y como expone el propio artículo 20.c) de la LIS. Recordemos que, en este caso, la recuperación del ajuste se produce debido a que la renta fiscal generada será siempre inferior a la renta contable (en tanto que el valor fiscal del elemento será superior al no haberse deducido el deterioro), debiendo practicarse el ajuste de signo contrario (negativo) correspondiente.

Vamos a verlo mediante el siguiente *ejemplo número 6*:

1. «Año 1: Una sociedad adquiere 10 bitcoins con un precio de cotización de 10.000 €/bitcoin. Desde el punto de vista contable, dichos bitcoins se amortizan por un importe de 10.000 €/anuales (a un ritmo del 10%), mientras que a efectos del IS, sólo serán deducibles 5.000 €/anuales (5%), generándose un ajuste extracontable positivo de 5.000 €/anual (amortización contable no deducible fiscalmente).

Coste inicial	100.000,00
Amortización contable (10%)	10.000,00
Amortización fiscal (5%)	5.000,00
Ajuste positivo a practicar	5.000,00

Apunte contable amortización cierre año 1

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
680	Amortización del inmovilizado intangible (gasto en PyG)	10.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		10.000

Fiscalmente: Al cierre del ejercicio 1 se practicará un ajuste positivo de +5.000 €

2. Año 2: Al finalizar el segundo ejercicio, se produce una caída en la cotización del bitcoin a 5.000 €/bitcoin, registrándose el correspondiente deterioro de 30.000 € por la diferencia entre (i) el importe recuperable (50.000 €) y (ii) el valor en libros del bitcoin de 80.000 € (coste inicial de 100.000 – amortización contable acumulada de 20.000 €). Este deterioro no se considera deducible a efectos fiscales, por lo que se deberá practicar un ajuste positivo de 30.000 € en este ejercicio.

1. ***Contablemente: Apunte contable cierre año 2 por la amortización***

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
680	Amortización del inmovilizado intangible	10.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		10.000,00

Fiscalmente: Al cierre del ejercicio 2 se practicará un ajuste positivo de +5.000 €. El ajuste acumulado en concepto de amortización asciende a 10.000 €

2. *Apunte contable cierre ejercicio 2 por el deterioro*

Coste inicial	100.000,00
Amortización contable acumulada	20.000,00
Valor en libros cartera bitcoins	80.000,00
Importe recuperable (cotización a cierre ejercicio= 5.000 €/btc)	50.000,00
Deterioro a registrar contablemente	30.000,00
Ajuste positivo a practicar	30.000,00

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
690	Pérdida por deterioro del inmovilizado intangible	30.000,00	
290	Deterioro de valor del inmovilizado intangible		30.000,00

Fiscalmente: Al cierre del ejercicio 2 se practicará un ajuste positivo de 30.000 € por no considerarse deducible el deterioro. El valor en libros de la cartera de bitcoins pasará a ser de 50.000 € (100.000 – 20.000 – 30.000), mientras que, fiscalmente, el valor de la cartera asciende a 90.000 € (100.000 – 10.000, esto es, resultado de minorar el coste fiscal inicial por la amortización fiscalmente deducible).

La diferencia total de 40.000 € entre valor contable y fiscal se debe (i) al ajuste por el deterioro no deducible (30.000 €) y (ii) a los ajustes por amortización no deducible (10.000 €), como se puede ver en el siguiente cuadro:

Valor contable inicial	100.000
Amortización acumulada (10.000*2)	20.000
Deterioro contable	30.000
A) Valor contable en libros cierre ejercicio 2 (100.000 – 20.000 – 30.000)	50.000
Valor fiscal inicial	100.000
Amortización fiscalmente deducible (5.000*2)	10.000
Deterioro fiscalmente deducible	0
B) Valor fiscal cierre ejercicio 2 (100.000 – 10.000)	90.000
Diferencia valor contable y fiscal equivalente a los ajustes pendiente de reversión (B – A)	40.000

3) Reestimación de la amortización contable: En este ejercicio, además, es necesario recalcular las amortizaciones desde el punto de vista contable para los siguientes ejercicios teniendo en cuenta (i) que el valor pendiente de amortización asciende a 50.000 € (Coste inicial – Amortizaciones acumuladas – Deterioro) y (ii) que la vida útil restante de los bitcoins desde el plano contable es de 8 años (10 años iniciales – 2 años ya transcurridos).

Valor pendiente de amortización (100.000 – 20.000 – 30.000)	50.000,00
Vida útil restante (10 – 2)	8
Nueva amortización contable anual	6.250,00

3. *Año 3 y siguientes:* A continuación, veremos cómo se recuperan los ajustes pendientes en 2 escenarios: si se transmite la cartera en el año 3, o en caso de que se mantenga la misma hasta que finalice la vida útil contable y fiscal asignada a los bitcoins.

a. Escenario 1.—En caso de transmisión al finalizar el año 3: Suponiendo que el elemento adquirido se transmite durante el año 3 tras una revalorización a un precio de 12.000 €/bitcoin, en este ejercicio, en el que tiene lugar dicha transmisión, debe integrarse en la base imponible la diferencia entre el valor contable y fiscal pendiente de integración. Dicha integración se produce, indirectamente, a través de la diferencia

entre renta contable y fiscal, lo cual ocasiona la práctica de un ajuste extracontable negativo de 40.000 €, como muestra el siguiente desglose:

Contablemente (apunte contable transmisión)

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
207	Bitcoins (10 btc adquiridos a 10.000 €/btc)		100.000
280	Amortización acumulada inmovilizado intangible	20.000	
290	Deterioro de valor del inmovilizado intangible	30.000	
570	Tesorería (importe venta a 14.000 € bitcoin)	120.000	
770	Beneficio procedente inmovilizado intangible (ingreso en PyG)		70.000,00

Fiscalmente: *En la medida en que el valor fiscal de la cartera de bitcoins transmitida asciende a 90.000 €, la renta fiscal ascendería a 30.000 € (120.000 € – 90.000 €). Por lo tanto, se deberá practicar un ajuste extracontable negativo de 40.000 €. Dicho ajuste se corresponde con la diferencia entre la renta contable (70.000 €) y fiscal (30.000 €) y mediante el mismo se revierten los ajustes positivos previos realizados por la amortización no deducible (10.000 €) y el deterioro no deducible (30.000 €)*

b. Escenario b.—En caso de mantenimiento de la cartera hasta su completa amortización: En los ejercicios futuros hasta la finalización de la vida útil contable (10 años).

Será necesario practicar un ajuste positivo por la diferencia entre la amortización contable reestimada (6.250 €) y fiscal (5.000 €). Este ajuste positivo de 1.250 € anuales se practicará hasta el décimo ejercicio (ejercicio en el que el elemento se encontrará plenamente amortizado a efectos contables):

Nueva amortización contable anual hasta el ejercicio 10	6.250,00
Amortización fiscal anual	5.000
Ajuste + por amortización no deducible hasta el ejercicio 10	1.250

Al finalizar el décimo ejercicio, ejercicio en el que los bitcoins se habrán amortizado en su totalidad contablemente, quedarán pendientes de revertir 20.000 € en concepto de ajustes por amortización (10.000 de los ajustes positivos de 5.000 € practicados en los dos primeros años y 10.000 € de los ajustes positivos anuales de 1.250 € practicados durante los 8 años restante). Estos ajustes revertirán mediante la práctica de un ajuste extracontable negativo anual de 2.000 € desde el décimo hasta el vigésimo ejercicio en el que finaliza la vida útil fiscal de activo.

Del mismo modo, del décimo al vigésimo ejercicio, quedará pendiente de revertir el deterioro fiscal por 30.000 euros, el cual revertirá a un ritmo de 3.000 € anuales en línea con la amortización fiscal⁵⁰.

⁵⁰ Como se puede observar, en estos ejercicios hasta la finalización de la vida útil fiscal (20 años), se recupera de forma proporcional el ajuste por el deterioro no deducible de 30.000 € a razón de 3.000 €/anuales (30.000/10 años), practicándose, a estos efectos un ajuste negativo anual por este importe. Dicho ajuste negativo por el deterioro de -3.000 €, junto con el ajuste derivado de la amortización de -2.000 €, nos llevan a un ajuste negativo anual de -5.000 € desde el décimo al vigésimo año (importe que coincide con la amortización fiscal del coste de adquisición inicial del activo —100.000 €— en 20 años).

Una interpretación alternativa podría llevarnos a recuperar, de forma proporcional, el ajuste por el deterioro no deducible de 30.000 € desde el ejercicio siguiente al que se practica el mismo a razón de 1.667 €/anuales (30.000/18 años), practicándose, a estos efectos un ajuste negativo anual por este importe. Siguiendo dicha interpretación, del décimo al vigésimo ejercicio, se seguirá practicando un ajuste extracontable negativo de 1.667 € anuales por la reversión del deterioro en su día no deducible, de forma que, al finalizar la vida útil fiscal de 20 años, se habrán revertido en su totalidad los 30.000 € de deterioro no deducibles (a un ritmo de un ajuste negativo anual de 1.667 € en 18 años). A dicho ajuste negativo habría que añadir el ajuste negativo por la recuperación de las amortizaciones no deducibles a practicar desde el décimo al vigésimo ejercicio (por importe de -2.000 € anuales), de forma que, en dicho periodo, el ajuste negativo anual a practicar ascendería a -3.667 € (1.667 derivados del deterioro y -2.000 como consecuencia de la amortización).

No obstante, debe destacarse que con esta interpretación alternativa se estaría acelerando la depreciación fiscal del activo por medio de la recuperación de un deterioro no deducible, resultado que puede ir en contra de la filosofía del mecanismo de recuperación de ajustes previsto en la LIS y que, con toda probabilidad, no sería aceptado por parte de la Administración tributaria.

Amortización contable	0
Ajuste recuperación amortización no deducible (20.000/10)	-2.000
Ajuste recuperación deterioro no deducible (30.000/10)	-3.000
Total ajuste negativo anual	-5.000

Por lo que respecta a las eventuales reversiones del deterioro, el artículo 11.5 de la LIS determina que no se integrará en la base imponible la reversión de gastos que no hayan sido fiscalmente deducibles por lo que, en principio, la reversión del deterioro del inmovilizado intangible no sería objeto de integración. Dicho de otra forma, en la medida en que el gasto contable por el que se registró el deterioro de las criptodivisas en su día fue no deducible, el ingreso contable que se registre en la cuenta de PyG por la recuperación del valor de las mismas no constituirá un ingreso a efectos fiscales, por lo que será necesario practicar un ajuste extracontable negativo de cara a determinar la base imponible del ejercicio en el que se registre dicha reversión a efectos contables⁵¹.

No obstante, debe tenerse en cuenta una importante excepción en relación con las reversiones del deterioro que trae causa del cambio de régimen fiscal a partir del 1 enero de 2015. En concreto, de acuerdo con la Disposición Transitoria 15.^a (DT 15.^a) de la LIS, la reversión de las pérdidas por deterioro que hubieran resultado fiscalmente deducibles en periodos impositivos iniciados con anterioridad al 1 de enero de 2015, sí deben integrarse en la base imponible del IS del periodo impositivo en que se produzca la recuperación de su valor en el ámbito contable. En estos casos, por tanto, no se llevaría a cabo ajuste negativo alguno en tanto en cuanto el deterioro fue en su día deducible (y no ocasionó ajuste positivo).

En estos casos, debe recordarse, adicionalmente, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.6 de la LIS, la reversión del deterioro del inmovilizado intangible que haya sido fiscalmente deducible se debe imputar en la base imponible del periodo impositivo en que se produzca la reversión, sea en la entidad que practicó el deterioro o en otra vinculada con ella que hubiese pasado a ostentar la titularidad del activo a la fecha de la reversión (por haberse producido una reversión previa).

De acuerdo con todo lo anterior, cabe concluir que el deterioro de las criptodivisas calificadas como inmovilizado intangible no será deducible (generando ajustes positivos), ni computable su reversión (originando los correspondientes ajustes negativos), excepto en los casos en los que dicha reversión se corresponda

⁵¹ Nótese que, de lo contrario, se estaría produciendo una evidente asimetría y situación de superposición para la sociedad tenedora de criptodivisas, al no haberse podido deducir la entidad del gasto contable del deterioro, pero debiendo tributar por el ingreso de la reversión.

con criptodivisas deterioradas con anterioridad al 1 de enero de 2015, habiéndose considerado dicho deterioro deducible a efectos fiscales. En estos supuestos excepcionales la mencionada reversión sí será computable en la base imponible debiendo reconocer dicha reversión la entidad que registró el deterioro del elemento o la entidad vinculada que, en su caso, sea titular de las criptodivisas en cuestión en la fecha de la reversión contable del deterioro de las mismas.

2.3. *Renta fiscal derivada de la transmisión*

A efectos del tratamiento del IS, en lo que se refiere a las rentas derivadas de la transmisión de las criptodivisas deberán tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- (i) Con carácter general, se seguirá el mismo tratamiento contable, debiendo diferenciar las rentas generadas en casos de permuta y en casos de bajas por transmisión de criptodivisas a cambio de moneda de curso legal, en los términos expuestos en los apartados precedentes del presente artículo.
- (ii) No obstante, y como se ha ido anticipando a lo largo de la exposición, las especialidades fiscales en relación con la amortización y el deterioro de las criptodivisas calificadas como inmovilizado intangible, van a generar diferencias entre la renta contable y fiscal que, en último término, se materializarán en la práctica de ajustes extracontables en el ejercicio de transmisión de las criptodivisas.

Como quiera que, tanto en el caso de las amortizaciones, como en el supuesto de los deterioros, las disposiciones de la LIS limitan la deducibilidad de los gastos registrados a nivel contable (generando la práctica de ajustes extracontables positivos), ello va a determinar que la valoración fiscal de las criptodivisas sea superior a su valoración contable (al no tenerse en cuenta parte de las amortizaciones ni la totalidad de los deterioros a nivel fiscal). De esta forma, en el momento de la baja por transmisión de las criptodivisas se van a recuperar dichos ajustes indirectamente a través de la práctica del correspondiente ajuste extracontable negativo que refleje la diferencia entre la renta contable y la renta fiscal obtenida en la transmisión, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.c) de la LIS.

Vamos a ilustrar el razonamiento anterior mediante un *ejemplo práctico número 7*:

1. Años 1 y 2: Una sociedad adquiere 10 bitcoins con un precio de cotización de 10.000 €/bitcoin. Desde el punto de vista contable, dichos bitcoins se amortizan a un ritmo de 10.000 €/anuales (a un ritmo del 10%), mientras que a efectos del IS, sólo serán deducibles 5.000 €/anua-

les (5%), generándose un ajuste extracontable positivo de 5.000 €/anual (amortización contable no deducible fiscalmente).

Coste inicial	100.000,00
Amortización contable (10%)	10.000,00
Amortización fiscal (5%)	5.000,00
Ajuste positivo a practicar	5.000,00

Apunte contable amortización cierre ejercicios 1 y 2

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
680	Amortización del inmovilizado intangible	10.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible		10.000

Fiscalmente: Al cierre del ejercicio 1 y al cierre del ejercicio 2, se practicará un ajuste positivo de +5.000 €

2. *Situación a cierre año 2: El valor en libros de la cartera será de 80.000 (100.000 – 20.000) mientras que fiscalmente, el valor de la cartera asciende a 90.000 (100.000 – 10.000), esto es, resultado de minorar el coste fiscal inicial de la amortización fiscalmente deducible. La diferencia total de 10.000 € entre el valor contable y fiscal se debe a los ajustes por amortización no deducible (10.000 €).*

Valor contable inicial	100.000
Amortización acumulada (10.000*2)	20.000
A) Valor contable en libros cierre ejercicio 2 (100.000 – 20.000)	80.000
Valor fiscal inicial	100.000
Amortización fiscalmente deducible (5.000*2)	10.000
B) Valor fiscal cierre ejercicio 2 (100.000 – 10.000)	90.000
Diferencia valor contable y fiscal equivalente a los ajustes pendiente de reversión (B – A)	10.000

3. *Transmisión año 3: Si la cartera de bitcoins se transmite durante el año 3 tras una revalorización a un precio de 12.000 €/bitcoin, en este ejercicio, en el que tiene lugar dicha transmisión, debe integrarse en la base imponible la diferencia entre el valor contable y fiscal pendiente de integración. Dicha integración se produce, indirectamente, a través de la diferencia entre renta contable y fiscal, lo cual ocasiona la práctica de un ajuste extracontable negativo de 10.000 €, como muestra el siguiente desglose:*

Precio de venta (10 btc a 12.000 €/btc)	120.000
Valor en libros cartera 10 btc	80.000
Renta contable derivada de la transmisión (A)	40.000
Valor fiscal cartera 10 btc	90.000
Renta fiscal derivada de la transmisión (B)	30.000
Diferencia entre renta fiscal y contable (B – A) Ajuste negativo en aplicación artículo 20 de la LIS (recuperación ajustes positivos previos)	-10.000

Contablemente (apunte contable transmisión)

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
207	Bitcoins (10 btc adquiridos a 10.000 €/btc))		100.000
280	Amortización acumulada inmovilizado intangible	20.000	
570	Tesorería (importe venta a 14.000 € bitcoin)	120.000	
770	Beneficio procedente inmovilizado intangible (ingreso en PyG)		40.000

Fiscalmente: En la medida en que el valor fiscal de la cartera de bitcoins transmitida asciende a 90.000 €, la renta fiscal ascendería a 30.000 € (120.000 € – 90.000 €). Por lo tanto, se deberá practicar un ajuste extracontable negativo de 10.000 €. Dicho ajuste se corresponde con la diferencia entre la renta contable (40.000 €) y fiscal (30.000 €) y mediante la

práctica del mismo revierten los ajustes positivos previos realizados por la amortización no deducible (10.000 €)

El mismo efecto que se ha puesto de manifiesto para las amortizaciones ocurre en el caso de los deterioros, tal y como se ha ilustrado mediante el ejemplo expuesto al tratar el deterioro, al cual nos remitimos.

(iii) Finalmente, cabe plantearse si, en caso de que la renta derivada de la transmisión de criptodivisas sea negativa, existe alguna restricción a la hora de considerar dicha pérdida como deducible a efectos de IS. A este respecto, debe destacarse que, con carácter general, las pérdidas derivadas de la transmisión o baja de criptodivisas calificadas como elementos del inmovilizado intangible tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles a efectos del IS⁵². No obstante, la regla general anterior se puede ver restringida por las dos siguientes especialidades establecidas en la LIS:

- a. Limitación regulada en el artículo 11.6 de la LIS, que obliga a revertir la pérdida, cuando se incrementa su valor, si se venden criptodivisas con pérdida y, posteriormente, se vuelven a adquirir por la misma sociedad que los vendió o por otra vinculada a ella⁵³.
- b. Limitación específica establecida en el artículo 11.9 de la LIS para los casos en los que la transmisión de criptodivisas que genera renta fiscal negativa se lleve a cabo a favor de una entidad del mismo grupo mercantil. En estos casos, se impide la deducibilidad de la pérdida y se difiere su deducibilidad (i) hasta el período impositivo posterior en el que las criptodivisas se transmitan a terceros o (ii) a los períodos impositivos que resten de su vida útil.

Por tanto, habrá que prestar especial atención en los dos casos anteriormente citados, esto es, transmisión a pérdida con recompra de criptodivisas y transmisión a favor de una entidad del mismo grupo. En el resto de los supuestos, la renta fiscal negativa podrá deducirse a efectos del IS sin mayores especialidades.

⁵² No existe una restricción específica, como ocurre con las pérdidas derivadas de la transmisión de valores que cumplen los requisitos del artículo 21 de la LIS (en virtud del apartado 6 de dicho precepto).

⁵³ En estos casos, si posteriormente se recupera el valor de las criptodivisas, la sociedad que vendió y después adquirió deberá integrar en la base imponible un beneficio fiscal por el importe equivalente a la primera pérdida.

3. Implicaciones en el IS de la tenencia de criptodivisas calificadas como existencias

La normativa fiscal no regula ninguna especialidad para el tratamiento de las criptomonedas que se califiquen contablemente como existencias por estar destinadas a la venta en el curso ordinario de la actividad habitual de la sociedad.

De esta forma, y en aplicación del artículo 10.3 de la LIS, se sigue a efectos de IS el tratamiento contable otorgado a las criptomonedas en la valoración inicial. En base al mismo precepto, también se va a asumir el tratamiento que reciben las criptodivisas a nivel contable con respecto a su valoración posterior, como repasamos seguidamente.

3.1. *Amortización fiscal*

En la LIS no encontramos precepto específico que permita la amortización fiscal de las existencias. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 10.3 de la LIS y el principio de inscripción contable, en la medida en que las existencias no se amortizan contablemente, tampoco podrá deducirse gasto alguno a efectos de IS por este concepto.

Al coincidir el tratamiento fiscal y contable, no será necesaria la práctica de ajustes extracontables en el caso de las criptodivisas calificadas como existencias, ni surgirán diferencias entre la valoración contable y fiscal por este motivo en caso de transmisión de las mismas.

3.2. *Deducibilidad fiscal del deterioro*

Como se ha expuesto, desde el plano contable, cuando el valor neto realizable de las existencias sea inferior a su precio de adquisición o a su coste de producción, se efectuarán las oportunas correcciones valorativas reconociéndolas como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Al contrario de lo que ocurre con el inmovilizado intangible, la LIS no contiene ninguna referencia sobre el tratamiento fiscal aplicable a las pérdidas por deterioro de valor de las existencias. En consecuencia, se asumen a efectos de IS los criterios contables sobre el deterioro del valor de las existencias de manera que los gastos contables registrados por este concepto se considerarán, en principio, deducibles a efectos del IS (no siendo necesario practicar ningún ajuste en el ejercicio del deterioro).

Dicho lo anterior, y sin perjuicio de que no existe especialidad alguna establecida en la LIS, debe advertirse de la existencia de pronunciamientos de la

Dirección General de Tributos (DGT) y de la jurisprudencia que delimitan los supuestos en los que el deterioro por depreciación de existencias debe considerarse deducible a efectos de IS. En concreto, cabe destacar los siguientes:

- (i) La DGT, entre otras, en sus consultas 1939/99, 2500/03, o V0210-08, ha especificado la necesidad de poder acreditar que, al cierre del ejercicio, el valor de mercado de las existencias (i) es inferior a su precio de adquisición o coste de producción (ii) y que la pérdida tiene carácter reversible⁵⁴. En esta misma línea, en su consulta V0805-16, ha establecido que no se considera deducible la pérdida del deterioro de existencias si éste responde a una mera expectativa de disminución de su precio en el futuro, a la experiencia histórica, a la evolución estadística o a un criterio de lenta rotación.
- (ii) El mismo criterio ha seguido el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 2 de abril de 2014 (1554/2011/00/00), el cual sostiene que para admitir la deducibilidad fiscal en el IS sería necesario que, en la fecha de cierre de ejercicio, se justifique que el valor de mercado de las existencias es inferior a su precio de adquisición o coste de producción. No vale, a juicio del TEAC, con la mera expectativa, sino que resulta imprescindible que la disminución del valor de mercado por debajo de su coste se haya producido y se pueda acreditar a cierre del ejercicio⁵⁵.
- (iii) En esta misma línea nos encontramos en sede jurisprudencial con las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia

⁵⁴ Así lo manifiesta en la última de las consultas citadas en los siguientes términos: «De acuerdo con lo anterior, la provisión por depreciación de existencias se dotará contablemente y, en consecuencia, tendrá la consideración de gasto fiscalmente en el Impuesto sobre Sociedades, cuando en la fecha de cierre del ejercicio se justifique que su valor de mercado es inferior a su precio de adquisición o coste de producción y que tiene carácter reversible. Si la depreciación fuera irreversible, tal circunstancia se tendrá en cuenta al valorar las existencias. Dicha justificación podrá realizarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

⁵⁵ El razonamiento seguido por el TEAC en la citada Resolución es el siguiente:

«Pues bien, la Inspección considera, y este Tribunal comparte su criterio según ya adelantamos, que los métodos de cálculo utilizados por el obligado tributario para determinar el importe de la dotación a la provisión por depreciación de existencias no se basan en una acreditación de disminución ya producida del valor de mercado de las mismas, sino en una mera expectativa de depreciación, debiéndose tener en cuenta además la manifestación realizada por el propio interesado relativa a que el valor de mercado de las existencias, en cuestión, no existe como tal porque las mismas constituyen un producto exclusivo de X, S.A., no pudiéndose, a juicio de este Tribunal, entender acreditada la depreciación por el mero transcurso del tiempo (criterio también compartido por DGT de 21-10-1999 —n.º 1939/99) como pretende el interesado.

En el mismo sentido de entender no deducible la dotación a la provisión por depreciación de existencias basada en meras expectativas de depreciación para casos similares al que nos ocupa (lenta rotación de las existencias y consiguiente posibilidad de que las mismas no sean vendidas) se ha pronunciado reiteradamente la DGT en Consultas tales como la de 26 de diciembre de 2003 (n.º 2500/03) así como este TEAC en Resoluciones de 18 de mayo de 2006 (RG 2361/03) y de 15 de junio de 2011 (RG 729/10)...»

Nacional de fecha 7 de junio de 2007 y de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 29 de octubre de 2007.

Por lo tanto, es criterio reiterado de nuestros órganos administrativos y judiciales que la dificultad o baja probabilidad de puesta en el mercado de una existencia o la mera expectativa de disminución de su precio en el futuro, no justifica la deducibilidad del deterioro de las existencias, no pudiendo considerarse deducible las pérdidas por deterioros registrados bajo dichos parámetros. En el caso concreto de las criptodivisas, para poder deducir el deterioro registrado contablemente, será necesario acreditar que el valor de mercado de las mismas a cierre del ejercicio es inferior a su coste de adquisición o precio de adquisición (sin que se trate de una mera expectativa), acreditación que, a priori, no debiera resultar complicada en la medida en que se trate de activos que cotizan en un mercado secundario.

Si, posteriormente, se produce una recuperación de valor de las criptodivisas calificadas como existencias, contablemente se reconocerá el correspondiente ingreso⁵⁶. A efectos fiscales, siempre que el deterioro fuese en su día deducible, el ingreso contable por la reversión del deterioro incorporado al resultado contable resulta plenamente computable, por lo que no será necesario practicar ningún ajuste extracontable positivo para integrar el mismo en el propio período impositivo en el que haya tenido lugar dicha reversión.

3.3. *Renta fiscal derivada de la transmisión*

Como hemos visto en el apartado contable, en caso de que se den de baja las criptodivisas calificadas como existencias debido a su enajenación, se deberá contabilizar en la cuenta de pérdidas y ganancias la correspondiente renta contable (positiva o negativa) originada en dicha transmisión, siendo especialmente relevante a estos efectos el método de asignación de valor escogido a nivel contable (precio medio ponderado o FIFO)

Pues bien, a efectos fiscales debe destacarse que, con carácter general, la renta fiscal originada en la transmisión de criptodivisas calificadas como existencias, va a coincidir con la renta contable por los dos siguientes motivos:

- (i) En primer lugar, dado que de conformidad con el artículo 10.3 de la LIS, se va a admitir a efectos fiscales el mismo método de valoración de existencias que se utilice a efectos contables. De esta forma, se seguirá a efectos fiscales el método de asignación de valor (FIFO o

⁵⁶ Recordemos que la reversión como máximo podrá alcanzar hasta el precio de adquisición o coste de producción previo a la corrección de valor, es decir, nunca puede producirse una revalorización contable de las existencias si la recuperación excediese al referido precio de adquisición o coste de producción.

Coste Medio Ponderado) por el que haya optado el contribuyente a efectos contables.

- (ii) En segundo lugar, en la medida en que la valoración contable y fiscal de las criptodivisas encuadradas en la categoría de existencias va a ser el mismo coincidiendo, consecuentemente, la renta fiscal y contable. Esto es así ya que, como hemos visto, en el caso de las existencias no se generan diferencias a lo largo de la vida de estos activos entre la valoración posterior a efectos fiscales y contables, teniendo en cuenta que estas criptodivisas (i) no se amortizan contable ni fiscalmente y (ii) que el deterioro, que en su caso, se registre contablemente se considera como gasto deducible a efectos fiscales (no practicándose ningún ajuste por este concepto)⁵⁷

Finalmente, y al igual que ocurre con la transmisión de divisas calificadas como inmovilizado, no debemos olvidarnos de las especialidades de imputación temporal reguladas en el artículo 11 de la LIS, las cuales también afectan a las existencias. En este sentido:

- (i) Si una entidad adquiere a otra vinculada existencias que han sido objeto de corrección valorativa que determinó un deterioro fiscalmente deducible y, con posterioridad a la compra, tiene lugar la reversión de valor, aunque contablemente no deba registrarse porque supondría revalorizar el precio de adquisición de las existencias, sin embargo, fiscalmente dicha entidad (o la entidad vinculada), debe integrar en su base imponible la referida reversión de valor por medio de la práctica de un ajuste extra-contable positivo.
- (ii) El mismo criterio fiscal se aplica si la transmisión de las existencias a una entidad vinculada, incluso si forman parte del mismo grupo mercantil, generase pérdidas. La misma sería deducible en la entidad transmitente, sin perjuicio de que el importe de la recuperación de valor que, en su caso, tuviesen las existencias en la entidad adquirente, se deba integrar en la base imponible de esta última entidad.

Vamos a ilustrar el razonamiento anterior mediante el *ejemplo práctico número 8*:

Año 1: Una sociedad adquiere 10 bitcoins con un precio de cotización de 10.000 €/bitcoin y los clasifica como existencias. Al finalizar dicho ejercicio, se produce una caída en la cotización del bitcoin a 7.000 €/bitcoin, registrándose el correspondiente deterioro de 30.000 € por la diferencia entre (i) valor neto realizable de las existencias (70.000 €) y (ii) el coste de adquisición de la cartera de bitcoins (100.000 €).

⁵⁷ Excepto en los casos en los que la deducibilidad del deterioro no está admitida por la doctrina ni por la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia, caso en el que podría cuestionarse muy seriamente su corrección contable.

1. Apunte contable cierre ejercicio 1 por el deterioro

Coste inicial	100.000,00
Valor neto realizable de las existencias (cotización a cierre ejercicio= 7.000 €/btc)	70.000,00
Deterioro a registrar contablemente	30.000,00
Ajuste positivo a practicar	0

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
693	Pérdida por deterioro de existencias	30.000	
390	Deterioro de valor de existencias		30.000,00

Fiscalmente: En la medida en que se pueda acreditar a través de la cotización del bitcoin que el valor de mercado de la cartera de bitcoins ha caído a 30.000 € (y no se trata de una mera expectativa), el deterioro registrado, contablemente, será deducible a efectos fiscales. De esta forma, (i) no será necesario practicar ajuste extracontable alguno y (ii) el valor contable y fiscal de la cartera tras la práctica del deterioro coincidirán (70.000 €).

2. Transmisión año 2: Si la cartera de bitcoins se transmite durante el año 2 tras una revalorización a un precio de 9.000 €/bitcoin, en este ejercicio en el que tiene lugar dicha transmisión se generará una renta contable y fiscal, tal y como muestra el siguiente desglose:

Precio de venta (10 btc a 9.000 €/btc)	90.000
Valor en libros cartera 10 btc	70.000
Renta contable derivada de la transmisión (A)	20.000
Valor fiscal cartera 10 btc	70.000
Renta fiscal derivada de la transmisión (B)	20.000
Diferencia entre renta fiscal y contable (B – A) Ajuste negativo en aplicación artículo 20 de la LIS (recuperación ajustes positivos previos)	N/A

Contablemente (apunte contable transmisión)

Número de cuenta	Descriptivo	Debe (€)	Haber (€)
300	Bitcoins (10 btc adquiridos a 10.000 €/btc) (*)		100.000
390	Deterioro valor existencias	30.000	
570	Tesorería (importe venta a 9.000 €/btc)	90.000	
700	Venta criptomonedas (ingreso en PyG)		20.000

(*) Dado que sólo se ha adquirido un lote, no se distingue si se aplica CMP o FIFO.

Fiscalmente: En la medida en que el valor contable y fiscal de la cartera de bitcoins transmitida coincide, no se generan diferencias entre renta y contable. Consecuentemente, la renta contable de 20.000 € incluida en el resultado contable se integrará en la base imponible sin que sea necesario practicar ajuste extracontable alguno por aplicación del artículo 20 de la LIS.

Vemos por tanto, como los ajustes a practicar difieren notablemente en función de la calificación y valoración contable que reciban las criptodivisas. A modo recapitulativo, se adjunta como **Anexo III** un cuadro con un resumen del tratamiento contable y fiscal expuesto en función de la calificación otorgada a las criptodivisas (inmovilizado intangible o existencias).

V. REFLEXIONES FINALES Y CUESTIONES CONFLICTIVAS

A lo largo del artículo se han expuesto técnicamente las implicaciones en materia de registro y valoración contable de las criptodivisas y su impacto en la tributación del IS, atendiendo a los pronunciamientos oficiales del IFRIC y del ICAC emitidos hasta la fecha, los cuales, como hemos visto, califican las criptodivisas como inmovilizado intangible o como existencias atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada entidad y la actividad de estas. Entendemos que este será el tratamiento contable y fiscal que deben recibir las criptodivisas, en tanto que no se produzca una modificación de la normativa contable o del criterio de los organismos anteriormente citados.

Ahora bien, dicho lo anterior, debe ponerse de manifiesto que la calificación contable de las criptodivisas como inmovilizado intangible o como existencias

lleva asociados resultados que pueden resultar conflictivos. En concreto, a nuestro juicio, son dos las cuestiones controvertidas que deben señalarse:

- (i) *Amortización de las criptodivisas*: Como se ha anticipado en el apartado correspondiente, la primera cuestión conflictiva está relacionada con la valoración posterior de las criptodivisas calificadas como inmovilizado intangible. Y es que, al contrario de lo que ocurre en la normativa contable internacional, de conformidad con la normativa contable española, si un activo es calificado como inmovilizado intangible necesariamente deberá amortizarse (y en caso de que no pueda determinarse su vida útil con fiabilidad, se amortizará en 10 años).

Esta consecuencia valorativa de la calificación como inmovilizado intangible de las criptodivisas es uno de los aspectos más conflictivos para la doctrina científica. En este sentido, PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ⁵⁸, opinan lo siguiente:

«Está claro que las monedas digitales pueden sufrir pérdidas de valor reversibles, pero no las sufren irreversibles y sistemáticas por el simple paso del tiempo. Por lo que no consideramos adecuada la aplicación de esta norma a las monedas digitales.»

Por su parte, CEDIEL y PÉREZ POMBO⁵⁹ también se muestran críticos con la amortización de las criptodivisas, como muestra el siguiente razonamiento: *«En este supuesto, si bien cabe pensar en eventuales deterioros de valor fruto de las oscilaciones valorativas de los activos, entiendo que las criptomonedas no son amortizables en la medida que no son susceptibles de depreciación por depreciación, por funcionamiento, uso y disfrute, a la vez que, por definición, no cabe predicar su obsolescencia técnica o comercial. Adicionalmente, no existe un límite temporal previsible para la generación de entradas de flujo de efectivo*

A nuestro juicio, y en línea con los autores anteriores, resulta cuanto menos cuestionable que, en la práctica, las criptodivisas sufran una pérdida de valor irreversible y sistemática por el paso del tiempo o por su funcionamiento, uso y disfrute. Es más, consideramos que la amortización sistemática de activos como las criptodivisas, cuando no concurren ninguno de los motivos que la fundamentan, podría contravenir el principio de imagen fiel propio del derecho contable⁶⁰.

⁵⁸ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, pág. 13.

⁵⁹ CEDIEL, A. y PÉREZ POMBO, E., *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier, Barcelona, 2020, pág. 43.

⁶⁰ Imaginemos en una empresa cuyo principal activo es una criptodivisa con cotización al alza.

Frente a esta consecuencia valorativa no deseada, cabría plantearse algunas alternativas:

- a. GONZÁLEZ APARICIO⁶¹ defiende la posibilidad de que aquellas entidades que adquieren monedas virtuales para mantenerlas en su activo como inversión, (no siendo esta su actividad principal), clasifiquen estas como activos no corrientes mantenidos para la venta, de conformidad con la NRV 7.^a del PGC. Esta norma permite clasificar un activo no corriente como mantenido para la venta si se prevé que su valor contable se recuperará fundamentalmente a través de su venta, en lugar de para su uso continuado, y siempre que se cumplan unos requisitos adicionales⁶².

De aplicarse la NRV 7.^a del PGC, las criptodivisas no se amortizarían (sin perjuicio de las correcciones valorativas por deterioro que correspondan) y su valoración se realizará por el menor de los dos importes siguientes: (i) su valor contable o (ii) su valor razonable menos los costes de venta.

- b. Otra posibilidad que cabría plantearse sería acudir al apartado 4 del artículo 34 del Código de Comercio para tratar de evitar la amortización. Recordemos que este precepto dispone lo siguiente: «*En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. En estos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa*».

Poco ayuda a reflejar la imagen fiel de dicha sociedad el hecho de que se vaya registrando una pérdida contable sistemática anual cuando el valor del activo se está incrementando.

⁶¹ GONZÁLEZ APARICIO, M., «Fiscalidad aplicable a los *bitcoins* a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 118, julio-septiembre de 2017, pág. 82.

⁶² Entre estos requisitos, la NRV 7.^a establece los siguientes:

- a) El activo ha de estar disponible en sus condiciones actuales para su venta inmediata, sujeto a los términos usuales y habituales para su venta; y
- b) Su venta ha de ser altamente probable, porque concurran las siguientes circunstancias:
 - b1) La empresa debe encontrarse comprometida por un plan para vender el activo y haber iniciado un programa para encontrar comprador y completar el plan.
 - b2) La venta del activo debe negociarse activamente a un precio adecuado en relación con su valor razonable actual.
 - b3) Se espera completar la venta dentro del año siguiente a la fecha de clasificación del activo como mantenido para la venta, salvo que, por hechos o circunstancias fuera del control de la empresa, el plazo de venta se tenga que alargar y exista evidencia suficiente de que la empresa siga comprometida con el plan de disposición del activo.
 - b4) Las acciones para completar el plan indiquen que es improbable que haya cambios significativos en el mismo o que vaya a ser retirado.

Nos encontramos ante una alternativa que podría plantearse pero de carácter transitorio y excepcional, que deberá ser motivada y que puede no resultar pacífica en su aplicación.

- c. Por su parte, PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ⁶³ abogan directamente por que se modifique el criterio o se lleve a cabo una reforma de la regulación contable que se adapte a las características de las criptodivisas. En este sentido, indican lo siguiente: *«En el supuesto de que llegara a hacerse una distinción en intangibles similar a la de inmovilizado material, la valoración de los elementos sería diferente, con la correspondiente consecuencia en los balances de las empresas e incluso en su cuenta de resultados. A modo de ejemplo, si se sigue la 'estela' marcada por la NIC 40. Inversiones inmobiliarias 32), las monedas digitales consideradas inversiones podrían no amortizarse, a diferencia del resto de intangibles, con lo que su valor contable diferiría notablemente y la cuenta de resultados carecería del reflejo contable del gasto por amortización.*

A nuestro juicio, sería recomendable un pronunciamiento de los organismos normalizadores sobre este asunto, que afecta no solo a las monedas digitales, sino a cualquier otro elemento intangible que se mantenga como inversión, siendo claramente partidarios de una distinción en intangibles similar a la aplicada a los inmovilizados materiales».

Como se puede observar, y sin perjuicio de algunas de las alternativas transitorias anteriores, a la luz de los inconvenientes planteados con respecto a la amortización de las criptodivisas, habrá que seguir con especial atención la evolución de la normativa contable nacional e internacional y de los criterios interpretativos de los organismos oficiales por si se produjeran modificaciones con respecto al tratamiento que se acaba de exponer.

- (ii) *Situación de las entidades que disponen de criptodivisas para utilizarlas como medio de pago o por aceptarlas como medio de cobro:* El segundo aspecto controvertido que nos encontramos en la práctica es el tratamiento a otorgar a las criptodivisas mantenidas en el activo para la adquisición de bienes o servicios o adquiridas por haber sido aceptadas como contraprestación por bienes y servicios prestados. Y es que, su calificación como inmovilizado intangible determina que cada operación que se realice con ellas deba tratarse como una permuta de carácter comercial, lo cual no resulta muy práctico ni operativo si las criptodivisas se usan de forma ordinaria y recurrente para el pago y cobro de bienes y servicios.

⁶³ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, pág. 13.

Frente a este inconveniente, autores como CEDIEL y PÉREZ POMBO⁶⁴ sostienen la posibilidad de clasificar las criptomonedas dentro de la categoría de efectivo. Así, si bien reconocen la existencia de posibles objeciones frente a esta clasificación, estos autores consideran que estas objeciones no serían insalvables y, por tanto, defienden que se pueda registrar contablemente las criptodivisas dentro del grupo 57 de tesorería aplicando los criterios establecidos en la NRV 11.^a del PGC relativa a moneda extranjera.⁶⁵

PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ⁶⁶ también reconocen que la tenencia de criptodivisas con el fin de usarlas como medio de pago por las empresas, es el caso más conflictivo desde el punto de vista contable. Ahora bien, aun cuando la utilización de las criptodivisas como medio de pago en estos supuestos específicos es una realidad que hace que estos activos se asimilen económicamente al efectivo, concluyen que no cabe plantearse su encuadramiento en esta categoría en tanto que no se cumplen los criterios establecidos en la normativa contable actualmente vigente.

Nosotros compartimos esta última reflexión, y consideramos que, hasta que no se modifique la normativa contable vigente o varíe la interpretación de los organismos oficiales, la calificación de las criptodivisas como efectivo, en este último supuesto, no resulta factible hoy en día. Cuestión distinta es que, atendiendo a esta realidad económica subyacente y a la creciente utilización de las criptodivisas como medios de pago y cobro se pueda producir una adaptación de la normativa contable nacional e internacional o de los criterios interpretativos de los organismos oficiales que permita específicamente su encuadramiento en esta categoría en un futuro.

Por lo tanto, será necesario, estar atentos, una vez más, a la evolución normativa e interpretativa sobre esta cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO IONOV, R., *Las initial coin offerings (ICOS) y la tokenización de la economía*, Aranzadi, Navarra, 2018.

⁶⁴ CEDIEL, A. y PÉREZ POMBO, E., *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier, Barcelona, 2020, pág. 45.

⁶⁵ Señalando a estos efectos que esta calificación podría resultar acorde con alguno de los pronunciamientos de la DGT (entre otros, las consultas V1748-18, V2034-18, o V0590-18), que equiparan una cuenta abierta hoy en avenida en criptomonedas con capital en divisas.

⁶⁶ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, pág. 13.

- CEDIEL, A. y PÉREZ POMBO, E., *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier, Barcelona, 2020.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, MC., «Aspectos jurídicos de las criptomonedas» [en línea], *Blockchain Intelligence*, marzo 2019, [fecha de consulta: 11 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2019/04/Art%C3%ADculo-doctrinal-Apectos-jur%C3%ADficos-de-las-criptomonedas-por-M-de-la-Concepci%C3%B3n-Chamorro-Rodr%C3%ADguez.pdf>.
- DE JUAN FIDALGO, P., «Restricciones a la deducibilidad de determinados gastos y pérdidas en el Impuesto sobre Sociedades», *Carta tributaria. Revista de opinión*, núm. 44, 2018.
- EGEA PÉREZ-CARASA, Í., «Tratamiento tributario del “bitcoin” y demás criptomonedas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 70, 2018, págs. 131-180.
- GONZÁLEZ APARICIO, M., «Fiscalidad aplicable a los bitcoins a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 118, julio-septiembre de 2017, págs. 55-92.
- GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Entender blockchain. Una introducción a la tecnología de registro distribuido*, Aranzadi, 2.ª Edición, Pamplona, 2019.
- MIRAS MARÍN, N., «El régimen jurídico-tributario del bitcoin», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 406, enero 2017, págs. 101-136.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B., «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (bitcoins) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018, págs. 17-50.
- PUJALTE MÉNDEZ-LEITE, H., «La proliferación de las monedas virtuales en un entorno desregulado: su impacto en la fiscalidad», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 6/2017, págs. 173-198.
- LEFEBVRE, F. et al., *Memento práctico Francis Lefebvre contable*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. et al., *Memento práctico Francis Lefebvre Impuesto sobre Sociedades*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.
- PREUKSCHAT, A., «Criptomonedas y tokens no son el mismo criptoactivo» [en línea], *El Economista*, 6 de noviembre de 2017, [fecha de consulta: 11 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/economia/>

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

noticias/8724862/11/17/La-moda-de-crear-nuevos-bitcoins-desde-Bitcoin-Cash-hasta-Bitcoin-Gold.html.

PRESUKCHAT, A. et al., *Blockchain, la revolución industrial de internet*, Gestión 2000, Barcelona, 2017.

SANDER DUIVESTEIN, S. y PATRICK SAVALLE, P., «Bitcoin: It's the platform, not the currency, stupid!» [en línea], *thenextweb.com*, 15 de febrero 2014, [fecha de la consulta: 21 de septiembre de 2020].

— Diponible en: <https://thenextweb.com/insider/2014/02/15/bitcoin-platform-currency>.

VARIOS AUTORES, *Todo sociedades*, CISS, 2020.

ANEXO I

Clasificación	Finalidad	Valoración	Ejemplo
<i>Tokens de Pago (Payment token)</i>	Usado como medio de pago entre los participantes de una plataforma o sistema. Normalmente, se utilizarán criptodivisas como bitcoin o ethereum como método, pero también es posible que haya tokens que sirvan como medio de pago por bienes y servicios y que funcionen igual que las criptodivisas. No tienen vinculación con ningún activo o derecho adicional.	Deriva su valor en función de la oferta y la demanda. La aptitud de estos tokens para ser utilizados como medios de pago con terceros dependerá de su nivel de aceptación en el mercado.	En el sector del e-commerce, existen pasarelas de pago que almacenan los datos de las tarjetas de crédito, de tal forma que el cliente obtiene un token de referencia, pudiendo realizar con este las operaciones que desee con mayor rapidez y seguridad por el hecho de que sus datos ya están tokenizados, por lo que no necesita introducirlos cada vez que vaya a producirse un nuevo cargo.
<i>Tokens de utilidad o servicio (Utility token)</i>	Funciona como cupón digital, esto es, están diseñados como un instrumento que da acceso a una aplicación tecnológica, un producto o un servicio ofrecido por parte del emisor. Generalmente, no confieren titularidad sobre la plataforma de la compañía y, aunque pueden transmitirse en el mercado secundario, esa no es su función primordial, no es su uso común (prima la utilidad sobre la reventa futura).	Su valor proviene de la demanda por el producto o servicio desarrollado por el emisor.	FILECOIN: venta de tokens que da acceso a un servicio futuro, consistente en ofrecer soluciones de almacenamiento en nube (similar a Dropbox), donde la plataforma se nutre del espacio disponible de los ordenadores de los miembros de la red. Comúnmente utilizado por STARTUPS y empresa de desarrollo de productos y servicios tecnológicos y aplicaciones.
<i>Tokens de activos (asset tokens)</i> • Tokens representativos de activos físicos (activos reales subyacentes) • Tokens representativos de valores negociables (equities bond and tokenized securities)	• Incorporan la titularidad del derecho sobre dichos activos y permiten su transmisión a través de blockchain. • Incorporan un derecho similar a un bono o a una acción (derecho de crédito contra un determinado sujeto, o un derecho de participación en los resultados del emisor).	• Su valor deriva del valor del activo subyacente. • Su valor deriva del éxito de la compañía, al representar una porción sobre los beneficios futuros distribuibles sobre la misma.	• REIDAO: los tokens están respaldados por bienes inmuebles. El inversor adquiere derechos de voto para cuestiones relativas al activo (posible venta, mejoras estructurales, etcétera). • NEXT: plataforma de coches conectados que lanza su Security Token Offering para financiarse. Los tokens emitidos representan valores negociables que permiten automatizar, por ejemplo, el reparto de dividendos a través de Smart contracts.
TOKENS HÍBRIDOS: PARTICIPAN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TRES TIPOS ANTERIORES (Concurren varias funcionalidades).			

ANEXO II

Característica	Criptomoneda	Token
Finalidad	Operar como moneda (instrumento aceptado como unidad de cuenta, depósito de valor y medio de pago).	Para el emisor: obtener financiación. Para el tenedor (multifuncionales): medio de pago (<i>payment tokens</i>), instrumento representativo de derechos de propiedad o de rendimientos financieros del emisor (<i>asset tokens</i>), un derecho de acceso a una aplicación, un producto o un servicio desarrollado por el emisor (<i>utility token</i>).
Componente técnico	Cada criptodivisa posee un protocolo diferente (basado en blockchain).	Se construyen sobre un protocolo pre-existente para otras criptomonedas (fundamentalmente Ehtereum).
Valor	Depende de la oferta y la demanda.	En función del valor del activo subyacente (<i>asset tokens</i>), la demanda del servicio o producto ofrecido por el emisor (<i>utility token</i>).
Creación	MINERÍA: Cada criptodivisa tiene establecido un método de creación basado en algoritmos (Pow o Pos), que tiene un determinado coste (computacional, de energía eléctrica o de tenencia de activos digitales y mantenimiento de nodos).	ICOS: Emitido por un emisor privado. Su creación es más sencilla y no requiere modificar el protocolo. Se construyen sobre un protocolo pre-existente permitiendo a los usuarios su creación usando la criptodivisa de la blockchain sobre la que se emiten.

ANEXO III: CUADRO RESUMEN TRATAMIENTO CONTABLE DE LAS CRIPTODIVISAS

Tipo de entidad	Calificación contable y valoración		Tratamiento contable	Tratamiento fiscal
Entidad que no realiza una actividad habitual relacionada con criptomonedas	Inmovilizado intangible (NRV 5.ª y 6.ª PGC)	Valoración inicial	Precio de adquisición / Coste de producción	Sigue tratamiento contable (art.10.3 LIS)
		Amortización	Sí: — Vida útil contable 10 años — Ritmo anual 10%	Sí: — Vida útil fiscal 20 años — Ritmo anual 5% (Ajuste positivo anual por amortización contable no deducible y recuperación posterior vía ajuste negativo , en venta o una vez finalizada la vida útil contable)
		Deterioro	Sí: Gasto en PyG e ingreso en caso de reversión	NO: Gasto no deducible (ajuste positivo) e ingreso no computable en caso de reversión (ajuste negativo)
		Baja	Venta / Permuta (renta contable en PyG)	Renta fiscal en BI (efecto del art.20 LIS con ajuste negativo como reversión de ajustes positivos previos por la diferencia entre valor contable y valor fiscal)
Entidades que se dedican al minado o trading de criptodivisas	Existencias (NRV 10.ª PGC)	Valoración inicial	Precio de adquisición / Coste de producción	Sigue tratamiento contable (art.10.3 LIS)
		Amortización	NO	NO (y no procede ajuste)
		Deterioro	Sí: Gasto en PyG e ingreso en caso de reversión	Sí: Deducible (sin ajuste positivo), en la medida en que se acredite la caída de valor (no meras expectativas). Si el gasto es deducible, el ingreso por reversión será computable (sin ajuste negativo)
		Baja	Venta / Permuta (renta contable en PyG) Aplicación de método CMP (preferentemente) o FIFO (opcional) para la asignación de valor a las existencias	Renta fiscal en BI sin ajuste , siempre que los deterioros hayan sido fiscalmente deducibles. Se asume el método de valoración utilizado (FIFO o CMP) a nivel contable.

(Trabajo recibido el 27/10/2020
y aceptado para su publicación el 18/11/2020)

PRÁCTICA JURÍDICA

LAS EMPRESAS ANTE LA PANDEMIA: SOLUCIONES PRECONCURSALES Y CONCURSALES PARA LOS CASOS DE INSOLVENCIA

FRANCISCO ROLDÁN SANTÍAS
Socio RSR Asesores tributarios & Abogados

RESUMEN

Ante una crisis económica sin precedentes, las empresas deben valorar diligentemente su viabilidad y adoptar puntualmente las medidas más idóneas en caso de insolvencia. Para ello, es necesario conocer bien las actuales alternativas legales preconcursales y concursales (acuerdos de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos, y concurso con o sin propuesta anticipada de convenio), con sus cambios y novedades tras la reciente entrada en vigor de la Ley 3/2020.

Palabras clave: empresas, pandemia, insolvencia, preconcurso, concurso de acreedores, convenio, acuerdos de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos, responsabilidad de administradores.

COMPANIES IN THE FACE OF THE PANDEMIC: PRE-BANKRUPTCY AND BANKRUPTCY SOLUTIONS FOR INSOLVENCY CASES

FRANCISCO ROLDÁN SANTÍAS
Partner in RSR Asesores tributarios & Abogados

ABSTRACT

We are facing an unprecedented economic crisis, and companies must diligently assess their viability and promptly adopt the most appropriate measures in the event of insolvency. In order to do this, it is essential to fully understand the current pre-bankruptcy and bankruptcy legal alternatives (refinancing agreements, extrajudicial payment agreement, and state of insolvency with or without an advance agreement proposal), along with the new measures and variations after the recent entry into force of Law 3/2020.

Keywords: companies, pandemic, insolvency, pre-bankruptcy, bankruptcy, creditors agreement, refinancing agreements, out-of-court payment agreement, administrator liability.

SUMARIO: I. SITUACIÓN EXCEPCIONAL Y AVALANCHA DE INSOLVENCIAS.—II. NECESIDAD DE UNA URGENTE REFORMA LEGAL DE ÍNDOLE CONCURSAL Y NECESARIO CONOCIMIENTO DE LAS SOLUCIONES PRECONCURSALES Y CONCURSALES ACTUALMENTE VIGENTES PARA DAR UN TRATAMIENTO ACERTADO A CADA PROBLEMA DE INSOLVENCIA.—III. DERECHO PRECONCURSAL: MEDIDAS PREVIAS AL CONCURSO DE ACREEDORES, TENDENTES A EVITARLO O HACERLO MÁS SENCILLO Y ÁGIL. 1. Comunicación judicial del inicio de negociaciones para tratar de lograr con los acreedores un acuerdo colectivo de refinanciación de la deuda (artículos 583 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal —LC—). 2. Acuerdo de refinanciación singular. 3. Inicio de negociaciones para obtener un acuerdo extrajudicial de pagos (artículos 631 LC y siguientes). 4.— Comunicación del inicio de negociaciones para tratar de lograr la aprobación de una propuesta anticipada de convenio entre la empresa y sus acreedores, que se hará valer en un concurso de acreedores de inminente presentación.—IV. VENTAJAS DE LAS ALTERNATIVAS PRECONCURSALES FRENTE AL CONCURSO DE ACREEDORES.—V. CONCURSO DE ACREEDORES. 1. Procedimiento necesario para hacer frente al problema de la insolvencia y evitar responsabilidades cuando las demás alternativas fracasan. 2. Plazo para la solicitud de concurso. 3. Procedimiento largo y complejo. 4. «*Efectos protectores*». 5. Inconvenientes.—VI. RESPONSABILIDADES EN CASO DE INACCIÓN Y OMISIÓN DE MEDIDAS ANTE UNA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA.

I. SITUACIÓN EXCEPCIONAL Y AVALANCHA DE INSOLVENCIAS

A consecuencia de los devastadores efectos de la pandemia del Covid-19, buena parte de nuestras empresas se enfrentan a una grave situación económica y financiera que se mantendrá no solo durante el tiempo que dure este estado excepcional, sino también cuando, superada dicha excepcionalidad, traten de volver a la normalidad retomando su actividad económica en condiciones ordinarias. Es una obviedad que la falta de ingresos y la caída del consumo en la mayor parte de los sectores están provocando serios problemas de liquidez en nuestras empresas que no van a resolverse a corto plazo, con la consiguiente dificultad a la hora de hacer frente al pago de sus deudas frente a la Administración, trabajadores, proveedores, entidades financieras y acreedores en general.

Esta situación, que seguirá agravándose en los próximos meses, está generando casos de insolvencia frente a los que los administradores de las sociedades mercantiles están obligados a adoptar medidas legales en evitación de responsabilidades.

Las medidas de choque más importantes aprobadas hasta la fecha por el Gobierno con motivo de la pandemia se han centrado en combatir, a través de los ERTE, el drama laboral que están viviendo buena parte de nuestras empresas y sus trabajadores.

Pero tarde o temprano esta situación de cese o ralentización de la actividad bajo la tutela de la Administración y con los ERTE sufragados con dinero público terminará, y tarde o temprano las empresas afectadas deberán tratar de volver a la normalidad, reanudando su actividad con la readmisión total o parcial de su plantilla y el consiguiente reajuste de esta, pagando sus deudas pendientes y recuperando su productividad para poder competir con eficiencia en el mercado a corto, medio y largo plazo.

Ese intento de vuelta a la normalidad —a la antigua normalidad— va a agravar, aún más si cabe, la ya dramática situación actual. Se avecina una avalancha de casos de insolvencia ante una situación de crisis económica sin precedentes que puede provocar la pérdida de buena parte de nuestro tejido empresarial.

II. NECESIDAD DE UNA URGENTE REFORMA LEGAL DE ÍNDOLE CONCURSAL, Y NECESARIO CONOCIMIENTO DE LAS SOLUCIONES PRECONCURSALES Y CONCURSALES ACTUALMENTE VIGENTES PARA DAR UN TRATAMIENTO ACERTADO A CADA PROBLEMA DE INSOLVENCIA

Las reformas concursales aprobadas hasta la fecha en materia concursal para hacer frente a esta crisis (reguladas inicialmente en el Real el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, y desde el pasado 20 de septiembre en la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia), consisten, básicamente, en la prórroga de los plazos para adoptar medidas preconcursales y/o concursales, y en incentivos a los terceros que traten de ayudar al deudor en crisis financiando toda o parte de su deuda. Son medidas que retrasan la solución del problema, pero en modo alguno lo resuelven. Hacen falta, y sin duda deben llegar cuanto antes, cambios urgentes «*ad hoc*» en nuestra normativa concursal que ofrezcan al empresario insolvente alternativas realistas y eficaces que, sin imponer a sus acreedores un sacrificio desmesurado que condene a estos también a la insolvencia, permitan la salvación de aquellas empresas que antes de la pandemia eran viables y, tras ella, tengan capacidad de recuperar esa viabilidad con unas adecuadas «*medidas de choque*».

Pero mientras llegan esos cambios legales y esas medidas tan necesarias, es aconsejable tener claras las soluciones o alternativas con que cuenta a día de hoy toda empresa insolvente para tratar de buscar una solución legal a su problema de insolvencia, recurriendo al cierre empresarial solo cuando ello sea inevitable; y para, cuestión no menos importante, evitar responsabilidades por una mala gestión de la insolvencia.

Estas medidas preconcursales y concursales, que serán objeto de estudio en los próximos apartados, son procedimientos extrajudiciales y judiciales regulados en la Ley Concursal, cuyo texto original, que entró en vigor en el año 2003, sufrió importantes reformas en los años 2011 y 2014, y ha sido recientemente objeto de sistematización, reordenación y aclaración a través del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en virtud del cual se ha aprobado el Texto Refundido de la Ley Concursal actualmente vigente.

III. DERECHO PRECONCURSAL: MEDIDAS PREVIAS AL CONCURSO DE ACREEDORES, TENDENTES A EVITARLO O HACERLO MÁS SENCILLO Y ÁGIL

Toda empresa debe instar el concurso de acreedores cuando no encuentre ninguna otra solución a su problema de insolvencia. Pero, según veremos, el concurso debe ser la última opción, dada su complejidad, elevado coste y algunos otros «efectos secundarios» a los que nos referiremos más adelante. Antes de llegar al concurso, la empresa debe valorar las opciones preconcursales que, reguladas actualmente en el Libro segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal, tienen por finalidad solucionar la situación de insolvencia del deudor tratando de evitar el concurso de acreedores o, en caso de que este resulte inevitable, facilitar su tramitación y procurar su terminación mediante un convenio que salve a la empresa de la liquidación.

Estas alternativas preconcursales, creadas como cauce alternativo previo al concurso de acreedores o sustitutivo de este, son las siguientes:

1. Comunicación judicial del inicio de negociaciones para tratar de lograr con los acreedores un acuerdo colectivo de refinanciación de la deuda (artículos 583 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal —LC—)

Se trata de un procedimiento que se inicia mediante un escrito dirigido al juzgado mercantil del domicilio de la empresa en el que se comunica que se han iniciado estas negociaciones, cuyo objeto es obtener un acuerdo colectivo de reducción de la deuda y/o aplazamiento de su pago que permita la continuidad de la actividad de la empresa con base en un plan de viabilidad.

Desde que se produce la insolvencia, la empresa tiene dos meses para presentar la comunicación del inicio de las negociaciones como alternativa a la obligación de solicitar concurso, que debe plantearse dentro de ese plazo. No obstante, este plazo general contemplado en la Ley Concursal ha sido modificado transitoriamente tras la entrada en vigor de la antes citada Ley 3/2020, cuyo artículo 6, señala que no habrá obligación de solicitar concurso —ni por tanto de presentar la comunicación de negociaciones— hasta el 31 de diciembre de 2020.

Durante el tiempo que duren las negociaciones, no habrá obligación de solicitar el concurso de acreedores pese a la situación de insolvencia, y no podrán iniciarse por los acreedores ejecuciones de bienes o derechos necesarios para la actividad de la empresa, suspendiéndose las ya iniciadas. Esta suspensión no afecta a las ejecuciones instadas por acreedores públicos (Hacienda, Seguridad Social...). Además, con el respaldo de las entidades financieras que representen más de la mitad del pasivo de la empresa, podrán evitarse o, en su caso, paralizarse, las ejecuciones por entidades financieras sobre cualesquiera bienes o derechos, afectos o no a la actividad de la empresa.

El acuerdo quedará válidamente aprobado si obtiene el respaldo de las tres quintas partes del pasivo y concurren los demás requisitos contemplados en el artículo 598 LC. Si es homologado judicialmente, vincula a los acreedores disidentes sin garantías si se obtienen las mayorías contempladas en el artículo 623 LC, que varían en función del contenido del acuerdo; y también a los acreedores disidentes con garantías reales si se obtiene el voto favorable de las mayorías de pasivo reguladas en el artículo 626 LC, que también varían en función del alcance de las medidas aprobadas. No será rescindible en un eventual concurso de acreedores posterior.

Con carácter general, la empresa tendrá cuatro meses para tratar de lograr el acuerdo, transcurrido el cual deberá solicitar el concurso de acreedores si persistiera la situación de insolvencia. No obstante, la Ley 3/2020 también ha ampliado transitoriamente a seis meses este plazo para todas las empresas que presenten la comunicación antes del 1 de enero de 2021. Esta ley también permite al deudor proponer la renegociación y modificación del acuerdo hasta el 14 de marzo de 2021 aunque no se den los requisitos legales inicialmente exigibles para ello (artículos 3, 4 y 5 Ley 3/2020).

2. Acuerdo de refinanciación singular

Si la empresa no logra un acuerdo de refinanciación que cuente con el respaldo de las mayorías de acreedores exigidas para quedar blindado como acuerdo de refinanciación colectiva en los términos vistos en el apartado anterior, puede negociar y tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de refinanciación que, sin reunir esas mayorías y requisitos, sí sirva no obstante para mejorar la liquidez de la compañía y permitir su viabilidad en los términos contemplados en la Ley Concursal.

Aunque este acuerdo no vincula a los acreedores que no lo suscriban y no puede ser homologado judicialmente, está, no obstante, blindado frente a posibles acciones de rescisión en un hipotético procedimiento concursal posterior, siempre que reúna los requisitos legalmente exigidos en el artículo 604 LC.

3. Inicio de negociaciones para obtener un acuerdo extrajudicial de pagos (artículos 631 LC y siguientes)

Se comunica mediante un escrito en el que se pide (según los casos al registrador mercantil, al notario o a la Cámara de Comercio), el nombramiento de un mediador concursal para que gestione la negociación de un acuerdo entre la empresa y sus acreedores para el pago de todas las deudas, con reducción del importe total a abonar y/o aplazamiento de los plazos de pago. No afecta a los créditos públicos (Hacienda, Seguridad Social...).

No puede plantearlo cualquier empresa, solo los empresarios individuales, profesionales y empresas que no tengan ni más de 50 acreedores ni más de 5.000.000 de euros de activo y pasivo.

Al igual que sucede con la comunicación de negociaciones para un acuerdo colectivo de refinanciación, el plazo general de dos meses desde la insolvencia para su inicio se ha ampliado transitoriamente hasta el 31 de diciembre de 2020 por la Ley 3/2020.

Durante el tiempo de estas negociaciones se suspende el devengo de intereses de las deudas, y ningún acreedor podrá instar el concurso de acreedores de la empresa. Se prohíben —o suspenden—, todas las ejecuciones sobre el patrimonio de la entidad deudora, a excepción de las ejecuciones de hipotecas o garantías sobre bienes no necesarios para su actividad.

El acuerdo vincula a todos los acreedores sin hipotecas ni garantías reales si obtiene el respaldo de las mayorías del pasivo contempladas en el artículo 678 LC, y también a los acreedores con garantía real si se obtiene el respaldo de las mayorías reforzadas exigidas en el artículo 684 LC.

En principio, las negociaciones no pueden durar más de cuatro meses. Si transcurrido dicho plazo no se logra un acuerdo mayoritario y persiste la insolvencia, la empresa deberá solicitar el concurso de acreedores. Pero la Ley 3/2020 también ha modificado aquí los plazos transitoriamente en términos análogos a los acuerdos de refinanciación, por lo que si se presenta una comunicación de acuerdo extrajudicial de pagos antes del 1 de enero de 2021, el plazo para alcanzar el acuerdo o en su defecto instar el concurso será de seis meses.

4. Comunicación del inicio de negociaciones para tratar de lograr la aprobación de una propuesta anticipada de convenio entre la empresa y sus acreedores, que se hará valer en un concurso de acreedores de inminente presentación

Se trata de una opción que debe valorarse cuando se considere imposible un acuerdo de refinanciación o extrajudicial de pagos, y sea inevitable la presentación del concurso de acreedores.

Frente a la opción de solicitar directamente el concurso, la comunicación previa del inicio de negociaciones para la propuesta anticipada de convenio tiene las siguientes ventajas:

— Posibilidad de negociar el convenio con los acreedores sin el control del administrador concursal y sin supervisión judicial.

— Tramitación más rápida y económica del concurso, gracias a la presentación de la solicitud con una propuesta de convenio respaldada por una mayoría

suficiente de acreedores, que agiliza considerablemente la tramitación del procedimiento en el juzgado.

También en este caso el plazo general de dos meses desde la insolvencia para hacer la comunicación se ha visto ampliado hasta el 31 de diciembre de 2020 por la Ley 3/2020.

El convenio quedará aprobado y vinculará a todos los acreedores sin privilegio (ordinarios y subordinados) si reúne las mayorías de pasivo del artículo 376 LC, que varían en función del alcance de las quitas, esperas y demás medidas contempladas en el convenio. También vinculará a los acreedores privilegiados si se obtienen las mayorías reforzadas contempladas en el artículo 397 LC, que también varían en función del contenido y alcance de las quitas, esperas y medidas acordadas.

Hay un plazo general de cuatro meses para lograr la mayoría suficiente para la aprobación del convenio y solicitar el concurso, con o sin dicha mayoría, si persiste la insolvencia. Pero este plazo general de cuatro meses se ha visto ampliado transitoriamente, como en los casos anteriores, a seis meses en virtud de lo previsto en Ley 3/2020. Y el deudor tiene también en este caso hasta el 14 de marzo de 2021 para pedir la renegociación y modificación del convenio si no puede cumplir lo inicialmente acordado.

Si la empresa fracasa en el intento de lograr la aprobación anticipada de la propuesta de convenio, puede volver a plantearla ya dentro del procedimiento concursal.

IV. VENTAJAS DE LAS ALTERNATIVAS PRECONCURSALES FRENTE AL CONCURSO DE ACREEDORES

Las alternativas preconcursales ya analizadas deberán ser estudiadas y valoradas por las empresas que, a consecuencia de la crisis derivada de la pandemia, se encuentren con problemas de solvencia y liquidez, como opción preferente frente al concurso de acreedores, que debe ser la última alternativa. La finalidad y ventajas de estos remedios preconcursales pueden resumirse del siguiente modo:

- Posponen el plazo para la solicitud de concurso mientras se negocia un acuerdo con las entidades financieras y los acreedores.
- Evitan ejecuciones sobre bienes afectos a la actividad de la empresa.
- Pueden servir para resolver la situación de insolvencia mediante la obtención de un acuerdo de refinanciación que en algunos casos vincula a todas las entidades financieras y acreedores, adheridos o no al acuerdo.

— Sirven para evitar el procedimiento concursal o para hacerlo más rápido y eficaz, salvando a la empresa de su liquidación y cierre.

Se trata, en definitiva, de medidas que permiten buscar una solución a la insolvencia sin los efectos adversos del concurso de acreedores. Son soluciones que deben valorarse antes de tomar la decisión de llevar a la empresa a concurso.

V. CONCURSO DE ACREEDORES

1. Procedimiento necesario para hacer frente al problema de la insolvencia y evitar responsabilidades cuando las demás alternativas fracasan

El concurso de acreedores es el procedimiento «*definitivo*» con el que debe hacerse frente al problema de la insolvencia cuando este no se puede —o no se quiere— resolver por los cauces preconcursales analizados hasta ahora o con alguna medida de refinanciación alternativa. Si no hay otra salida a la insolvencia, el deudor debe solicitar el concurso.

2. Plazo para la solicitud de concurso

Según hemos visto, el plazo para solicitar el concurso es de dos meses desde la situación de insolvencia actual, si bien se ha ampliado por la Ley 3/2020 y la reciente reforma introducida por medio del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, hasta el 14 de marzo de 2021, con independencia de que antes el deudor haya comunicado o no la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Si antes del 15 de marzo de 2021 algún acreedor pide la declaración de concurso de cualquier deudor insolvente, su petición no se tramitará por el juez, teniendo prioridad la solicitud de concurso que en su caso pueda presentar el deudor, aunque fuera posterior. Esta prórroga no impide presentar la solicitud de concurso antes del 15 de marzo de 2021. Acogerse a esa ampliación del plazo solo tendrá sentido cuando se esté tratando de obtener una solución al problema de la insolvencia. Agotarlo sin tratar de resolver o atenuar la insolvencia podría conllevar responsabilidades para el órgano de administración y los directivos de la empresa, no por concurso tardío, pero sí por mala gestión agravante de la insolvencia.

3. Procedimiento largo y complejo

El concurso de acreedores es un procedimiento judicial normalmente largo y complejo, en el que se pone la empresa bajo el control de un administrador concursal nombrado por el juzgado mercantil. El procedimiento se divide en varias secciones o piezas en las que básicamente se valora y fija el activo y el pasivo

del deudor (inventario y lista de acreedores), y se busca una solución definitiva al problema de insolvencia existente; esa solución pasará o por un convenio con los acreedores con quitas y/o esperas o, a falta de convenio, por la liquidación de la empresa mediante la venta de todo su activo y el pago a los acreedores hasta donde alcance el dinero obtenido, siguiendo el orden señalado en la Ley Concursal.

4. «Efectos protectores»

La iniciación y tramitación de este procedimiento, que puede durar varios años, tiene una serie de «*efectos protectores*» para el concursado, entre los que cabe destacar los siguientes:

- La deuda deja de devengar intereses.
- No pueden acordarse embargos sobre bienes de la empresa, y se suspenden en general los procedimientos de ejecución, incluidas las ejecuciones hipotecarias sobre bienes afectos a la actividad de la empresa.
- Como regla general, ningún tercero puede resolver unilateralmente los contratos firmados y en vigor con la empresa concursada, aunque esta esté incumpliendo sus obligaciones, si el interés del concurso aconseja su continuidad. También pueden rehabilitarse bajo ciertas circunstancias los préstamos vencidos y los contratos resueltos antes del concurso, incluidos los de arrendamiento de inmuebles aunque se haya planteado ya la acción de desahucio.

5. Inconvenientes

El concurso también tiene unas desventajas o «*daños colaterales*» que deben ser tenidos muy en cuenta por la empresa a la hora de valorar todas las alternativas posibles frente a su situación de su insolvencia:

- Es un procedimiento lento y caro.
- Supone la judicialización de la actividad de la empresa y la pérdida de control sobre ella del empresario y su órgano de administración, que pasan a actuar bajo la vigilancia de un administrador concursal nombrado por el juez, pudiendo incluso ser apartados los administradores de sus cargos y sustituidos por la administración concursal en determinados supuestos.
- Puede afectar negativamente a la imagen y credibilidad de la empresa frente a sus proveedores, clientes, etc., y deteriorar sus perspectivas de negocio.
- La gestión del órgano de administración de la empresa durante los dos últimos años se ve sometida a revisión, a efectos de posibles rescisiones (anulación

de operaciones), y exigencia de responsabilidades por cualquier hecho que haya podido provocar o agravar la insolvencia.

VI. RESPONSABILIDADES EN CASO DE INACCIÓN Y OMISIÓN DE MEDIDAS ANTE UNA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

En tanto en cuanto no lleguen reformas de calado que permitan hacer frente a un problema extraordinario y excepcional con medidas realmente extraordinarias y excepcionales, las empresas que atraviesan actualmente problemas de solvencia deben conocer y valorar todas las alternativas preconcursales y concursales que contempla a día de hoy la Ley Concursal, con las prórrogas contempladas en la Ley 3/2020, y tomar en cada caso las decisiones que resulten más idóneas para tratar de resolver o al menos mitigar el problema.

Si no se adopta ninguna medida en plazo, cualquier acreedor puede instar el concurso (concurso necesario). En ese concurso instado por un acreedor, o en el concurso instado por el propio deudor pero de forma ya extemporánea, se analizará la posible responsabilidad de los administradores de la empresa, y el juez valorará si con su mala gestión o su tardía reacción provocaron o agravaron la insolvencia. El retraso en la adopción de las medidas, o su omisión, y la inacción durante los plazos legalmente previstos para la búsqueda de soluciones, son algunas de las causas que pueden provocar que el juez conocedor del concurso declare el concurso culpable y considere a los administradores de la empresa responsables, pudiendo condenarles a indemnizar a los acreedores por el daño que sufran a consecuencia de esa insolvencia, o incluso en algunos supuestos a asumir personalmente, a costa de su patrimonio, todo o parte del déficit de la empresa.

*(Trabajo recibido el 05/10/2020
y aceptado para su publicación el 20/10/2020)*

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

SALVADOR TORRES RUIZ

Notario de Granada

RESUMEN

Este trabajo expone, con una finalidad eminentemente práctica y didáctica, la normativa que regula actualmente el acuerdo extrajudicial de pagos después de la publicación del Texto Refundido de la Ley Concursal, incluyendo las medidas temporales concernientes a dicho acuerdo que se han dictado, a consecuencia del COVID-19, haciendo especial referencia a aquellas cuestiones que suponen una aclaración o ampliación respecto de la normativa precedente.

Palabras clave: acuerdo extrajudicial de pagos, Ley Concursal, mediador concursal.

EXTRAJUDICIAL PAYMENT AGREEMENT IN THE CONSOLIDATED TEXT OF THE BANKRUPTCY LAW

SALVADOR TORRES RUIZ

Public Notary of Granada

ABSTRACT

This work lays out, with an eminently practical and didactic purpose, the regulations which currently regulate the extrajudicial payment agreement following the publication of the Consolidated Text of Bankruptcy Law, including the temporary measures concerning said agreement which have been issued as a result of COVID-19, making special reference to those questions which represent a clarification or extension in respect to the preceding regulations.

Keywords: extrajudicial payment agreement, Bankruptcy Law, bankruptcy mediator.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PARA LA SOLICITUD DE UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. 1. Requisitos de carácter subjetivo. 2. Requisitos de carácter objetivo. 3. Requisitos formales. —III. ADMISIÓN DE LA SOLICITUD.—IV. EFECTOS DE LA SOLICITUD.—V. PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO DEL MEDIADOR CONCURSAL.—VI. COMUNICACIONES TRAS EL NOMBRAMIENTO.—VII. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN.—VIII. LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—IX. EFECTOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—X. LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO.—XI. EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO.—XII. LOS COSTES DEL PROCEDIMIENTO.—XIII. BREVE REFERENCIA AL CONCURSO CONSECUTIVO.—XIV. CONCLUSIONES.—ANEXO I.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales consecuencias de la crisis financiera fue la aparición de miles de personas físicas y jurídicas, empresarios y consumidores, que no pudieron hacer frente a sus obligaciones, fundamentalmente financieras, debido al elevado nivel de endeudamiento acumulado por circunstancias sobrevenidas e imprevistas. El drama que para miles de familias supuso tener que hacer frente a estas deudas cuando su nivel de ingresos se había visto trágicamente recortado, obligó a tomar medidas de carácter temporal, como la paralización de los lanzamientos por ejecución hipotecaria para personas con especial vulnerabilidad. Sin embargo, se hacía preciso establecer mecanismos, no puramente coyunturales, para ayudar a los deudores que actuaron de buena fe.

Para las personas físicas, un primer paso lo dio el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, aunque limitado a las personas que se encuentran en el llamado umbral de exclusión y circunscrito a la reestructuración de sus deudas hipotecarias. En un sentido más general, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introdujo un nuevo apartado en el artículo 579 LEC para permitir que, tras la ejecución y adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, el deudor quede exonerado del resto de deuda, siempre que se cubran determinados importes (65 u 80% de la cantidad pendiente) en unos plazos concretos (5 o 10 años desde la adjudicación).

Sin embargo, estas medidas no comprendían todas las deudas ni afectaban a todos los deudores. Fuera del ámbito hipotecario, las personas jurídicas y las personas físicas consumidoras que no podían hacer frente a sus obligaciones solo contaban con el concurso. Pero mientras el deudor persona jurídica, una vez liquidado su patrimonio, se extingue y desaparece de la vida jurídica, quedando los acreedores que no hayan cobrado definitivamente insatisfechos (salvo las posibles derivaciones de responsabilidad a socios o administradores), las personas físicas, terminado el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa,

siguen siendo responsables del pago de los créditos restantes con los bienes que adquieran en el futuro (arts. 484.1 TRLC y 1911 CC).

Siguiendo la tendencia internacional, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo en nuestra legislación concursal la figura del acuerdo extrajudicial de pagos para el empresario persona natural y la posibilidad de exoneración de parte del pasivo insatisfecho. Organismos como la Unión Europea o el Fondo Monetario Internacional propugnaron extender el mecanismo de segunda oportunidad a las personas físicas consumidoras, con el fin de que estas también pudieran salir del círculo vicioso del endeudamiento perpetuo.

Fruto de estas recomendaciones, el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, amplió a las personas físicas consumidoras el ámbito de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos y de la exoneración del pasivo. La Ley 25/2015, de 28 de julio, modificó algunos aspectos de la regulación. A partir de ambas normas, el acuerdo extrajudicial de pagos no solamente pudo ser utilizado por personas jurídicas o personas físicas cuyas deudas provengan de su actividad empresarial o profesional, sino también por personas físicas consumidoras.

Con la actual pandemia del COVID-19 y la paralización de la actividad económica durante varios meses, el endeudamiento, la falta de ingresos y la imposibilidad de reanudar la actividad empresarial se han multiplicado, por lo que estos mecanismos cobran hoy una especial relevancia. Esto ha provocado la adopción de medidas coyunturales para paliar las situaciones más urgentes y angustiosas, como las recogidas en los Reales Decretos-Leyes 8/2020, de 17 de marzo, y 11/2020, de 31 de marzo para personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica. Entre tales medidas se encuentra la moratoria de la deuda hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual, de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales y de viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler; la suspensión temporal de las obligaciones contractuales derivadas de préstamos o créditos sin garantía hipotecaria concedidos a personas físicas; la suspensión de los desahucios; o la moratoria de la deuda arrendaticia de la vivienda habitual.

En el ámbito concursal, el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (hoy derogado y sustituido por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que reproduce sus preceptos en lo que se refiere a la materia que estamos exponiendo, recientemente modificado por el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria), ha permitido modificar los convenios y los acuerdos de refinanciación

ya aprobados durante todo el año siguiente a la declaración del estado de alarma, esto es, hasta el 14 de marzo de 2021. Además, hasta el 14 de marzo de 2021, el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no queda obligado a solicitar la declaración de concurso.

Para complicar más las cosas, a todas estas normas transitorias se ha añadido el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC). Este texto refundido entra en vigor el 1 de septiembre de 2020 y este trabajo tiene por finalidad exponer el acuerdo extrajudicial de pagos conforme a esta nueva regulación, sin perjuicio de realizar alguna referencia a la legislación derogada, con el fin de aclarar algún aspecto o poner de relieve los cambios introducidos.

II. REQUISITOS PARA LA SOLICITUD DE UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

La meta de todo acuerdo extrajudicial de pagos es lograr un acuerdo con los acreedores para evitar el concurso, pero, como esto rara vez se produce, su principal interés radica en que es un paso previo para que el consumidor pueda quedar exonerado, siquiera parcialmente, de sus deudas, en los términos regulados en el Capítulo II del Título XI de la Ley, como veremos al final.

Para que el notario tramite la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos tienen que concurrir una serie de requisitos que paso a examinar.

1. Requisitos de carácter subjetivo

La tramitación de solicitudes de las personas naturales empresarios, entendiéndose por tales no solamente las que tengan tal condición conforme a la legislación mercantil o a la legislación de la Seguridad Social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales y los trabajadores autónomos, así como las solicitudes de las personas jurídicas inscribibles en el Registro Mercantil, aunque no estén inscritas, está reservada a los registradores mercantiles. Estas mismas personas físicas, así como toda clase de personas jurídicas, también pueden acudir, alternativamente, a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España (art. 638.2-3-4 TRLC).

Por ello, la competencia notarial se circunscribe a los acuerdos extrajudiciales de pago solicitados por **personas naturales no empresarios ni profesionales, incluidos consumidores, y personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil** (asociaciones, cooperativas, fundaciones, sociedades civiles, etc.)

(art. 638.1 TRLC), aunque, como acabamos de ver, respecto de estas últimas la competencia es compartida con las Cámaras de Comercio.

Con esto se aclaran las dudas que suscitaba el antiguo artículo 232.3 LC, que sometía a la competencia del registrador mercantil las «entidades inscribibles», sin especificar en qué registro habían de estarlo, por lo que se dudaba si se estaba refiriendo solo a las inscribibles en el Registro Mercantil o a todas las que se inscriben en algún registro público. Ahora está claro que solo a las primeras.

En el caso de tratarse de personas que fueron empresarios pero ya no lo son, a mi juicio, la competencia debería corresponder a los notarios, porque la condición de empresario o de consumidor debe apreciarse en el momento de iniciar el expediente. Además, a la persona física empresaria se le abrirá hoja en el Registro Mercantil y no parece lógico inscribir como comerciante al que ya ha dejado de serlo. Sin embargo, según doctrina mayoritaria de los tribunales, para determinar la competencia hay que atender al origen de las deudas, es decir, si estas provienen de una actividad empresarial o profesional, la competencia será del registrador mercantil (y del Juzgado de lo Mercantil en el concurso consecutivo), aunque en el momento de solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, la persona física ya no ejerza una actividad empresarial o profesional.

No todas las personas pueden utilizar este expediente, porque la ley establece ciertas **restricciones**, prohibiendo que acudan al acuerdo extrajudicial de pagos:

1. Quienes, dentro de los diez años anteriores a la solicitud, hubieran sido condenadas en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores (art. 634.1.º TRLC).

2. Las personas que, dentro de los cinco años anteriores a la solicitud, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso (art. 634.2.º TRLC).

3. Quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación (art. 634.3.º TRLC). Recordemos que estos son acuerdos que negocia directamente el deudor, persona natural o jurídica, que se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente, pero sin haberse declarado el concurso, con todos (acuerdos colectivos) o algunos (acuerdos singulares) de sus acreedores, con el fin de permitir la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y a medio (art. 596 y ss. TRLC). Dada su finalidad, estos acuerdos de refinanciación no pueden ser utilizados por las personas físicas consumidoras.

4. Las personas cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (art. 634.4.º TRLC).

2. Requisitos de carácter objetivo

Para que una persona física o jurídica pueda acudir al acuerdo extrajudicial de pagos debe reunir cumulativamente **dos requisitos**:

1.º Ha de encontrarse en situación de **insolvencia**, actual o inminente, y no haber sido declarado en concurso (art. 631.1 TRLC). Según el artículo 2.3 TRLC, la insolvencia actual se produce cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; y la insolvencia inminente, cuando prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

2.º Si es una persona física, la estimación inicial del **pasivo** no puede superar los cinco millones de euros (art. 632 TRLC). Tratándose de persona jurídica, es necesario que la estimación inicial del valor del activo o del importe del pasivo no sea superior a cinco millones de euros, o que tenga menos de cincuenta acreedores, siempre que, en todo caso, acredite disponer de activos suficientes para pagar los gastos propios de la tramitación del expediente (art. 633 TRLC).

Por tanto, los deudores con un pasivo superior tienen que acudir necesariamente al concurso, sin perjuicio de poder intentar alcanzar antes un acuerdo de refinanciación con sus acreedores.

3. Requisitos formales

El acuerdo extrajudicial de pagos comienza con la **solicitud de mediador concursal**, de acuerdo con este régimen:

a) Es **competente** para recibir la solicitud el notario del domicilio del deudor, en los casos en que aquel es competente (art. 638.1 TRLC), o el registrador mercantil del domicilio del deudor, tratándose de empresarios o entidades inscribibles en el Registro Mercantil (art. 638.2 TRLC). Sin embargo, la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España y el resto de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación no tienen competencia territorial, por lo que el deudor persona natural empresario o persona jurídica podrá presentar la solicitud ante cualquier de ellas indistintamente (art. 638.3 TRLC).

b) Se hará mediante **formulario normalizado** suscrito por el deudor (art. 635.1 LC). Hay que tener en cuenta que, tratándose de **persona casada**, la solicitud puede provenir de ambos cónyuges, si las deudas son comunes, o del cónyuge deudor, en otro caso. El artículo 635.2 TRLC señala que «*si el deudor*

fuera persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, indicará en la solicitud la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio. Si los cónyuges fueran propietarios de la vivienda familiar y esta pudiera quedar afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud deberá firmarse necesariamente por ambos cónyuges o presentarse por uno con el consentimiento del otro». Algunos autores consideran que, cuando la vivienda familiar pertenezca únicamente a uno de los cónyuges, también debería exigirse el consentimiento del cónyuge no titular, por analogía con el artículo 1320 del Código Civil.

Tratándose de personas jurídicas, corresponde al órgano de administración o, en su caso, de liquidación, tomar la decisión sobre la solicitud (art. 631.2 TRLC).

c) Junto con la solicitud, es preciso entregar un **inventario** en el que *«figurarán los bienes y derechos de que sea titular, con expresión de la naturaleza que tuvieran, las características, el lugar en que se encuentren y, si estuvieran inscritos en un Registro público, los datos de identificación registral de cada uno de los bienes y derechos relacionados, el valor de adquisición, las correcciones valorativas que procedan y la estimación del valor actual. Se indicarán también en el inventario los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de la naturaleza de los mismos y, en su caso, de los datos de identificación registral. En anejo del inventario se especificarán el efectivo y los activos líquidos de que disponga, así como una relación de los ingresos regulares previstos»* (art. 636.1 TRLC)

Hay que tener en cuenta que, *«si el deudor estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios. Si fuera empresario, acompañará, además, un balance actualizado»* (art. 637 TRLC).

d) Se acompañará también una **lista de acreedores**, especificando, *«por orden alfabético, los que tenga el solicitante, incluidos los de derecho público, con expresión de su identidad, el domicilio y la dirección electrónica, si la tuviere, de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales prestadas o reales constituidas a favor de cualquier acreedor o de tercero. A los efectos de la determinación del valor de la garantía se estará a lo establecido en esta ley respecto de los créditos con privilegio especial.*

»Si existieran ejecuciones contra el patrimonio del deudor se indicará en la lista de acreedores la identidad del ejecutante, el juzgado en el que se estuvieran tramitando y el número de autos, con expresión de cuáles de esas ejecuciones recaen sobre bienes o derechos que el solicitante considere necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

»En anejo de la lista se incluirá una relación de los contratos vigentes y una relación de los gastos mensuales previstos» (art. 636.2 TRLC).

e) Si el deudor tuviera **trabajadores**, *«acompañará el solicitante una relación de los que tuviera, con expresión de la identidad y dirección de sus representantes»* (art. 636.3 TRLC).

Mientras no se modifique, el contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, se encuentra regulado por **Orden JUS/2831/2015**, de 17 de diciembre (*vid.* Anexo I). Su artículo 2.3 prevé que la solicitud se pueda presentar *«a través de los medios electrónicos que se habiliten por los órganos que se indican en este artículo»*, si bien hasta la fecha no se ha habilitado ningún medio electrónico, por lo que la solicitud y demás documentación deben presentarse personalmente. No obstante, el artículo 638.2 TRLC establece expresamente que la solicitud puede presentarse ante el registrador mercantil telemáticamente, previsión que no se establece legalmente para notarios ni para Cámaras de Comercio.

Junto con los documentos anteriores, del formulario resulta que también hay que presentar el certificado de antecedentes penales (para saber si ha sido condenado por los delitos que antes vimos), los títulos de propiedad, certificados bancarios, etc. También es conveniente aportar, en el caso de personas físicas el certificado de nacimiento (para la comunicación al Registro Civil) y el certificado de empadronamiento (para conocer el domicilio del deudor que determina la competencia). Como medida de precaución, es útil que el notario acceda al Registro Público Concursal para comprobar que el solicitante no está en concurso ni está tramitando otro acuerdo extrajudicial de pagos. Algunos notarios unen al acta la totalidad de los documentos presentados, pero estimo preferible, cuando el notario no vaya a ser el mediador, incorporar solo el formulario, el inventario y la lista de acreedores, reseñando el resto de la documentación, que se deja en el expediente para su entrega futura al mediador concursal.

La presentación de estos documentos tiene una importancia capital, porque es la base para negociar el acuerdo extrajudicial de pagos. Por eso, si el deudor comete **inexactitud grave** en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o acompaña o presenta documentos falsos, en caso de concurso consecutivo este será calificado como culpable (art. 443.4.º TRLC).

En la práctica, muchas veces el deudor, sobre todo tratándose de personas físicas consumidoras, sólo tiene datos genéricos sobre el nombre o la dirección de los acreedores, lo que puede dificultar la realización de las notificaciones ulteriores. Lo importante es que el nivel de detalle sea suficiente para que el mediador concursal pueda desarrollar eficazmente su labor de proponer un acuerdo.

III. ADMISIÓN DE LA SOLICITUD

Según el artículo 640.1 TRLC, el receptor de la solicitud debe **comprobar** su propia competencia, el cumplimiento de los requisitos subjetivos y objetivos, así como verificar los datos y la documentación aportados por el deudor. Obviamente, es una verificación puramente formal, porque el notario carece de medios para conocer si los datos son verdaderos o falsos, si se han omitido ingresos o deudas, etcétera.

Si estima que la solicitud o la documentación adjunta adolecen de algún **defecto** o que esta es insuficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales, señalará al solicitante un único plazo de subsanación, que no podrá exceder de cinco días.

El notario no admitirá la solicitud cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos o no subsane los defectos advertidos, pudiendo presentar una nueva solicitud cuando concurren o pueda acreditarse la concurrencia de dichos requisitos (art. 640.3 TRLC).

Una vez acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y estando completa la documentación, se procederá de oficio a nombrar al mediador concursal, aunque, si el propio notario va a actuar de mediador, podrá manifestarlo así al aceptar la solicitud. Tratándose de persona inscribible en el Registro Mercantil, el registrador mercantil, antes de nombrarlo, procederá a la apertura de la hoja correspondiente (art. 640.2 TRLC).

Queda así claro, frente a la confusa redacción anterior que, antes de nombrar al mediador, no es necesario notificar la solicitud al Juzgado.

IV. EFECTOS DE LA SOLICITUD

La mera **presentación de la solicitud** de acuerdo extrajudicial de pagos permite al deudor continuar con su actividad profesional, empresarial o laboral, *«pero se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad»* (art. 639 TRLC), por lo que, en caso de persona natural no empresaria, debe entenderse que solo puede realizar actos de administración y disposición que puedan considerarse normales o corrientes para la vida ordinaria.

La norma utiliza una expresión (*«se abstendrá»*), que no es una prohibición *stricto sensu*, por lo que el acto contrario a ese deber no es nulo. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de octubre de 2018 ha señalado que este precepto no priva al deudor de la facultad dispositiva, por lo que la constancia en el Registro de la Propiedad del nombramiento de mediador concursal no impide la inscripción de los actos de disposición

otorgados por el deudor. No obstante, a mi juicio, un acto que exceda del giro o tráfico ordinario puede ser apreciado en el futuro por el Juez como indicativo de que el deudor no tenía voluntad real de llegar a un acuerdo, si dicho acto empeora la situación patrimonial del deudor, dificulta o hace inviable el acuerdo.

V. PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO DEL MEDIADOR CONCURSAL

El Texto Refundido ha recogido con detalle el procedimiento de nombramiento del mediador concursal, que la Ley anterior solo esbozaba y fue, por ello, desarrollado por la Instrucción de 5 de febrero de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy de la Seguridad Jurídica y la Fe Pública), que debe entenderse derogada tácitamente en lo que se oponga a la nueva regulación.

a) El nombramiento ha de recaer en la persona natural o jurídica a la que, de forma secuencial, corresponda (art. 643 TRLC) de entre las que figuren en la **lista oficial** que se publica en el portal del «Boletín Oficial del Estado», la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia (art. 642.1 TRLC).

El mediador concursal debe reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Por tanto, puede ser una **persona natural o jurídica**. En el primer caso, con título oficial universitario o de formación profesional superior, además de contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. En ambos casos, ha de suscribir un seguro que cubra su posible responsabilidad civil (art. 11 LM).

Según el artículo 654 TRLC, *«en todo lo no previsto en esta ley en cuanto al nombramiento y a la aceptación del mediador concursal, se estará a lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes»*, por lo que le será aplicable el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para aquellos, que es el mismo que el fijado para los administradores concursales (art. 203 TRLC).

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, regula cuál debe ser la formación de los mediadores concursales, en cuyo examen no vamos a entrar. Según su artículo 18, las personas naturales o jurídicas que cumplan los requisitos legales podrán solicitar su inscripción como mediadores concursales en la sección segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, a efectos de poder ser designados en los procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Su artículo 19 añade que el Registro comunica inmediatamente y por medios electrónicos a la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, los datos del mediador concursal inscrito, a los efectos de incluirlos en el Portal. Entre los datos a suministrar por el Registro figurarán siempre el nombre, apellidos y número de identificación fiscal, su domicilio y datos de contacto, incluyendo, en su caso, una dirección de correo electrónico. La inclusión se realiza por estricto orden cronológico de recepción, colocándose al incluirse en el final de la lista.

Del mismo modo, se comunicará inmediatamente la baja del mediador en el Registro para que, a partir de ese momento, no figure en dicho Portal y no pueda ser designado mediador concursal.

b) Cuando el mediador tenga previsto actuar como **administrador concursal** en el concurso consecutivo, también ha de reunir los requisitos que se exigen a este, conforme a los artículo 60 y ss. TRLC, en cuyo examen no voy a entrar.

c) No obstante, el artículo 642.2 TRLC, establece que, cuando se trate de personas naturales no empresarios, *«el notario receptor de la solicitud podrá asumir la condición de mediador, salvo oposición del deudor. Reglamentariamente se determinará el régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan como mediadores en los acuerdos extrajudiciales de pagos»*. En mi opinión, esto supone una habilitación *ex lege* a todos los **notarios como mediadores concursales**, aunque no reúnan los requisitos legales para serlo, porque, en otro caso, no tendría sentido establecer un régimen de responsabilidad propio, pues se aplicaría directamente el de los mediadores.

La nueva redacción parece dejar claro que no existe ninguna obligación para el notario de ser mediador, sino que se deja a su elección, solo condicionada por la posible oposición del deudor. Por tanto, parece conveniente que el notario que no quiera o no pueda actuar como mediador haga constar expresamente en el acta, bien que estima conveniente designar un mediador concursal por no querer serlo él mismo, bien que el deudor se opone a su nombramiento.

d) Otra **excepción** al nombramiento de la lista del portal del BOE la establece el artículo 644 TRLC: *«1. Si el deudor persona natural empresario o la persona jurídica deudora hubiera presentado la solicitud ante una Cámara Oficial, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación.*

»El sistema de mediación desarrollado por las Cámaras deberá ser transparente y se deberá garantizar la inexistencia de conflicto de intereses. A tal efecto podrá constituirse una subcomisión de sobreendeudamiento u órgano equivalente, que deberá estar compuesto por, al menos, una persona que reúna los requisitos para ser nombrada mediadora concursal.

»2. Si el deudor fuera una entidad aseguradora o reaseguradora, deberá ser nombrado mediador el Consorcio de Compensación de Seguros».

En estos casos, de la redacción del artículo resulta que la asunción de la mediación por la Cámara o el Consorcio de Compensación de Seguros es obligatoria, de manera que no será posible nombrar otro mediador.

e) En cualquier caso, el **nombramiento del mediador** concursal debe efectuarse en los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud del deudor (art. 641.1-2 TRLC), entendiéndose que son días hábiles. Formalmente, el notario formaliza el nombramiento en acta autorizada por él mismo; el registrador mercantil, mediante una resolución que se anotará en la hoja abierta al solicitante; y las Cámaras Oficiales, en acta del órgano que sea competente, de la que el secretario expedirá certificación (art. 641.3 TRLC).

El notario que haya decidido no ser mediador y el registrador mercantil (salvo en el caso de entidades de seguros o reaseguros, en que necesariamente ha de nombrar al Consorcio de Compensación de Seguros, como acabamos de ver), han de acceder al portal del BOE, lo que harán utilizando su certificado reconocido de firma electrónica, requiriendo el suministro de los datos del mediador concursal que de forma secuencial corresponda, de entre los que tengan el domicilio en la provincia designada por el solicitante.

En el caso de que no existieran mediadores concursales disponibles dentro de la provincia solicitada, el portal suministrará el que corresponda de entre las provincias limítrofes, y, si tampoco esto fuera posible, suministrará los datos del primero que corresponda dentro de la Comunidad Autónoma. En último lugar, señalará el portal el que corresponda dentro de todo el territorio del Estado (art. 19.3 RD 980/2013).

f) Según la Instrucción 5 de febrero de 2018, notarios y registradores mercantiles, con carácter previo a la aceptación, y con el fin de que compruebe si concurre alguna causa de recusación que le impida la aceptación del cargo, así como para conocer la información relativa a las características básicas de la situación de insolvencia, deben suministrar al mediador concursal la siguiente **información**:

1. La identidad del deudor y de los acreedores, en la forma que aparezca en los apartados A y D del formulario que haya presentado el deudor, pero limitados al nombre y apellidos, NIF, domicilio y correo electrónico si lo tuviere, nacionalidad, en caso de extranjeros, y régimen económico conyugal.

2. La estimación del importe global de las deudas y del importe global del valor de los bienes y derechos, que figure en los números 3 y 4 de la letra B del formulario.

El mediador concursal, una vez le sean comunicados datos del deudor, queda obligado a guardar confidencialidad.

g) **Aceptado el encargo** por parte del mediador concursal, lo cual debe hacer en un plazo máximo de cinco días desde el recibo de la resolución de nombramiento, pues este caduca, en caso de falta de aceptación, dentro de plazo (art. 647 TRLC), el notario o el registrador mercantil le harán entrega del expediente completo. El mediador solo podrá utilizar y tratar los datos recibidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, no siendo posible su uso para ninguna otra finalidad.

h) En caso de que el mediador concursal **no acepte el cargo**, sea cual sea la causa alegada, el notario lo comunicará al portal del «Boletín Oficial del Estado» y volverá a realizar una nueva designación expresando esta circunstancia.

El mediador designado que no aceptase el cargo se situará al final de la lista, sin que pueda volver a ser designado hasta que finalice ésta (art. 19.3 RD 980/2013).

La Ley no prevé cuál tiene que ser el número de designaciones sin aceptación que deben realizarse para considerar que el deudor ha intentado con éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, lo que supone uno de los mayores problemas en la práctica, como tendremos ocasión de ver más adelante, cuando nos refiramos al concurso consecutivo.

No obstante, el artículo 12 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (recogiendo lo que ya había establecido el artículo 17 del derogado Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril), dice que *«hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado»*.

En mi opinión, esta norma debía haberse dictado con carácter permanente y no simplemente como algo temporal y coyuntural.

Todas las comunicaciones que deban efectuarse entre el notario o registrador mercantil, el portal y el mediador se realizarán al correo electrónico institucional del notario o registrador. Conforme a la Instrucción, si las comunicaciones no fueran remitidas con firma electrónica, deberán ser confirmadas por correo certificado, sin perjuicio de su producción de efectos desde la recepción del correo electrónico.

Al aceptar el cargo, el mediador *«debe facilitar al notario, al registrador o a la Cámara, una dirección electrónica a la que los acreedores puedan remitir cualquier comunicación o notificación. La dirección electrónica deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo*

relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones» (art. 646 TRLC).

VI. COMUNICACIONES TRAS EL NOMBRAMIENTO

Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el notario debe remitir copia autorizada (la Ley impropriadamente habla de «copia auténtica») del acta; el registrador mercantil, certificación del asiento; y la Cámara Oficial, el acuerdo de nombramiento de mediador concursal:

1. Al **juzgado competente** para la declaración de concurso, con expresión de la fecha en que el nombrado haya aceptado el cargo. La finalidad de esta comunicación es comunicar la apertura de las negociaciones entre el deudor y los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 648 TRLC), para lo que también hay que indicar la identidad del mediador (art. 583.2 TRLC).

Recordemos que, para toda clase de personas jurídicas y para personas físicas empresarias o profesionales, la competencia corresponde al Juzgado de lo Mercantil del territorio donde el deudor tenga el centro de sus intereses principales (presumiéndose para las personas jurídicas, que este se halla en el lugar donde se encuentre el domicilio social). Para las personas naturales no empresarias ni profesionales es competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del deudor (art. 45 LEC), por lo que, de haber varios Juzgados, se comunicará al Decanato para su reparto.

2. A los **Registros públicos de personas** en que figure inscrito el solicitante (deben ser el Registro Civil, el Registro Mercantil, los de Cooperativas, Fundaciones, Asociaciones, etc.), y a los **Registros públicos de bienes o derechos** en que tuviera inscritos bienes o derechos de su propiedad (obviamente esto se hará de acuerdo con los datos que haya proporcionado el propio deudor en su solicitud), con expresión de la fecha en que el nombrado haya aceptado el cargo. El responsable del registro hace constar el nombramiento de mediador concursal por medio de anotación preventiva en la hoja en que figure inscrito el deudor o sus bienes y derechos (art. 649 TRLC).

3. A la **Agencia Estatal de la Administración Tributaria** y a la **Tesorería General de la Seguridad Social**, a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, haciendo constar la identificación del deudor con su nombre y número de identificación fiscal, y la del mediador con su nombre, número de identificación fiscal y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por éste (art. 651 TRLC).

4. Al **Registro Público Concursal**, comunicación que debe contener la identidad del deudor, incluyendo el número de identificación fiscal; el notario, el registrador o la Cámara Oficial ante el que se hubiera presentado la solicitud;

el número del expediente que se hubiera incoado; y la identidad del mediador concursal, incluyendo el número de identificación fiscal (art. 650 TRLC). El artículo 585 TRLC también ordena al Letrado de la Administración de Justicia que, el mismo día que se reciba la comunicación en el Juzgado, dicte decreto dejando constancia de esa comunicación y ordenando la publicación en el Registro público concursal de un edicto conteniendo extracto del decreto, en el que se harán constar las ejecuciones que se encuentran en curso sobre bienes o derechos que, según la solicitud, fuesen necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

El artículo 585.3 TRLC añade que *«si en el escrito de comunicación constara la solicitud del carácter reservado de la comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia no ordenará la publicación del edicto. El deudor podrá solicitar en cualquier momento el levantamiento del carácter reservado de la comunicación»*. Por consiguiente, el precepto da a entender que el deudor puede solicitar del notario, registrador o Cámara Oficial que se haga constar su voluntad de que la comunicación al juzgado sea reservada. En este caso, como se desprende del artículo 561.5.^a TRLC, no se publica en el Registro Público Concursal el edicto comunicando la apertura de las negociaciones y las ejecuciones en curso, pero este es el único efecto, porque la Ley no prevé ninguna excepción a la práctica del resto de las comunicaciones, de manera que se efectuarán a pesar de ese carácter reservado.

Por lo demás, según el mismo precepto, la publicación se practica en la sección quinta del Registro. Según el artículo 13.1 del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal, además de los datos arriba señalados, debe indicarse también la fecha en que se ha presentado la solicitud del deudor, la fecha en que se ha admitido la apertura del procedimiento y la fecha de aceptación del mediador concursal, así como la dirección electrónica en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación al mediador concursal.

Según la citada Instrucción de 5 de febrero de 2018, la información se remite rellenando telemáticamente unos casilleros, sin que sea admisible la remisión literal del acta notarial, pero el artículo 650 TRLC dice expresamente que debe remitirse copia autorizada del acta, certificación del asiento o del acuerdo de nombramiento, según el caso, por lo que, como el sistema sigue siendo telemático, es previsible que no baste con la remisión de copia autorizada electrónica del acta, sino que tengan que seguir rellenándose los diferentes campos informáticos, a menos que se reforme la web del Registro Público Concursal.

5. Finalmente, tratándose de empresarios, también es preciso comunicar el nombramiento de mediador concursal *«a la representación de los **trabajadores**, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en las actuaciones»* (art. 652 TRLC).

En principio, con las diligencias de haber practicado las preceptivas comunicaciones, el notario cerrará el acta. En el caso de que él mismo actúe como mediador, creo admisible, tanto que sus actuaciones se reflejen en un acta independiente, como que lo sean en la misma acta inicial, que de este modo contendría todo el proceso, desde la solicitud inicial hasta la conclusión de la mediación.

Cabe plantearse, no obstante, ante la falta de regulación legal, si es posible que el notario que actúe como mediador lleve a cabo sus actuaciones de forma privada, como hacen los demás mediadores, sin reflejo en documentos notariales hasta que, en su caso, haya que otorgar la escritura de formalización del acuerdo. A pesar de ello, y aunque el notario cobre una retribución no sujeta al arancel notarial, estimo que actúa como mediador por ser notario, debido a su habilitación *ex lege* para ejercer la mediación concursal, por lo que lo procedente es que refleje, documentalmente, el proceso de mediación en un acta, pero haciendo constar en ella solamente las vicisitudes fundamentales, sin detallar las negociaciones ni incluir aspectos que puedan vulnerar el deber de confidencialidad.

VII. EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN

Una vez el mediador concursal haya aceptado su cargo y se haya comunicado la **apertura de las negociaciones** al juzgado competente, tienen lugar los siguientes **efectos**:

A) Los **acreedores** que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos:

a) No podrán iniciar ni continuar **ejecución judicial o extrajudicial** alguna sobre bienes y derechos del patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta transcurridos tres meses, o dos meses, si es persona natural no empresario, contados desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado. Si la ejecución estuviera en tramitación, se suspenderá (art. 589 TRLC).

Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, que sí podrán iniciar la ejecución de la garantía, pero si la garantía recae sobre la vivienda habitual del deudor o sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, una vez iniciado el procedimiento, la ejecución se suspenderá por el juez hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores o dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario (art. 591.2 TRLC). También podrán iniciarse o reanudarse las ejecuciones si el juez competente para la declaración de concurso resuelve que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 593.1 TRLC).

Además, una vez anotada en los registros públicos de bienes y derechos la apertura de negociaciones, no podrán anotarse sobre los bienes y derechos del deudor, embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal (art. 591.3 TRLC).

Ninguna de estas restricciones afectan a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público (art. 592 TRLC).

b) Deben abstenerse de realizar acto alguno dirigido a **mejorar la situación** en que se encuentren respecto del deudor. Como sanción, los actos de mejora que se realicen no producirán efecto alguno (art. 664 TRLC).

c) Podrán facilitar al mediador concursal una **dirección electrónica**, en cuyo caso las comunicaciones con este deben realizarse a la citada dirección electrónica (art. 661 TRLC).

d) El acreedor que disponga de **garantía personal** de un tercero para la satisfacción de un crédito contra el deudor podrá hacerla efectiva si el crédito garantizado hubiera vencido. Los garantes no podrán invocar la apertura de las negociaciones en perjuicio del acreedor, incluso aunque este participe en aquellas (art. 587 TRLC).

B) La comunicación de la apertura de negociaciones no produce por sí sola el vencimiento de los **créditos aplazados** (art. 586 TRLC), pero durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, *«se suspenderá el devengo de los intereses, legales o convencionales, de los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, sin más excepciones que las establecidas para el caso de concurso de acreedores»* (art. 665 TRLC), es decir, se exceptúan los créditos salariales, que devengan el interés legal del dinero, y los créditos con garantía real, que devengan los intereses remuneratorios pactados hasta donde alcance el valor de la garantía (art. 152.2 TRLC).

C) No se admitirán a trámite las **solicitudes de concurso** realizadas por personas distintas del deudor o del mediador concursal en tanto no transcurran tres meses desde la comunicación al juzgado, o dos meses, si es persona natural no empresario, aunque las que se hayan presentado antes de la comunicación continúan su tramitación (art. 594.1 TRLC). Transcurrido ese plazo, el deudor que no haya alcanzado el acuerdo debe solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, si se encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal (art. 595 TRLC). Las solicitudes que se presenten con posterioridad a la expiración de ese plazo solo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil sin que el deudor haya solicitado la declaración de concurso. Si se declara el concurso a instancia del deudor, este se tramita en primer lugar y las solicitudes que se hubieran presentado antes y las que se presenten después de la del deudor se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 594.2 TRLC).

D) El deudor que tuviera **deudas tributarias o de seguridad social**, debe solicitar de la Administración pública competente *«el aplazamiento o el fraccionamiento de pago de aquellas que, a la fecha del nombramiento del mediador, se encontrasen pendientes de ingreso, salvo que tuviera previsto y pudiera efectuar el pago de dichas deudas en el plazo establecido en la normativa que resulte de aplicación»*.

»A la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se acompañará la relación de aquellas otras deudas de derecho público que a la fecha de presentación estuvieran incluidas en solicitudes pendientes de resolución» (art. 655 TRLC).

La ley impone esta obligación, pero no dice cuál sería la consecuencia de su infracción, por lo que posiblemente solo sirva para que, en caso de concurso consecutivo, el Juez pueda calificar la conducta del deudor al efecto de considerar si intentó seriamente alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

La solicitud de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, o por el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y normativa que las desarrolla, según el caso (art. 656 TRLC), aunque son de aplicación las siguientes especialidades:

a) El acuerdo de resolución del aplazamiento o fraccionamiento sólo podrá dictarse cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido formalizado. No obstante, la Administración podrá resolver antes si transcurren tres meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya publicado en el Registro público concursal el acuerdo extrajudicial de pagos o si el deudor hubiera sido declarado en concurso de acreedores (art. 657.1 TRLC).

b) El acuerdo de concesión del aplazamiento o fraccionamiento, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario, tendrá como referencia temporal máxima la contemplada en el acuerdo extrajudicial de pagos, si bien la periodicidad de los plazos podrá ser diferente (art. 657.2 TRLC).

c) En el caso de que el deudor tuviera concedidos aplazamientos o fraccionamientos de pago vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de acuerdo extrajudicial, continuarán surtiendo plenos efectos, pero, si se solicita la modificación de sus condiciones, junto con el aplazamiento o fraccionamiento de nuevas deudas, la solicitud se tramitará conjuntamente (art. 658 TRLC).

VIII. LA NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

El **mediador** debe intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos a través del procedimiento legalmente previsto, que es el siguiente:

1. Lo primero que tiene que hacer es **comprobar la realidad y exactitud de los datos que figuren en la solicitud y la documentación** aportados por el deudor, pudiendo requerir su complemento o subsanación o instar a corregir los errores que pueda haber (art. 659 TRLC). En concreto, dentro de los diez días siguientes al de la aceptación del cargo, debe comprobar la existencia y la cuantía de los créditos de quienes figuren en la lista de acreedores, para lo cual utilizará los antecedentes documentales con que cuente el deudor y los demás medios que considere oportunos (art. 660.1 TRLC).

No obstante, si el deudor es persona natural que no tenga la condición de empresario y el mediador es el propio notario, el plazo será de quince días a contar desde la presentación al notario de la solicitud de nombramiento de mediador (art. 660.2 TRLC).

2. En ese mismo plazo de diez o de quince días, **convocará al deudor y a los acreedores** que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio, salvo a los acreedores públicos, a una reunión, que se celebrará en un plazo de dos meses desde la aceptación, o de treinta días si el deudor es persona natural no empresario. La convocatoria debe expresar el lugar (que debe estar en la localidad donde el deudor tenga su domicilio), día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas (art. 662 TRLC).

La convocatoria se realiza por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción, pero, si consta la dirección electrónica de los acreedores por haberla aportado el deudor o haberla facilitado aquéllos, la comunicación debe realizarse a la citada dirección electrónica (art. 663 TRLC).

3. Tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, con una antelación mínima de veinte días naturales (quince si el deudor es persona natural no empresario), a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una **propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos** sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud (art. 666 TRLC). La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas (art. 667 TRLC):

- a) Esperas por un plazo no superior a diez años.

b) Quitas.

c) Conversión de los créditos en acciones o participaciones de la sociedad deudora o de otra sociedad; conversión de los créditos en créditos participativos por período no superior a diez años, en obligaciones convertibles, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de aquellos que tuvieran los créditos originarios. Las personas naturales que no tengan la condición de empresarios no pueden utilizar esta posibilidad.

Según el artículo 668 TRLC, *«1. La conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima, podrá realizarse aunque los créditos a compensar no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles.*

»2. Para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la ley o por los estatutos sociales».

d) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos, si bien limitada a bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

La cesión debe realizarse por el valor razonable calculado conforme a lo establecido en la propia Ley Concursal (arts. 273 y 274 TRLC). Si el valor fuera igual o inferior al importe del crédito, este se extinguirá al realizar la cesión. Si fuera superior, la diferencia se integrará en el patrimonio del deudor.

Cuando los bienes objeto de cesión estén afectos a garantía real, será de aplicación el procedimiento de enajenación de bienes y derechos de la masa activa regulado en la Ley (arts. 209 y ss. TRLC), correspondiendo la competencia para conceder o denegar las autorizaciones legalmente previstas al juez al que se haya comunicado la apertura de las negociaciones (art. 669 TRLC).

e) En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor ni podrá alterar el orden de prelación de pagos establecido para el concurso de acreedores, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente. (art. 670 TRLC).

4. La propuesta debe ir acompañada de los siguientes **documentos complementarios**:

a) Un **plan de pagos** de los créditos pendientes y de los nuevos créditos, incluidos los que se devenguen en concepto de derecho de alimentos para el deudor y su familia, con detalle de los recursos previstos para satisfacerlos.

También hay que acompañar copia de la solicitud de aplazamiento del pago de los créditos de derecho público o de la resolución que se haya dictado. En otro caso, se indicarán las fechas de pago de los mismos, si no fueran a satisfacerse en los respectivos plazos de vencimiento (art. 671 TRLC).

b) Un **plan de viabilidad**, especificando los recursos necesarios, así como los medios y condiciones de su obtención, cuando para atender al cumplimiento del acuerdo se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 672 TRLC).

5. Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo a los acreedores (en la redacción anterior era anteriores a su recepción), estos podrán presentar **propuestas alternativas** o propuestas de modificación (art. 673 TRLC). Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores la propuesta final aceptada por el deudor (art. 674 TRLC).

No obstante, si antes de transcurrir este plazo los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo decidieran no continuar con las negociaciones y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores (art. 705.1.1.º TRLC).

6. Los acreedores convocados deberán asistir a la **reunión**, aunque están exceptuados los que hubiesen aceptado la propuesta o formulado oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la fecha de aquella (art. 676 TRLC).

Como sanción a la obligación de asistencia, salvo que se trate de créditos con privilegio especial por tener garantía real sobre bienes o derechos de la masa activa, los créditos de que sea titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión ni haya manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, se declare el concurso consecutivo del deudor (art. 712 TRLC).

El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, pero se prohíbe alterar las condiciones de pago de los acreedores que manifestaron su aprobación a la propuesta dentro de los diez días naturales anteriores y no hayan asistido a la reunión (art. 675 TRLC).

7. Para aprobar un acuerdo extrajudicial de pagos, es preciso que voten a favor, al menos, el 60% del pasivo computable, si bien el contenido del acuerdo depende de la **mayoría** obtenida (art. 678 TRLC):

a) Si vota a favor del mismo entre un 60 y un 74,99% del pasivo computable, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los

créditos que exceda del valor de la garantía real, quedan sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, o a la conversión de los créditos en créditos participativos, durante un plazo no superior a cinco años, o a quitas no superiores al 25% del importe de los créditos.

b) Si vota a favor del mismo el 75% o más del pasivo computable, el acuerdo puede tener cualquier contenido: esperas o conversión de créditos por plazo de cinco años o más, quitas superiores al 25% y cesiones de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago total o parcial de sus deudas.

A estos efectos, el pasivo computable comprende la suma del importe de los créditos que no gocen de garantía real, el importe de los créditos que exceda del valor de esa garantía y el importe de los créditos con garantía real que hubieran aceptado la propuesta, sin que en ningún caso se computen los importes correspondientes a los créditos de derecho público (art. 677 TRLC).

Si la propuesta no fuera aceptada por los acreedores, y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente, el mediador concursal debe solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores (art. 705.1.2.º TRLC). En su caso, podrá acumular a la solicitud de declaración de concurso consecutivo la de conclusión del procedimiento por insuficiencia de masa activa (art. 705.4 TRLC), si se dan los presupuestos del artículo 470 TRLC, esto es, cuando el Juez *«aprecie de manera evidente que la masa activa presumiblemente será insuficiente para la satisfacción de los posibles gastos del procedimiento, y además, que no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable»*.

8. Aceptada la propuesta por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a **escritura pública**, que otorga el mediador concursal por sí solo (art. 679.1 TRLC). En realidad, más que elevación a público, parece una escritura de protocolización del acuerdo, ya que los acreedores no comparecen ante el notario.

Según el artículo 679.2 TRLC, si el mediador hubiera sido nombrado por el notario, en la misma escritura el notario, mediante diligencia, cerrará el expediente. No obstante, aunque es cierto que el otorgamiento de la escritura cierra el expediente y así debe hacerse constar en ella por exigirlo la Ley, parece más ajustado a la técnica notarial que la diligencia de cierre propiamente dicha se ponga al final del acta en la que se reflejaron la solicitud, el nombramiento y las comunicaciones. Aunque la ley no lo dice expresamente, la aplicación de la norma parece presuponer que la escritura se otorga ante el mismo notario que tramitó el expediente de nombramiento de administrador concursal, porque, de otorgarse ante otro notario, este no podría «cerrar» un expediente que no ha iniciado ni tramitado.

Refuerza esta interpretación el mismo precepto, al señalar que, cuando el mediador hubiera sido nombrado por el registrador mercantil o por una Cámara Oficial, la escritura se presenta en el propio registro (se supone que también en la Cámara), el cual procederá a cerrar el expediente.

9. Una vez cerrado el expediente, la ley dice que *«el profesional, el funcionario o la entidad»* que hubiera realizado el nombramiento del mediador concursal debe realizar varias comunicaciones. Las expresiones empleadas no parecen correctas. Nada obsta para que a una Cámara Oficial se la califique como *«entidad»*, pero esa diferencia entre *«profesional»* y *«funcionario»*, que solo puede ir referida a notarios y registradores mercantiles, no tiene fundamento. Ambos son funcionarios y, si bien es cierto que el notario también es profesional del Derecho, cuando la ley le confía la tramitación de este expediente lo hace por su condición de funcionario, y no como profesional.

Con independencia de esa crítica (que posiblemente pone de relieve ciertos prejuicios de los redactores de la norma), lo cierto es que quien haya efectuado el nombramiento del mediador concursal debe comunicar el cierre del expediente:

a) Al juzgado competente para la declaración del concurso del deudor (art. 680 TRLC).

b) A los registros públicos de personas o de bienes en los que se hubiera anotado el nombramiento de mediador concursal, a fin de que procedan a la cancelación de las anotaciones practicadas. Sólo para estas notificaciones prevé la ley el documento que debe remitirse: si el mediador concursal hubiera sido nombrado por el notario, una copia de la escritura pública; si hubiera sido nombrado por el registrador mercantil, una certificación del contenido del asiento; y si lo hubiera sido por Cámara Oficial, una certificación expedida por el secretario de la cámara (art. 681 TRLC).

c) Al Registro público concursal, para que este publique la existencia del acuerdo extrajudicial de pagos, con la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en la notaría, el registro o la cámara para el conocimiento de su contenido (art. 682 TRLC). Entiendo que, cuando el mediador haya sido el propio notario, en la notaría se custodiará el expediente completo; en otro caso, lo que la ley llama expediente no puede ser otra cosa que el acta de nombramiento de mediador concursal y la escritura pública que contenga el acuerdo extrajudicial de pagos.

10. Cuando el deudor fuera persona natural que no tenga la condición de empresario, y se encontrara en situación de insolvencia actual o inminente, *«transcurridos dos meses a contar desde la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, si el notario o, en su caso, el mediador concursal considerase que **no es posible alcanzar un acuerdo**, deberá solicitar la declaración de concurso consecutivo dentro de los diez días siguientes. A la solicitud*

acompañará el solicitante un informe explicativo de esa imposibilidad de acordar» (art. 705.2 TRLC).

Debe entenderse que la obligación impuesta al notario lo es solamente cuando asume el cargo de mediador, y no cuando se ha nombrado mediador a otra persona. Lo procedente es que el notario que sea mediador haga constar esa imposibilidad por medio de diligencia en el acta, cerrando el expediente. En cambio, no parece que la ley obligue al mediador a notificar al notario esa circunstancia, aunque, voluntariamente, podrá hacerlo para así cerrar definitivamente el expediente.

Excepcionalmente, según el artículo 6 de la Ley 3/2020, tras su reforma por el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria, *«1. Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.*

»2. Hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, los jueces no admitirán a trámite las solicitudes de concurso necesario que se hayan presentado desde el 14 de marzo de 2020. Si hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive el deudor hubiera presentado solicitud de concurso voluntario, se admitirá esta a trámite con preferencia, aunque fuera de fecha posterior a la solicitud de concurso necesario.

»3. Si hasta el 31 de diciembre de 2020 inclusive el deudor hubiera comunicado la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, se estará al régimen general establecido por la ley. No obstante, en ese supuesto, el deudor no tendrá el deber de solicitar el concurso hasta que transcurran seis meses desde la comunicación».

IX. EFECTOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

El acuerdo extrajudicial de pagos **obliga al deudor y a los acreedores** a cumplirlo (art. 683.1 TRLC), de acuerdo con el siguiente régimen:

A) Los **créditos con garantía real** solo se verán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos en los siguientes términos:

a) Por la **parte del crédito que exceda del valor de la garantía** se asimilan a acreedores no garantizados. El valor de la garantía se obtiene deduciendo, del noventa por ciento del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre

el mismo bien sin que, en ningún caso, el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito privilegiado, ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado (art. 275 TRLC). El cálculo del **valor razonable** se ajusta a las siguientes reglas:

i. En caso de **valores mobiliarios** que coticen en un mercado regulado, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate (art. 273.1.2.º TRLC).

ii. En caso de **bienes inmuebles**, el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, salvo que dicho valor haya sido determinado por una sociedad de tasación homologada e inscrita dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la solicitud (art. 273.1.1.º TRLC).

El informe, cuando se refiera a viviendas terminadas, puede sustituirse por una valoración actualizada siempre que, entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada, no hayan transcurrido más de seis años. La valoración actualizada se obtendrá aplicando al último valor de tasación realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración.

En el supuesto de no disponerse de información sobre la variación en el valor razonable proporcionado por una sociedad de tasación o si no se considera representativa, podrá actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el Instituto Nacional de Estadística para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciando entre si es vivienda nueva o de segunda mano, y siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada no hayan transcurrido más de tres años (art. 274 TRLC).

iii. En caso de **bienes o derechos distintos** de los señalados, el resultante del informe emitido por experto independiente. Este informe no es necesario cuando dicho valor haya sido determinado por experto independiente dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la solicitud (art. 273.1.3.º TRLC). Tampoco es necesario cuando se trate de efectivo, cuentas corrientes y de ahorro, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo (art. 273.3 TRLC).

Los bienes o derechos que estuvieran denominados en moneda distinta al euro, se convertirán al euro aplicando el tipo de cambio de la fecha de la valoración, entendido como el tipo de cambio medio de contado (art. 273.2 TRLC).

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse un nuevo informe de sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España o de experto independiente, según proceda (art. 279 TRLC).

El coste de los informes o valoraciones será liquidado con cargo a la masa y deducido de la retribución de la administración concursal, salvo que el acreedor afectado solicitase un informe de valoración contradictorio, que deberá emitirse a su costa (art. 278 TRLC)

En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes las reglas de valoración señaladas, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente (art. 276 TRLC).

En caso de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total del privilegio especial la proporción que en el mismo corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso (art. 277 TRLC).

b) Por la **parte de crédito que no exceda del valor de la garantía**, solo quedan plenamente obligados al acuerdo si han manifestado su voluntad de aceptarlo (art. 684.1 TRLC), por lo que esa voluntad puede haberse expresado votando a favor del mismo en la reunión o aceptando, previamente, la propuesta del mediador.

Aun cuando no hayan aceptado el acuerdo, los acreedores quedan vinculados cuando el acuerdo haya obtenido las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías que lo aceptaron sobre el valor total de las garantías otorgadas (art. 684.2 TRLC):

— Entre un 65 y un 79,99%, si el acuerdo contiene esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, o conversión de los créditos en créditos participativos, con un plazo no superior a cinco años, o quitas no superiores al 25% del importe de los créditos.

— El 80% o más, si contiene esperas o conversión de créditos con un plazo de cinco años o más, quitas superiores al 25% del importe de los créditos o cesiones de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago total o parcial de sus deudas.

B) El **resto de acreedores**, cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedan sujeto al acuerdo en los términos ya examinados, es decir:

a) Si se aprobó por una mayoría entre el 60 y el 74,99% del pasivo computable, quedan sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, o a la conversión de los créditos en créditos participativos, durante un plazo no superior a cinco años, o a quitas no superiores al 25% del importe de los créditos.

b) Si fue aprobado por el 75% o más del pasivo computable, el acuerdo puede contener esperas o conversión de créditos por plazo de cinco años o más, quitas superiores al 25% y cesiones de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago total o parcial de sus deudas.

C) Los **créditos de derecho público** no podrán, en ningún caso, verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real (art. 683.2 TRLC).

D) Un problema especial lo plantean ciertas deudas muy frecuentes, como las derivadas del pago de **pensiones al excónyuge o alimentos a los hijos**. Según el artículo 124.3 TRLC, *«la obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario»*.

Esto no parece impedir la negociación sobre estos créditos en acuerdos previos al concurso, al menos en lo que se refiere a las pensiones vencidas e impagadas, pero hay que recordar los problemas de dicha negociación respecto de las pensiones no devengadas, dada la prohibición de renunciar o transigir sobre los alimentos futuros (arts. 151 y 1.814 CC), las restricciones para transigir sobre los derechos de los menores (art. 1.810 CC) y el hecho de que la cuantía de los alimentos debidos a los hijos o las pensiones a favor del cónyuge que hayan sido establecidas por resolución judicial no pueden ser modificadas ni extinguidas por convenio entre los cónyuges (arts. 100 y 101 CC), sino que precisan aprobación judicial (art. 775 LEC).

Además, estas cuestiones están excluidas de la competencia del juez concursal, pues este no puede intervenir en las acciones civiles con trascendencia patrimonial *«que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores»* (art. 52.1.^a TRLC). De ahí que el texto refundido haya eliminado la mención del antiguo artículo 236.2 LC a la posibilidad de incluir en el acuerdo extrajudicial de pagos la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, limitándose a señalar en el actual artículo 671 TRLC que en el plan de pagos deben incluirse los créditos que se devenguen en concepto de derecho de alimentos para el deudor y su familia, dejando claro que los alimentos están excluidos de negociación.

E) Los **créditos** a los que se extienda la eficacia del acuerdo quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del acuerdo.

Por eso, los acreedores no pueden iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del procedimiento que deriven de créditos a los que se extienda la eficacia del acuerdo y, el deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado (art. 685 TRLC).

F) El acuerdo también puede afectar a **otros obligados principales o subsidiarios**, porque, según el artículo 686 TRLC, *«1. El acuerdo no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el deudor; ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubiesen mostrado su conformidad con el acuerdo. Los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del acuerdo ni el contenido de este en perjuicio de aquellos.*

»2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del deudor frente a los acreedores que hubiesen aceptado el acuerdo se regirá por los pactos que sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído».

G) Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos establecidos en la Ley **no podrán ser objeto de rescisión concursal** en un eventual concurso de acreedores posterior (art. 698 TRLC).

H) Hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 583.4 TRLC, una vez formulada ante el Juzgado la comunicación de haberse iniciado las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, sea cual sea su resultado, no podrá formularse otra solicitud por el mismo deudor en el plazo de un año.

Si se llegó a un acuerdo, recordemos que no pueden volver a solicitar otro las personas que dentro de los cinco últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores (art. 634.2.º TRLC).

X. LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO

Las causas y el **procedimiento** de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos es el siguiente:

1. Puede impugnar el acuerdo, dentro de los diez días siguientes a su publicación en el Registro público concursal y ante el juzgado competente para conocer del concurso del deudor (art. 689.1 TRLC), el *«acreedor que, ostentando derecho a ello, no hubiera sido convocado a la junta de acreedores y al que no*

hubiera aceptado el acuerdo, siempre que, en este caso, la eficacia del acuerdo se extienda a los créditos de los que sea titular» (art. 688 TRLC).

2. La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo (art. 689.2 TRLC) y solo podrá fundarse (art. 687 TRLC):

1.º En la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados.

2.º En la infracción de las normas que regulan el contenido de la propuesta.

3.º En la desproporción de las medidas acordadas. Esta regla, como se aprecia, deja un amplio margen a la libre apreciación del juez, pues la desproporción dependerá de las circunstancias del caso concreto.

3. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal (art. 690 TRLC) y, una vez tramitado, la sentencia debe dictarse en un plazo de diez días, siendo susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente (art. 691 TRLC).

4. A diferencia del sistema anterior, que solo preveía la publicidad de la sentencia de anulación, en la nueva regulación, una vez firme la sentencia, sea estimatoria o desestimatoria, se publicará en el Registro público concursal (art. 692 TRLC).

5. La anulación del acuerdo no da lugar, automáticamente, al concurso consecutivo, sino que impone al mediador la obligación de solicitarlo de inmediato, si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente (art. 705.1.3.º TRLC).

XI. EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

Corresponde al mediador concursal supervisar el **cumplimiento** del acuerdo (art. 693 TRLC).

Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera **íntegramente cumplido**, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro público concursal (art. 694 TRLC). Se trataría de una mera acta de referencia, que contiene la manifestación del mediador de haberse cumplido el acuerdo. Parece procedente dejar constancia de ella por diligencia en la escritura donde se protocolizó el acuerdo extrajudicial de pagos e, incluso, en el acta de nombramiento de mediador concursal, con el fin de que todos los documentos queden conectados.

Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera **incumplido**, el mediador concursal deberá instar de inmediato el concurso, si el deudor se encuentra en estado de insolvencia (art. 705.1.3.º TRLC). Por tanto, ya no se considera, por el mero hecho del incumplimiento, que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia, como establecía el antiguo artículo 241.3 LC.

No obstante, hay que recordar que, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, tras su reforma por el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria: hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, el deudor podrá presentar propuesta de modificación del acuerdo extrajudicial de pagos que se encuentre en periodo de cumplimiento. A la solicitud deberá acompañar una relación de los créditos que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del acuerdo, no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos.

La propuesta de modificación se tramitará con arreglo a las mismas normas establecidas para la aprobación del acuerdo originario, si bien la tramitación será escrita cualquiera que sea el número de acreedores. Las mayorías del pasivo exigibles para la aceptación de la propuesta de modificación serán las mismas que las exigidas para la aceptación de la propuesta del acuerdo originario, cualquiera que sea el contenido de la modificación. En ningún caso la modificación afectará a los créditos devengados o contraídos durante el periodo de cumplimiento del acuerdo originario ni a los acreedores privilegiados a los que se hubiera extendido la eficacia del acuerdo o se hubieran adherido a él una vez aprobado, a menos que voten a favor o se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

Igualmente, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del acuerdo se presenten por los acreedores hasta el 31 de octubre de 2020, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde dicha fecha. Durante esos tres meses el deudor podrá presentar propuesta de modificación del acuerdo, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

Asimismo, el juez dará traslado al deudor de cuantas solicitudes de declaración del incumplimiento del acuerdo se presenten por los acreedores entre el 31 de octubre de 2020 y 31 de enero de 2021, pero no las admitirá a trámite hasta que transcurran tres meses a contar desde la última fecha indicada. Durante esos tres meses el deudor podrá presentar propuesta de modificación del acuerdo, que se tramitará con prioridad a la solicitud de declaración de incumplimiento.

En el supuesto de que entre el 31 de octubre de 2020 y el 19 de noviembre de 2021 se hayan presentado solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo por los acreedores y éstas hayan sido admitidas a trámite, se suspenderá

la tramitación del procedimiento, por un plazo de tres meses a contar desde la fecha de suspensión. Si durante esos tres meses el deudor presentara una propuesta de modificación del acuerdo, el juez archivará el procedimiento de solicitud de incumplimiento admitido a trámite y tramitará con prioridad la propuesta de modificación del acuerdo.

XII. LOS COSTES DEL PROCEDIMIENTO

Cuando el deudor sea persona natural no empresario, las actuaciones notariales o registrales descritas en el capítulo II del Título III del Libro Segundo del Texto Refundido de la Ley Concursal (es decir, las relativas a la solicitud del deudor, al nombramiento del mediador concursal y a las comunicaciones subsiguientes), no devengarán **retribución arancelaria** alguna (art. 653 TRLC). Se ha incluido, pues, en la gratuidad, la solicitud inicial del deudor, que antes podía cobrarse, según el criterio recogido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 2016, del sistema notarial, que, interpretando la normativa anterior, entendió que «*no devengarán retribución arancelaria la documentación y actuaciones previstas en el artículo 233 LC, y no otras, aunque sean conexas o consecuencia de aquellas, incluso aunque se documenten en el mismo instrumento*». Cabe defender que, dado que un Texto Refundido puede aclarar y armonizar, pero no innovar, debe interpretarse la nueva regulación en el mismo sentido que se le había dado anteriormente. Sin embargo, solamente los Tribunales pueden declarar que ha existido extralimitación del Gobierno en la ejecución de la delegación encomendada por las Cortes y, mientras esto no suceda, los términos del artículo 653 TRLC son claros. Por tanto, debemos considerar que ahora son gratuitas las actuaciones de solicitud del deudor, nombramiento de mediador concursal, aceptación del cargo y comunicaciones a los registros y entidades previstas en la Ley, pero pueden cobrarse otras actuaciones (como las negociaciones posteriores, si el notario actúa como mediador, o la escritura de formalización del acuerdo y el acta en que el mediador refleje el cumplimiento), así como las copias que se soliciten.

Todo mediador concursal tiene derecho a percibir una **remuneración**, cuya cuantía se fijará en la resolución en que se le nombre (art. 645.1 TRLC). Según el artículo 645.2 TRLC, «*reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal. En todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación*».

Mientras no se produzca ese desarrollo reglamentario, los honorarios de los mediadores concursales se calculan conforme al Anexo del Real Decreto 1.860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales (Anexo II), teniendo en cuenta que la Disposición Adicional Segunda de la Ley 25/2015, cuando se trate de personas físicas consumidoras, ha establecido que a la remuneración que resulte de aplicar las

tablas sobre los valores del activo y del pasivo se les aplica una reducción del 70%. La norma solo tiene en cuenta la cuantía del activo y del pasivo, pero no el tipo de deudor ni el éxito o fracaso de la mediación, por lo que ya no responde a lo ordenado en la Ley.

Estos exigüos honorarios son, probablemente, una de las causas de la falta de aceptación de muchos mediadores. Una posible solución para fomentar la aceptación del cargo sería el establecimiento de un turno gratuito de oficio de mediadores concursales (que cobrarían del turno), para que los deudores con pequeños patrimonios puedan tener la posibilidad de que, al menos, se intente alcanzar realmente un acuerdo extrajudicial de pagos, en lugar de acudir necesariamente al concurso consecutivo por no haber aceptado el cargo ningún mediador concursal. Otra posibilidad podría ser incluir a los mediadores como posibles beneficiarios de la cuenta de garantía arancelaria que la Ley prevé crear para garantizar a los administradores concursales un mínimo retributivo en caso de insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (arts. 91-93 TRLC).

Cuando el notario actúe como mediador, su retribución en tal concepto se registrará por las mismas normas. Además, según el artículo 642.2 TRLC, *«reglamentariamente se determinará el régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan como mediadores en los acuerdos extrajudiciales de pagos»*. Sin embargo, esta previsión no ha sido desarrollada.

XIII. BREVE REFERENCIA AL CONCURSO CONSECUTIVO

Tiene la consideración de concurso consecutivo, a nuestros efectos, el que se declare, en caso de insolvencia del deudor, a solicitud de este, del mediador concursal o de los acreedores, cuando no se haya alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos, cuando el deudor manifieste que no puede cumplirlo o lo incumpla efectivamente, o cuando se anule el acuerdo extrajudicial (arts. 695 y 705 TRLC).

Excede del objeto de este trabajo analizar las especialidades del concurso consecutivo, porque es algo ajeno a la actuación del notario. Simplemente es interesante destacar algunos extremos:

a) Salvo justa causa, el juez, en el mismo auto de declaración del concurso, designará **administrador concursal** al mismo mediador, siempre que reúna las condiciones para serlo, pero no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial (art. 709 TRLC).

b) El concurso de persona natural no empresaria se abre directamente en la fase de liquidación (art. 717.3 TRLC), pudiendo declararse la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en el mismo auto de declaración del

concurso (art. 470 TRLC). Para las demás personas, si el deudor o el mediador concursal solicitan la liquidación de la masa activa, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación (art. 717.2 TRLC). Cuando la solicitud de concurso la formula el mediador concursal, este debe pronunciarse expresamente sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la **exoneración del pasivo insatisfecho** o, en caso de que proceda, sobre la procedencia de la apertura de la sección de calificación (art. 706.3 TRLC), porque, si el concurso del deudor persona natural se calificara como fortuito, el juez en el auto de conclusión de concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho, siempre que se cumplan los presupuestos legales (art. 719.2 TRLC).

Como dijimos al principio, tratándose de una persona jurídica, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, el juez acuerda la extinción de la persona jurídica concursada (art. 485 TRLC), con lo que los acreedores quedan insatisfechos, salvo que se derive responsabilidad a otras personas. Sin embargo, las personas físicas no se extinguen, por lo que siguen respondiendo de las deudas no satisfechas con su patrimonio futuro (art. 1.911 CC), lo que puede ser un lastre casi insalvable para que la persona rehaga su vida y su economía. Por eso, la ley introdujo la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Este beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho puede solicitarse una vez concluido el concurso del deudor persona natural por liquidación o por insuficiencia de la masa activa (art. 484 TRLC), siempre que sea de buena fe (art. 487.1 TRLC), lo que excluye a los deudores que hayan sido condenados en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso, y a aquellos cuyo concurso se califique como culpable, salvo que lo haya sido por haber incumplido el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, en cuyo caso *«el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso»* (art. 487.2. TRLC).

La Ley sigue admitiendo tres **modalidades** de exoneración del pasivo insatisfecho:

a) Para quedar exonerado de la totalidad de los créditos ordinarios y subordinados insatisfechos, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos (art. 491.1 TRLC), el deudor ha de haber satisfecho los créditos contra la masa y los privilegiados, y además, haber celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores (art. 488.1 TRLC).

b) Si el deudor que reúna los requisitos para poder hacerlo no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, debe satisfacer, al menos, el 25% de los créditos ordinarios, además de todos los créditos contra la masa y los privilegia-

dos (art. 488.2 TRLC), quedando exonerado solamente del 75% de los créditos ordinarios y de la totalidad de los subordinados (art. 491.2 TRLC).

c) Finalmente, si no se reúnen esas condiciones, el deudor puede presentar una propuesta de plan de pagos, en la que deben satisfacerse los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, los créditos por alimentos y una parte de los créditos ordinarios, sin que pueda afectar a los créditos de derecho público, sin perjuicio de los aplazamientos o fraccionamientos que pueda solicitar conforme a su normativa específica (art. 495 TRLC). El deudor que cumpla el plan, queda exonerado de la parte pendiente de los créditos ordinarios y subordinados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos; y del importe de los créditos con privilegio especial que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general (art. 487 TRLC). No obstante, la exoneración es provisional hasta que, con el cumplimiento del plan de pagos, se convierta en definitiva, aunque el juez puede concederla a pesar de no cumplir íntegramente el plan de pagos, cuando el deudor *«hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad»* (art. 499 TRLC).

No es objeto de este trabajo desarrollar más esta materia. Simplemente, es importante destacar que el requisito de haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos es, posiblemente, el extremo que más problemas ha generado en la práctica, puesto que la Ley no da reglas para saber cuándo se entiende que el deudor lo ha hecho. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 150/2019, de 13 de marzo, considera que el deudor, cuya única propuesta a los acreedores fue la extinción o quita del 100% de los créditos, no había intentado realmente de forma seria un acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que no puede obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Sin embargo, el principal problema se ha planteado en el caso de que el acuerdo extrajudicial de pagos no haya podido ni siquiera intentarse por falta de aceptación de todos los mediadores concursales designados. Una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de mayo de 2019, dictada en respuesta a una consulta efectuada por el Colegio Notarial de Madrid ha intentado clarificar este punto. En dicha consulta se plantearon tres posibles soluciones que venían aplicándose en la práctica:

— Entender, por analogía con el artículo 242 bis.1.9.º LC, que transcurridos dos meses desde la solicitud sin haberse podido nombrar mediador concursal, cabe instar el concurso consecutivo.

— Fijar en el requerimiento inicial un número máximo de intentos de nombrar mediador, de manera que, si ningún mediador ha aceptado, pueda cerrarse el expediente y solicitar el concurso consecutivo.

— Como variante del anterior, fijar un número máximo de intentos fallidos, tras los cuales pueda designarse mediador directamente, sin sujetarse al procedimiento secuencial, a una persona que se ofrece para aceptar el cargo.

La Dirección General rechaza las dos últimas, por entender que la fijación convencional de un número máximo de intentos carece de cobertura legal y la designación directa va directamente contra el procedimiento establecido en la Ley. En cambio, sí admite el cierre del expediente transcurridos dos meses desde el primer intento de nombramiento de mediador concursal sin haber conseguido la aceptación de ninguno, porque este es el plazo contemplado en la ley, que cabe aplicar por analogía, de manera que su transcurso supone la imposibilidad de nombrar mediador y permite al notario cerrar el acta haciéndolo constar así. Sin embargo, hoy el artículo 705.2 TRLC cuenta el plazo de dos meses, no desde la solicitud del deudor, sino *«desde la comunicación de la apertura de las negociaciones»* y esta comunicación solo se produce una vez el mediador concursal ha aceptado el cargo. En consecuencia, si ninguno acepta, ni el plazo empieza a correr ni hay mediador obligado a solicitar el concurso consecutivo.

Los Tribunales no han seguido este criterio, pero tampoco están siendo uniformes, a la hora de interpretar cuándo se considera que el deudor ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos:

a) Algunas Audiencias Provinciales, como las de Tarragona (Auto 231/2018, de 8 de noviembre), Barcelona (Autos 188/2018, de 27 de diciembre, y 12/2019, de 31 de enero), Lleida (Auto 31/2019, de 11 de febrero) o Valladolid (Sentencia 14/2019, de 15 de enero), admiten los concursos consecutivos, porque entienden que el deudor sí ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, pero no lo ha podido conseguir por una causa ajena a su voluntad. Se basan en una interpretación flexible y amplia del requisito.

Según esta postura, basta cualquier intento del deudor dirigido a lograr el acuerdo extrajudicial, por más que el mismo no haya fructificado, siempre y cuando se hubiera frustrado por causas ajenas a su voluntad, como sucede en caso de que, elevada una propuesta de acuerdo, ésta no sea aceptada por los acreedores o los acreedores decidan no continuar o no acudan a la reunión, o el mediador concursal decida a la vista de las circunstancias del caso, no presentar una propuesta a los acreedores y solicitar concurso, así como aquellos casos en los que nadie haya aceptado el cargo de mediador concursal por causa no imputable al deudor.

b) Otros Tribunales entienden que, si ningún mediador ha aceptado el cargo, no ha habido intento real de negociación con los acreedores y rechazan el concurso consecutivo y, por tanto, la posibilidad de exonerar del pasivo. En este sentido

es especialmente relevante la postura de la Audiencia Provincial de Granada, que en Auto 90/2019, de 17 de septiembre, ha establecido que, aun cuando el deudor haya considerado conveniente designar un mediador concursal, al no haber aceptado ninguno, el notario debe iniciar los trámites para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y, de no lograrlo, instar el concurso del deudor remitiendo el informe razonado de sus conclusiones, porque el antiguo artículo 242 bis.1.3.º LC decía que el notario «*impulsará las negociaciones*» y el artículo 242 bis.1.9.º LC añadía que cuando «*el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor*».

A mi juicio, esta interpretación no es correcta, porque, como ya adelanté, la Ley contempla dos posibilidades: o el notario actúa como mediador o se opta por nombrar un mediador concursal. Son dos procedimientos distintos y excluyentes. Escogido el segundo, el notario ya no puede ni debe actuar. Por eso, parece más lógico y más favorable al deudor la postura que siguen las otras Audiencias a que me he referido en el apartado anterior. Corroboraba ahora esta interpretación el hecho de que el actual artículo 642.2 TRLC ha suprimido la frase «*impulsará las negociaciones*», lo que deja claro que el notario no tiene obligación de asumir el cargo de mediador y que, solo cuando lo haya hecho, estará obligado a instar el concurso si considera que no es posible alcanzar un acuerdo transcurridos dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones (art. 705.2 TRLC), porque esta comunicación solo se efectúa cuando el mediador ha aceptado (art. 648 y ss. TRLC).

Recordemos que el artículo 12 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, ha establecido que «*hasta el 14 de marzo de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado*». Esta solución, que como vemos es temporal, debería, como antes dije, ser la regla general, poniendo fin a la controversia sobre cuándo se entiende cumplido el requisito de haber intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

XIV. CONCLUSIONES

El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos se comenzó a utilizar muy lentamente y poco a poco se ha ido incrementando el número de solicitudes, a medida que se ha ido conociendo su existencia. En las estadísticas notariales aparecen 210 expedientes el año 2015; 852 el año 2016; 1.376 el año 2017; 2.227 el año 2018; y 3.969 el año 2019. Como vemos, un incremento de entre un 60 a un 78% cada año.

La finalidad del expediente, como he puesto de relieve, además de la posibilidad de alcanzar un acuerdo con los acreedores, es proseguir, en el frecuente caso

de que aquel no se obtenga, el concurso consecutivo para solicitar la exoneración del pasivo.

Tradicionalmente, el principal problema es la imposibilidad de exonerar el crédito público privilegiado, tanto de la Agencia Tributaria como de la Seguridad Social, aunque esto afecta, sobre todo, a las personas físicas empresarias o profesionales y, en menor medida, a los consumidores. Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019 parecía claro que el crédito público ordinario y el subordinado quedaban exonerados siempre que se concedía el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, pudiendo incluirse el crédito público privilegiado en el plan de pagos, cuando no se había intentado el acuerdo extrajudicial. Sin embargo, la nueva redacción dada por el Texto Refundido excluye expresamente de la exoneración a todos los créditos públicos, por lo que parece haber modificado no solo el contenido anterior, sino también la interpretación jurisprudencial.

Ante esta redacción, la doctrina considera que el legislador se ha extralimitado, al haber ido más allá de regularizar, aclarar y armonizar la ley. Este es el argumento aplicado por el Auto de 8 de septiembre de 2020 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona para no aplicar el artículo 491.1 TRLC y seguir aplicando la citada doctrina del Tribunal Supremo. También se ha señalado que la exclusión del crédito público va contra lo establecido en la Directiva 2019/1.023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, que debe transponerse en nuestro ordenamiento antes del 17 de julio de 2021, cuyo artículo 21 ordena que los Estados miembros establezcan un procedimiento para que los empresarios insolventes puedan obtener la plena exoneración de sus deudas y en la lista de posibles deudas exceptuadas de exoneración del artículo 23 no se mencionan los créditos públicos.

A este problema se añade la no exoneración de los créditos privilegiados, fundamentalmente los hipotecarios, hasta donde alcance el valor de la garantía (valor que, además, no es el que se obtenga en ejecución, sino el que resulta de las reglas legales que antes vimos), lo que obliga a ejecutar la garantía para determinar el importe del crédito restante que sí queda exonerado. Esto deja poco margen para el acuerdo, porque estos acreedores no estarán interesados en lograrlo, por lo que, en la práctica, solo buscan un acuerdo los que tienen deudas de otra naturaleza, siendo las más frecuentes las derivadas de tarjetas de crédito, préstamos no garantizados, alquileres, pensiones compensatorias atrasadas derivadas de procedimientos de separación o divorcio, etc. A esto se une que ante deudas derivadas de impago de rentas, el arrendador, ante un deudor que sabe que no le va a pagar, instará la resolución del arrendamiento, y que el excónyuge, como dijimos, puede negociar sobre sus pensiones, pero no sobre la pensión alimenticia de sus hijos, para lo que necesita autorización del Juez de familia.

Además, la Ley, al no prever que el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos pueda conducir a la exoneración del pasivo (más allá de las quitas pac-

tadas), la cual solo es posible después del concurso, priva a aquel de parte de su utilidad y lo configura como una formalidad previa al concurso que poco o nada aporta al deudor.

Por ello, aunque tras la introducción de esta figura se ha incrementado el número de solicitudes de acuerdos extrajudiciales de pago y el de concursos consecutivos de personas físicas consumidoras, lo cierto es que el número de estos sigue siendo muy inferior al de otros países donde la liberación de las deudas tiene mayor amplitud. Así, mientras en Inglaterra, Alemania o Francia, se cuentan por cientos de miles, los concursos de personas físicas no empresarias en España fueron el año 2019, según el Instituto Nacional de Estadística, solo 2.135; y los de empresarios personas físicas, 409. Como se aprecia, cifras muy pequeñas y similares a las que se obtienen de las estadísticas notariales a las que se acaba de hacer referencia.

A esto se añade que los costes de mediadores y administradores concursales, aunque sujetos a reducción, así como, en su caso, de los tasadores, todos ellos créditos contra la masa que no son exonerables, pueden suponer un lastre para personas que carecen prácticamente de capacidad económica.

En general, la doctrina es casi unánime a la hora de criticar el régimen de segunda oportunidad de nuestro Derecho, porque no se aprecia que haya tenido resultados positivos en la dinamización de la vida económica, frente a la experiencia de otros países, donde se ha regulado con mayor generosidad y los resultados han sido mejores. Como conclusión, cabe señalar que, si queremos un verdadero mecanismo de segunda oportunidad para personas físicas consumidoras, es precisa una reforma legal, aunque entre tanto, los juzgados y tribunales deben tener una actitud abierta y favorable al deudor, la cual no se consigue con interpretaciones restrictivas de la norma.

ANEXO I

FORMULARIO DE SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL

Don/doña....., con DNI.....,
actuando

☐ en nombre propio,

☐ en nombre de la entidad....., con CIF.....,
en virtud de los poderes de representación que se acompañan,

viene a presentar solicitud de iniciación del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Declaro que concurren en mi caso los requisitos exigidos por el 231 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para iniciar este procedimiento y que la estimación inicial del pasivo no supera la cantidad de cinco millones de euros.

A) IDENTIFICACIÓN.

a) PERSONA NATURAL.

1. Domicilio: (.....,)
2. Teléfono:
3. Correo electrónico:
4. Modificación del domicilio en los últimos seis meses:
☐ Sí.
☐ No.
5. Lugar de nacimiento:
6. Nacionalidad (si es extranjero):
7. Estado civil: ... soltero ... casado ... separado ... divorciado (... con convenio regulador ... sin convenio regulador)
8. Régimen económico matrimonial:
☐ Gananciales.
☐ Separación de bienes.
☐ Participación.
9. Identidad del cónyuge (nombre, apellidos y NIF, NIE o Número de Pasaporte) si el peticionario está casado en régimen distinto al de separación de bienes:
10. Indicar si los cónyuges son propietarios de vivienda familiar que pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos:
☐ Sí.
☐ No.

En caso afirmativo,

- ☐ Se acompaña el consentimiento del otro cónyuge.
- ☐ La solicitud de firma por ambos cónyuges.

11. Personas a su cargo o a quienes deba satisfacer alimentos:

- ☐ Sí.
- ☐ No.

En caso afirmativo, indique sus nombres, apellidos y la relación de parentesco con Ud.:

12. Indicar si el deudor tiene pareja de hecho con la que haya formado un patrimonio común y los pactos o reglas económicas que le sean de aplicación. En caso afirmativo, señalar la identidad de la pareja (nombre, apellidos y NIF o NIE).

b) PERSONA JURÍDICA.

1. Forma jurídica:
2. La razón social o denominación:
3. Identificación del órgano de administración o liquidador que ha decidido la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos:
4. Los datos de identificación registral:
5. La nacionalidad, si fuesen extranjeras:
6. Domicilio:
7. Número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria:
8. Teléfono:
9. Correo electrónico:
10. Manifestar que la entidad cumple los requisitos del artículo 190 de la Ley Concursal, sin que tenga más de 50 acreedores, el pasivo no supera los 5.000.000 de euros y el activo no alcanza los 5.000.000 de euros:

☐ Sí.

☐ No.

11. Manifestar que se disponen de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

☐ Sí.

☐ No.

12. Manifestar que la entidad no es aseguradora o reaseguradora:

☐ Sí.

☐ No.

B) CONCURRENCIA DE LAS CONDICIONES DE ACCESO AL PROCEDIMIENTO.

1. Señale el tipo de insolvencia en que se encuentra:

☐ Actual, si ya no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

☐ Inminente, si prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

2. Indique los hechos de los que deriva su situación de insolvencia:

☐ Desempleo.

☐ Sobreendeudamiento.

☐ Pérdidas empresariales o profesionales.

☐ Disminución de las ventas.

☐ Aumento de los gastos de explotación.

☐ Aumento de los costes financieros.

☐ Aumento de la morosidad de los clientes.

☐ Otros:

3. Estimación del importe global de las deudas:

4. Estimación del importe global del valor de los bienes y derechos:

5. Indique si ha sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores:

☐ Sí.

☐ No.

Se acompaña certificado de antecedentes penales.

6. En caso afirmativo, especifique el delito por el que fue condenado y la fecha de la sentencia firme en virtud de la cual hubiera sido condenado.

7. Indique si ha alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, ha obtenido la homologación de un acuerdo extrajudicial de refinanciación o ha sido declarado en concurso de acreedores dentro de los últimos 5 años.

☐ Sí.

☐ No.

En caso afirmativo, indique la fecha del acuerdo o del auto.

8. Indique si actualmente se encuentra Ud. negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación

☐ Sí.

☐ No.

9. Indique si actualmente se encuentra admitida respecto de Ud. una solicitud de concurso de acreedores

☐ Sí.

☐ No.

C) INVENTARIO DE BIENES Y DERECHOS.

1. Indique la relación de ingresos regulares previstos, bienes, derechos y cualquier otro activo líquido de los que sea titular el deudor:

2. Si procede, indique los bienes y derechos necesarios para la continuación de su actividad profesional o empresarial:

3. Acompañe la siguiente documentación, si procede:

a) Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

b) Últimas tres nóminas percibidas.

c) Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

d) Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

e) En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

f) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, cuando la vivienda habitual del deudor se encuentra gravada con un derecho real de hipoteca.

g) Certificado de pensión de jubilación.

h) Si estuviera obligado a llevar contabilidad, las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

4. Indique si es titular de cuentas bancarias:

☐ Sí.

☐ No.

En caso afirmativo, indique el importe total del dinero depositado:; y proporcione la siguiente información sobre sus cuentas corrientes o depósitos bancarios, fondos de inversión o similares:

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL TEXTO REFUNDIDO...

Entidad	Oficina	Número de cuenta o depósito	Saldo (en euros)

AcompaÑe certificados expedidos por la entidad financiera.

5. Indique si es titular de capital mobiliario (acciones, obligaciones, préstamos, cuentas corrientes, depósitos financieros, seguros, arrendamiento de bienes muebles):

☐ Sí.

☐ No.

Entidad	Oficina	Cuenta de valores	Valor (en euros) a fecha .../.../.....

AcompaÑe certificados expedidos por la entidad financiera e indique su importe total:

6. Indique si es titular de bienes inmuebles:

☐ Sí.

☐ No.

Inmueble	Situación	Inscripción en el Registro de la Propiedad n.º ... de, libro, folio, tomo y n.º de finca	Valor catastral (en euros)

Acompañe:

a) Certificados de dominio y cargas o gravámenes expedidos por el Registro de la Propiedad.

b) Escrituras de compraventa de la vivienda habitual y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

7. Indique si es titular de bienes muebles (vehículos, joyas, obras de arte...):

☐ Sí.

☐ No.

En caso afirmativo, adjunte un anexo con la descripción de cada bien e identifique respecto de cada bien, su tipo (por ej. en el caso de vehículos indique marca y modelo), n.º de matrícula o registro y fecha de adquisición.

D) LISTA DE ACREEDORES.

1. Número de acreedores:

2. Datos identificativos de los acreedores:

Identidad del acreedor	Domicilio	Dirección electrónica	Cuantía debida	Fecha de vencimiento del crédito	Amortizaciones previstas

3. Especialidades de identificación de créditos que dispongan de hipoteca o garantías reales (debe acompañarse original o copia autorizada de la escritura de constitución de las garantías o certificación registral de inscripción en el caso de la hipoteca):

Identidad del acreedor	Domicilio	Dirección electrónica	Cuantía (*)	Tipo de garantía y fecha de constitución

(*) Para su valoración se estará a lo dispuesto en el art. 94.5 de la Ley Concursal.

4. Relación de los contratos en vigor (debe acompañarse contrato original o copia fehaciente del mismo):

Fecha de contrato	Contraparte	Tipo de contrato	Obligaciones del deudor pendientes	Obligaciones de la contraparte pendientes

5. Relación de gastos mensuales previstos:

Naturaleza del gasto	Cuantía	Fecha de vencimiento	Periodicidad

6. Indicar si tiene contratados trabajadores a su cargo:

El número de trabajadores es:

Indicar la representación de los trabajadores, su domicilio y dirección electrónica:

SALVADOR TORRES RUIZ

Presentado en, a de de

Fdo.

En caso de que el régimen matrimonial no sea el de separación de bienes, debe firmar el cónyuge del deudor:

Fdo.

ANEXO II

Porcentajes aplicables para la determinación de los derechos de los administradores profesionales en la fase común (artículo 4 del Real Decreto)

a) Porcentajes aplicables sobre el activo

Activo (hasta euros)	Importe retribución	Resto de activo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto de activo
0	0	500.000	0,600
500.000	3.000	500.000	0,500
1.000.000	5.500	9.000.000	0,400
10.000.000	41.500	40.000.000	0,300
50.000.000	161.500	50.000.000	0,200
100.000.000	261.500	400.000.000	0,100
500.000.000	661.500	500.000.000	0,050
1.000.000.000	911.500	En adelante	0,025

b) Porcentajes aplicables sobre el pasivo

Pasivo (hasta euros)	Importe retribución	Resto de activo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto de activo
0	0	500.000	0,300
500.000	1.500	500.000	0,200
1.000.000	2.500	9.000.000	0,100
10.000.000	11.500	40.000.000	0,050
50.000.000	31.500	50.000.000	0,025
100.000.000	44.000	400.000.000	0,012
500.000.000	92.000	500.000.000	0,006
1.000.000.000	122.000	En adelante	0,003

*(Trabajo recibido el 27/10/2020
y aceptado para su publicación el 13/11/2020)*

COMENTARIOS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MARZO DE 2020 SOBRE LA REGLA *REBUS SIC STANTIBUS*

IVÁN ABAD LLORIA

*Abogado
Uría Menéndez*

RESUMEN

La sentencia de 6 de marzo de 2020 es la última dictada por el Tribunal Supremo sobre la doctrina jurisprudencial conocida como *rebus sic stantibus* de la que podría denominarse era «pre-COVID-19», en concreto, apenas ocho días antes de la declaración en España del estado de alarma a causa de la pandemia.

En esta, el Alto Tribunal desestima la aplicación de la referida cláusula, tomando, como base fundamental, la duración de la relación contractual (una prórroga anual), que considera de corto plazo, lo que la Sala liga con la imposibilidad de apreciar la imprevisibilidad del riesgo y la consecuente necesidad de su asunción.

A resultas de este pronunciamiento, que ha levantado las críticas de algún sector doctrinal, se ha suscitado el debate sobre si el Tribunal Supremo ha pretendido vetar la aplicación de la referida regla a los contratos de corta duración, concepto no definido en Derecho español, y lo que es además de especial relevancia, en la actualidad, teniendo en cuenta que la situación creada por la pandemia y por las medidas adoptadas por las autoridades para combatirla, han incrementado la invocación de esta doctrina ante los tribunales e incluso intentos de positivizarla.

Palabras clave: *rebus sic stantibus*, COVID-19, contratos de larga duración, contratos de corta duración, alteración sobrevenida de las circunstancias, excesiva onerosidad, imprevisibilidad, tracto sucesivo, tracto único, riesgo inherente al contrato.

COMMENT ON THE JUDGMENT OF THE SUPREME COURT OF 6 MARCH 2020 ON THE *REBUS SIC STANTIBUS* DOCTRINE

IVÁN ABAD LLORIA

Lawyer

Uría Menéndez

ABSTRACT

The Supreme Court's judgment of 6 March 2020 was the last one issued in connection with the doctrine known as *rebus sic stantibus* in the so-called «pre-COVID-19 era». The judgment was in fact issued just eight days before the declaration in Spain of the state of emergency due to the pandemic.

In such judgment, the Supreme Court dismissed the applicability of the doctrine, on the fundamental basis of the duration of the contractual relationship (a one-year extension), which the Court considered to be short, linking it to the impossibility of finding the risk to be unpredictable and, consequently, its necessary assumption.

As a result of this ruling, which has been criticised by some Spanish legal scholars, a debate has arisen as to whether the Supreme Court intended to veto the application of the doctrine to short-term contracts (a concept not defined under Spanish law). This is of special relevance when taking into account that the situation created by the pandemic and by the measures adopted by the authorities to fight it has led to an increase in claims citing this doctrine in the courts and even attempts to have it written into law.

Keywords: *Rebus sic stantibus*, COVID-19, long-term contracts, short-term contracts, sudden alteration of circumstances, excessive burden, unpredictability, continuing-performance contracts, single-performance contracts, risk inherent to the contract.

SUMARIO: I. SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES PROCESALES. 1. La relación contractual entre las partes. 2. La sentencia de primera instancia. 3. La sentencia de apelación. 4. Interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.—II. EL FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2020. 1. Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal. 2. Desestimación del primer motivo de casación. 3. Estimación del segundo motivo de casación.—III. ESPECIAL REFERENCIA AL NEXO ENTRE LA DURACIÓN DEL CONTRATO Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA *REBUS SIC STANTIBUS*. 1. Introducción. 2. Presupuestos para la aplicación de la doctrina. 3. Relaciones contractuales que constituyen su ámbito de aplicación propio. 4. Importancia de la duración del lapso temporal. 5. Impacto del pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de marzo de 2020.—IV. BREVES REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19.—V. CONCLUSIONES.

I. SUPUESTO DE HECHO Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. La relación contractual entre las partes

El 30 de enero de 2016, Televisión de Galicia, S.A. (TVG) y Radiotelevisión de Galicia, S.A. (RTVG) suscribieron, cada una de ellas, un contrato con Zeta Gestión de Medios, S.A. (ZGM), en virtud del cual las primeras cedieron a esta última, en exclusiva, la gestión, promoción y venta de espacios publicitarios para la emisión de anuncios en los canales de televisión y radio titularidad de aquéllas. ZGM entregó dos avales, a primer requerimiento, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

Ambos contratos tenían una duración de dos años (ejercicios 2006 y 2007), previéndose la posibilidad de su prórroga sin que en ningún caso la duración pudiera sobrepasar, en total, los cuatro años.

ZGM garantizó una producción mínima anual, por importe de (a) 900.000 euros para el contrato con RTVG y (b) 11.200.000 euros para el caso de TVG. A cambio, las comitentes se comprometían a abonar a ZGM una comisión porcentual sobre los ingresos brutos que obtuvieran con la publicidad contratada a través de los servicios prestados por ZGM.

El referido mínimo garantizado de 11.200.000 euros se había fijado sobre el *share* (audiencia o cuota de pantalla) que había obtenido TVG en el año 2005 y que ascendió al 17,2%, de forma que el mínimo garantizado para cada ejercicio debía adaptarse a la variación del *share* para cada año respecto del de 2005. Por tanto, dado que: (a) el *share* en 2006 descendió hasta el 14,40%, el mínimo garantizado para ese año fue de 9.376.774 euros; y (b) el *share* de 2007 fue del 14,10%, el mínimo garantizado de tal ejercicio fue 9.181.395 euros.

Respecto de la referida posibilidad de prórroga, los contratos, por referencia al pliego de cláusulas jurídicas común, establecían que ésta se produciría de forma automática si ZGM alcanzaba el mínimo garantizado para el año anterior, debiéndose negociar el nuevo mínimo garantizado para cada año de la prórroga que, en ningún caso, podía ser inferior al del ejercicio anterior.

Durante el año 2008 ZGM continuó prestando los servicios contratados y facturándolos según las tarifas acordadas en el año 2006, pese a que las partes no llegaron a acordar el mínimo garantizado aplicable a ese ejercicio.

En el año 2008 se produjo un descenso de la inversión publicitaria respecto del año anterior.

2. La sentencia de primera instancia

ZGM interpuso demanda contra TVG y RTVG reclamando: (a) el importe de las facturas pendientes de pago por los servicios prestados durante 2008 (que ascendían a 291.199,18 euros en el caso de TVG y 78.722,24 euros en el caso de RTVG); y (b) la devolución por TVG del mencionado aval en garantía.

Las comitentes presentaron contestación a la demanda y formularon demanda reconvenzional por la que solicitaron:

- (a) Que, al no haberse alcanzado un acuerdo sobre el mínimo garantizado para el ejercicio 2008, debía aplicar el resultante de ajustar el inicial (11.200.000 euros para un *share* del 17,20%) al *share* de dicho año (15,50%), lo que arrojaba una cifra de 10.093.023,25 euros. Habiendo sido el importe bruto de la facturación de 7.315.914 euros, se generó un déficit de 2.777.525,56 euros, por lo que, deduciendo el importe de la comisión que correspondía a ZGM, ésta adeudaría a TVG la cuantía de 2.527.548,26 euros, solicitándose la condena de ZGM a abonar dicha cantidad.
- (b) Que se condenara a ZGM a abonar 44.967,35 euros a TVG y 34.793,04 euros a RTVG por impago a agentes y anunciantes de la publicidad contratada.

El Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña falló en primera instancia: (a) estimando parcialmente la demanda de ZGM y condenando a TVG y RTVG al pago del importe de las referidas facturas (con los correspondientes intereses), pero desestimando la pretensión de devolución del aval; y (b) estimando parcialmente la demanda reconvenzional de las comitentes y condenando a ZGM al pago del mínimo garantizado para 2008 en la cifra reclamada por TVG (2.527.548,26 euros), pero desestimando la pretensión relativa a los impagos a agentes y anunciantes.

3. La sentencia de apelación

ZGM interpuso recurso de apelación frente a la referida sentencia con base en los siguientes motivos: (a) falta de jurisdicción de los tribunales del orden civil; (b) ausencia de prórroga de los contratos más allá del 31 de diciembre de 2007; (c) de estimarse la aplicación de la prórroga del contrato con TVG para el ejercicio 2008, no puede utilizarse como base para fijar el mínimo garantizado para ese ejercicio el pactado para los dos años anteriores, conforme a lo previsto en el artículo 1.258 del Código Civil, a la imposibilidad de cumplir con ese mínimo garantizado, para tal ejercicio, y a la causa misma del negocio jurídico; (d) vulneración de la sentencia de instancia del justo equilibrio de las prestaciones que presupone todo contrato, produciendo un enriquecimiento injusto para las comitentes al neutralizar, completamente, cualquier contraprestación económica a favor de ZGM; y (e) el aval únicamente responde del cumplimiento de las obligaciones para los años 2006 y 2007, no extendiéndose al ejercicio 2008.

La Audiencia Provincial de A Coruña estimó parcialmente tal recurso de apelación. Confirmada la competencia del órgano *a quo*, declara que de la conducta de las partes no podía sino concluirse la prórroga de los contratos al ejercicio 2008 (por lo que, por tanto, no procede la devolución del aval), para lo cual era necesario, a tenor de su clausulado, que se contara con un mínimo garantizado.

Por tanto, el órgano judicial se centra en la determinación de dicho importe mínimo, para lo cual considera que debe aplicar el real de la anualidad anterior, que las partes fijaron en 8.703.076,38 euros (según se explica a continuación), sin ajuste al *share* de 2008, pues tal ajuste no es exigido por el clausulado contractual al definir el límite inferior del mínimo garantizado en caso de prórroga. Sobre esa base y, dado que, según se ha expuesto, la facturación bruta en 2008 había sido de 7.315.914 euros, el déficit resultante era de 1.387.162,38 euros, cantidad a la que había de restársele el importe de las comisiones correspondientes a ZGM (que ascenderían al 9%, esto es 124.844,60 euros), por lo que ZGM estaría obligada a abonar a TVG la cuantía de 1.262.317,76 euros.

No obstante, la Audiencia considera que la cifra anterior no resulta aplicable, en la medida en que se ha producido una ruptura de la base económica del contrato como consecuencia de la caída del mercado publicitario y que el riesgo asumido contractualmente por ZGM no debía «destruir totalmente la conmutabilidad del contrato al punto de neutralizar por completo la expectativa de ganancia por una de las partes», por lo que ésta no estaría obligada a absorber la totalidad de la disminución de los ingresos publicitarios causada por circunstancias externas sobre las que ZGM no tenía control.

Con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014, en lo que respecta a la configuración de la doctrina *rebus sic stantibus*, continúa la Audiencia indicado que prueba de que la intención de las partes no era que ZGM

asumiera todo el riesgo de la caída de ingresos en el mercado de referencia son las siguientes actuaciones:

- (a) Que en año 2007, y pese a que la facturación bruta del ejercicio (8.642.967 euros) fue inferior en 538.428 euros al mínimo garantizado para tal ejercicio (según se ha expuesto, 9.181.395 euros), TVG emitió una factura únicamente por 60.109,38 euros (más IVA), sin efectuar reclamación adicional alguna, de lo que se concluye además que el mínimo garantizado real para 2007 fueron los referidos 8.703.076,38 euros (esto es, 8.642.967 más 60.109,38 euros).
- (b) Sobre todo que, para el ejercicio 2009, TVG impuso un mínimo de 8.000.000 euros, lo que es ilustrativo sobre lo que, razonablemente, podía haberse esperado que la inversión publicitaria hubiese alcanzado en el ejercicio anterior.

Por tanto, en aplicación de la *rebus sic stantibus*, finalmente, la Audiencia toma como base la cifra de 8.000.000 euros para fijar el importe de la compensación que debe abonar ZGM a TVG lo que, restándole lo ya abonado (la facturación real de 7.315.914 euros indicada anteriormente) y la comisión a la que tenía derecho ZGM, fija el importe de tal compensación en 622.518,26 euros (en lugar de los 2.527.548,26 euros fijados en la sentencia de primera instancia), considerando esta compensación «*respetuosa con el equilibrio y el sistema de reparto de riesgos que el contrato diseña en función del cambio de circunstancias bajo el que se desarrolló su ejecución durante el ejercicio de 2008*».

4. Interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación

Corporación Radio y Televisión de Galicia, S.A. (CRTVG, sucesora de TVG y RTVG) interpuso contra la sentencia de la Audiencia Provincial recurso extraordinario por infracción procesal sobre la base del artículo 469.1.4.º de la LEC por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva conforme al artículo 24.1 de la Constitución Española.

Interpuso igualmente CRTVG recurso de casación frente a la citada sentencia sobre la base de los siguientes motivos:

- (a) Infracción del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación de los requisitos de la interpretación de los contratos, en relación con la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

- (b) Infracción del artículo 1.258 del Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con el artículo 7.1 del Código Civil y la doctrina de los actos propios.
- (c) Infracción del artículo 1.258 del Código civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con el artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

II. EL FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO: SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 2020

El Alto Tribunal desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y estima, parcialmente, el recurso de casación. Respecto de este último, en particular, desestima el motivo primero (inciso [a] anterior), estima el segundo (inciso [b]) y, a resultas de lo anterior, no entra a valorar sobre el tercer motivo (inciso [c]).

Se expone, a continuación, el razonamiento del Tribunal Supremo. Además, el apartado III siguiente analiza con mayor detalle determinados aspectos relacionados con la estimación del segundo motivo de casación, dado el interés que la regla *rebus sic stantibus* viene generando en la situación creada por la pandemia del COVID-19 y las críticas que han recibido los pronunciamientos de la Sala a este respecto contenidos en la sentencia de 6 de marzo de 2020.

1. Desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal

CRTVG alega que la sentencia de la Audiencia Provincial vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), al incurrir en un «*error patente en la apreciación de la prueba consistente en concluir que el mínimo garantizado en la anualidad 2007 quedó fijado, por acuerdo de las partes contratantes y para un share del 14.1% en 8.703.076,38 euros, en lugar de en la suma de 9.181.395 euros, que consta expresamente establecida de común acuerdo*».

El Tribunal Supremo desestima tal alegación recordando que «*la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba*», para lo que trae a colación sus sentencias de 15 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016, y de 18 de enero de 2017. Y termina concluyendo que aunque su jurisprudencia haya admitido que pueda justificarse este recurso, al amparo del 469.1.4.º de la LEC, en la existencia de error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba por la sentencia

recurrida que conlleve la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, estos casos se refieren únicamente a la valoración realizada respecto de la determinación de los hechos, y no a las valoraciones jurídicas extraídas de los que se hayan considerado probados (e.g., la citada sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2017).

2. Desestimación del primer motivo de casación

Aduce CRTVG que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil, y la jurisprudencia relativa a la interpretación de los contratos, en relación con la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por concluir, de forma ilógica, que los contratos no imponen ajuste alguno a la cifra del mínimo garantizado por referencia al *share* para su prórroga.

Y ello, por cuanto la recurrente entiende que de la lectura de las oportunas cláusulas contractuales no cabe concluir que no proceda tal ajuste sobre la base del *share*, sino que éstas establecen explícitamente que la cifra de mínimo garantizado se entiende referida obligatoriamente a tal índice de audiencia, que es el instrumento que permite guardar el equilibrio entre los contratantes.

El Alto Tribunal recuerda la premisa de que la interpretación de los contratos corresponde al tribunal de instancia. Continúa, con cita de su sentencia de 1 de febrero de 2016, argumentando:

- (a) Que «*el principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes*», lo que debe hacerse considerando el contrato como un todo, como una «*unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas*», y de ahí la importancia de una interpretación sistemática.

Este pronunciamiento del Tribunal Supremo, aunque no se incluya en la *ratio decidendi* que llevó a la estimación del segundo motivo de casación (improcedencia de la aplicación de la *rebus sic stantibus*, analizado más adelante), es relevante también a esos efectos, por cuanto pone de manifiesto la necesidad de estar a la intención común de los contratantes, lo que, indudablemente, tiene su reflejo en la aplicación hermenéutica de la *rebus sic stantibus*, que precisa del análisis de reciprocidad causal de los intereses prestacionales en el contexto del contrato¹.

¹ AVILÉS GARCÍA, Javier; «Por el momento, la cláusula *rebus sic stantibus* en manos del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, Madrid. N.º 9687, 2020. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/09/02/por-el-momento-la-clausula-rebus-sic-stantibus-en-manos-del-tribunal-supremo>.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019, citada en la sentencia objeto del presente comentario para hacer constar la jurisprudencia del Alto Tribunal en lo que respecta a cláusula *rebus sic stantibus* y que le lleva a estimar el segundo motivo de casación, también recuerda que: *«hay que comenzar advirtiendo que la conexión entre la interpretación del contrato y la doctrina de la «rebus sic stantibus» es muy estrecha, porque de lo que se trata es de determinar si, en función de la naturaleza del contrato y de lo acordado por las partes, resulta ya una distribución de los riesgos a la que deba estarse»*.

- (b) Que, no obstante, el sentido literal del contrato es el presupuesto inicial para su interpretación, y que cuando los términos son claros, no es sólo el punto inicial, sino también *«el de llegada del fenómeno interpretativo»*, para acabar asentando que la interpretación literal del contrato puede contribuir a mostrar que éste *«por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance»*.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Supremo desestima el motivo casacional, pues entiende que la interpretación realizada por la Audiencia Provincial en su sentencia, al defender que para la prórroga ya no rige la fórmula del contrato inicial (esto es, el ajuste sobre el mínimo garantizado de partida conforme al *share*), por prever el contrato una negociación, que no tendría sentido si hubiese aplicado tal sistema inicial, no conculca la regla de la interpretación gramatical prevista en el artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil en tanto, entre otros, las cláusulas contractuales de aplicación no se refieren expresamente a la aplicación de la regla de cálculo inicial.

3. Estimación del segundo motivo de casación

La recurrente alega la infracción del artículo 1.258 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cláusula *rebus sic stantibus* (en particular, las sentencias de 25 de marzo de 2013 y 30 de junio de 2014), en relación con el artículo 7.1 del Código Civil y la doctrina de los actos propios.

Para ello, se basa en que de los hechos probados no se concluye que tuviera lugar una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias existentes en el momento en que se produjo la prórroga contractual, por lo que no concurren los requisitos para la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial; además en la medida en que ZGM conocía la situación económica cuando aceptó la prórroga, situación que, posteriormente, tacharía de imprevisible (actuando contra sus propios actos).

El Alto Tribunal estima el motivo casacional invocado por la recurrente. Con cita de su sentencia de 18 de julio de 2019 (que se basa, a su vez, en otras²), advierte que, para que pueda estimarse la procedencia de la *rebus sic stantibus*:

- (a) La alteración de las circunstancias «*ha de ser de tal magnitud que incrementalmente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato*».
- (b) Se requiere que «*tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles*», lo que no concurre si el riesgo de que una circunstancia tuviera lugar: (i) fue asumido por las partes expresa o implícitamente, o las partes debieron asumirlo porque éste era razonablemente previsible, teniendo en cuenta las circunstancias y/o naturaleza del contrato; o (ii) queda dentro de los riesgos normales del contrato.

Es decir, el Tribunal Supremo centra su examen en la concurrencia de dos requisitos: (a) la magnitud de la alteración de las circunstancias; y (b) la imprevisibilidad de su acaecimiento, esto es, del riesgo. Sobre ambos se pronuncia conjuntamente, si bien de forma somera, prácticamente al final del fundamento jurídico cuarto, apartado segundo, para desestimar la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* al afirmar que «*no fue algo tan drástico e imprevisible: el descenso de la inversión publicitaria en general fue de 25,9 millones de euros en 2007 a 24,1 millones de euros en el 2008*», tomando los datos de la inversión publicitaria en TVG.

No obstante, en relación con lo anterior, el grueso del razonamiento del Alto Tribunal versa sobre el nexo entre la posible aplicación de la citada doctrina jurisprudencial y la duración de la relación contractual. Si bien se analizará con mayor profundidad este aspecto en el apartado III siguiente, por ser el que considero de mayor relevancia y el que más comentarios ha suscitado, se destaca ya aquí que el Tribunal Supremo establece en la sentencia que:

- (a) Es «*más probable*» que un cambio de las características referidas (de gran magnitud e imprevisible) se dé en un «*contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo*».
- (b) En un contrato de corta duración (como el que se considera que es el del caso de autos), «*difícilmente*» puede tener lugar una circunstancia tan extraordinaria que afecte a la base del contrato y no quede amparada por el riesgo propio de éste.

Por tanto, dado que en el caso analizado se está ante la prórroga anual de un contrato con duración inicial de dos años, se considera «*difícil*» que un cambio de

² Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2013, 30 de junio de 2014, 24 de febrero de 2015, 20 de julio de 2017 y 9 de enero de 2019.

las circunstancias en relación con la demanda del mercado publicitario de televisión escape al riesgo que se asume al activar la prórroga. Más cuando, pese a que las partes no llegaron a un acuerdo sobre cuál debía ser el mínimo garantizado durante el ejercicio 2008, a tenor de lo previsto en el clausulado contractual, era claro que este mínimo no podía ser inferior al de la anualidad anterior, por lo que ZGM, que continuó prestando servicios durante 2008, consintiendo así a la prórroga, «*asumía, o debía asumir*» el riesgo de que la facturación publicitaria fuera inferior al mínimo que se había obligado a abonar a TVG (debiendo compensar a ésta última, por la diferencia, en tal caso).

Así las cosas, considera el Tribunal Supremo que no procede la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, estimando el motivo de casación, por lo que deja sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial que aplicaba esta doctrina. En consecuencia, se estima en parte el recurso de apelación, cifrando el importe de la indemnización que ZGM debe abonar a TVG en la cuantía que había calculado la Audiencia antes de aplicar la *rebus sic stantibus* (1.262.317,16 euros³).

III. ESPECIAL REFERENCIA AL NEXO ENTRE LA DURACIÓN DEL CONTRATO Y LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA *REBUS SIC STANTIBUS*

1. Introducción

La sentencia objeto de este comentario ha suscitado la duda de si, con los pronunciamientos contenidos en el apartado segundo de su fundamento jurídico cuarto, el Tribunal Supremo ha venido a vetar la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a los contratos de corta duración, lo cual es especialmente relevante teniendo en cuenta que: (a) la distinción entre contratos de larga y de corta duración no ha sido acuñada por la doctrina civil española; (b) esta sentencia fue dictada el 6 de marzo de 2020, apenas ocho días antes de la aprobación y publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por lo que es la última resolución judicial del Tribunal Supremo sobre la mencionada doctrina jurisprudencial de la «era pre-COVID-19»; y (c) como es público y notorio, la situación creada por pandemia y las medidas adoptadas por las autoridades públicas para combatirla, ha provocado un notable incremento en la invocación de esta regla (tanto para contratos cuyo plazo calificarse como corto, como para aquellos de duración más prolongada), así como propuestas para su positivización, suscitando multitud de debates doctrinales sobre la procedencia de su aplicación.

³ Téngase en cuenta que la sentencia de la Audiencia había fijado ese importe, antes de aplicar la *rebus*, en 1.262.317,76 euros.

2. Presupuestos para la aplicación de la doctrina

Es necesario comenzar recordando los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de la *rebus sic stantibus*. En sus primeras resoluciones⁴, el Tribunal Supremo configuró esta doctrina como de aplicación totalmente excepcional. Sirva, como ejemplo, su sentencia de 16 de octubre de 1989, en la que el Alto Tribunal configura como premisas fundamentales para su aplicación⁵: (a) la alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; (b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones; y (c) que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Desde una perspectiva más actual, además teniendo en cuenta tanto: (a) las sentencias dictadas en 2014 por el Tribunal Supremo⁶, estableciendo la doctrina autodenominada «normalizada»⁷, que propugnaba una interpretación más abierta y flexible de la *rebus sic stantibus*, pero que constituyen una excepción a la regla general de aplicación restrictiva y excepcional que, tradicionalmente, venía manteniendo el Alto Tribunal y, además, fueron duramente criticadas por un amplio sector de la doctrina⁸; como (b) sus posteriores sentencias, en las que el Tribunal Supremo parece haber regresado a una aplicación más limitada y contenida de esta regla⁹; los presupuestos para su aplicación se pueden resumir de la siguiente forma¹⁰:

- (a) Que se produzca una alteración de las circunstancias. No cualquier alteración justifica su aplicación, sino que debe tratarse de una extraordinaria, sobrevenida, imprevisible y cuyo riesgo de acaecimiento no haya sido asumido expresa o implícitamente por ninguna de las partes.
- (b) La alteración de las circunstancias debe producir una alteración esencial del equilibrio económico del contrato, de tal forma que produce una ruptura de aquél alcanzado en el momento de su celebración, deviniendo excesivamente oneroso su cumplimiento para una de las partes.

⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 17 de mayo de 1957, 6 de junio de 1959 y 31 de marzo de 1960, entre muchas otras.

⁵ Según resume SAENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz; «Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y doctrina jurisprudencial sobre su aplicación, presupuestos y efectos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, año n.º 96, n.º 780, 2020, págs. 2.391-2.409.

⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 y de 15 de octubre de 2014, de las que fue Magistrado ponente don Francisco Javier Orduña Moreno.

⁷ AVILÉS GARCÍA, Javier; «Por el momento, la cláusula *rebus sic stantibus*...», *op. cit.*

⁸ A este respecto, véase la sección 4 del presente apartado III.

⁹ E.g., sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2019.

¹⁰ Tal y como sintetiza GREGORACI, Beatriz; «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. 73, n.º 2, 2020, págs. 455-490. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7504477>.

3. Relaciones contractuales que constituyen su ámbito de aplicación propio

En lo que respecta a los contratos que constituyen el ámbito de aplicación propio de la potencial aplicación de la *rebus sic stantibus*, es pacífico en la doctrina¹¹ y jurisprudencia¹² que se requiere el transcurso de un periodo de tiempo entre el momento de la celebración del contrato y el de cumplimiento de la prestación debida, lo que se manifiesta en: (a) contratos de tracto sucesivo, es decir, aquellos donde las obligaciones deben ser cumplidas de forma reiterada durante un periodo (o, lo que es lo mismo, su ejecución se prolonga en el tiempo); y (b) contratos de tracto único con ejecución diferida, esto es, aquellos donde la única prestación se cumple transcurrido un plazo desde la celebración del contrato y para los que la aplicación de la referida doctrina jurisprudencial ha sido, tradicionalmente, más restrictiva. No sería posible su invocación en contratos de tracto único con ejecución no diferida o simultánea, pues no se da en ellos el requisito de la demora entre su celebración y su ejecución.

4. Importancia de la duración del lapso temporal

Asentado que el ámbito propio de la *rebus* son los contratos de tracto sucesivo y los de tracto único con ejecución diferida, al darse en ambos el requisito del transcurso del tiempo entre su celebración y el cumplimiento de la obligación, cabe plantearse si la duración de esta demora es de alguna importancia.

A este respecto, son varios los autores que han venido indicando que cuanto mayor es el plazo que exista entre la celebración y la ejecución, mayores son las posibilidades de que se produzcan alteraciones de las circunstancias que cumplan con los requisitos para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* y, por tanto, de que pueda proceder su invocación. Así, entre otros, ESTRUCH¹³ ha sostenido que «sobre todo en los contratos de larga duración» pueden variar de modo importante las circunstancias que se daban al momento de celebración del contrato (por tanto, las que los contratantes pudieron tener en cuenta al momento de obligarse), generando, ello, un desequilibrio entre las prestaciones que podría llegar a producir la ruptura del equilibrio prestacional inicialmente pactado, así como que «evidentemente, cuanto más próximas en el tiempo se encuentren la perfección

¹¹ Entre muchos otros, ALBIÑANA CILVETI, Ignacio; «La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Madrid, n.º 49, 2018 (Ejemplar dedicado a: Homenaje al Profesor D. Aurelio Menéndez Menéndez), págs. 115-140. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5895/documento/art011.pdf?id=8347>; y BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel; «La “moderna” caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus*», *Actualidad Civil*, Madrid, n.º 11, 2014.

¹² E.g., sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997, de 15 de noviembre de 2000 y de 22 de abril de 2004.

¹³ ESTRUCH ESTRUCH, Jesús; «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, año n.º 96, n.º 780, 2020, págs. 2.037-2.095.

del contrato y la ejecución de sus prestaciones menos posibilidades habrá de que puedan acontecer circunstancias extraordinarias e imprevistas que alteraren gravemente el contrato, por lo que será más difícil que se pueda aplicar la cláusula». En este sentido, de AMUNATEGUI RODRÍGUEZ¹⁴ señala que «los contratos en los que se pactan obligaciones que deben cumplirse a largo plazo son los más susceptibles a los eventos extraordinarios, pues al prolongarse su duración será más probable que se vean afectados por circunstancias de toda índole». Asimismo, ALBIÑANA CILVETI¹⁵, al manifestarse sobre el periodo de tiempo (factor fundamental, como se ha dicho, para la aplicación de la *rebus sic stantibus*) que debe transcurrir entre celebración y ejecución, recuerda que «depende de las circunstancias del caso concreto», si bien «un corto espacio de tiempo entre la fecha del contrato y el acaecimiento de la alteración puede ser irrelevante»¹⁶. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, aunque en un trabajo sobre el Derecho Foral Navarro¹⁷, al referirse a los requisitos establecidos por doctrina y jurisprudencia para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, también en Derecho común español, menciona la necesidad de que la relación obligatoria sea duradera o de que el plazo pueda ser, razonablemente, calificado como largo.

Al ser la cláusula *rebus sic stantibus* una doctrina de creación jurisprudencial, no recogida (de momento¹⁸) en nuestro derecho positivo¹⁹, las anteriores reflexiones doctrinales se basan, entre otros, en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Por ejemplo, en su sentencia de 27 de mayo de 2002, el Alto Tribunal descartó la aplicación de esta doctrina al entender que los requisitos para su aplicación (alteración extraordinaria de las circunstancias, que provoque una inusitada desproporción de las prestaciones recíprocas, imprevisible al momento de contratar), no concurrían el caso de autos «ya que se trata de un contrato que ha de concluirse en un plazo corto de tiempo, siendo este elemento de prestación en plazo breve una circunstancia elevada a fundamental del contrato».

Es decir, además de la unanimidad en cuanto al requisito de la existencia de demora entre celebración del contrato y cumplimiento de la prestación, con an-

¹⁴ DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

¹⁵ ALBIÑANA CILVETI, Ignacio; «La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula...», *op. cit.*

¹⁶ Recordando también que si las alteraciones tienen lugar en un momento muy alejado del momento de la celebración, éstas podrían no tener tampoco trascendencia alguna, por poderse entender que tales alteraciones fueron asumidas por las partes.

¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos; «La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo», *Revista jurídica de Navarra*, 2000, n.º 30, pp. 47-59. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwixqeqyrbAhUCziUKHflaB4gQFjACegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.navarra.es%2Fappsext%2FDescargarFichero%2Fdefault.aspx%3Ffichero%3DRJ_30_I_2.pdf%26codigoAcceso%3DPdfRevistaJuridica&usg=AOvVaw0zFqm6xTHI4USfIwfkclUG.

¹⁸ Véase a este respecto el apartado IV siguiente.

¹⁹ Como excepción, el ya mencionado Derecho Foral Navarro, en su Ley 498, recoge la *rebus sic stantibus*, circunscribiendo su ámbito de aplicación, por cierto, a las obligaciones «de largo plazo o de tracto sucesivo».

terioridad a que el Tribunal Supremo dictara su sentencia de 6 de marzo de 2020 existía ya un cierto consenso, al menos en parte de la doctrina, sobre que cuanto mayor fuera ese lapso temporal, mayores eran las posibilidades de que pudiera invocarse la regla *rebus sic stantibus*.

No cabe confundir mayor posibilidad de invocación en los contratos de «larga duración» con que éste sea un requisito absoluto (como sí lo es la demora en la ejecución de las prestaciones), ni mucho menos que en estos contratos las posibilidades de éxito de la aplicación de la regla sean absolutas, ya que:

- (a) Según se ha expuesto, y a diferencia de lo que ocurre con los contratos de tracto sucesivo y los de tracto único, cuya distinción sí ha sido acuñada por la doctrina civil española, los contratos de «larga duración» y los de «corta duración» no están claramente delimitados y definidos en nuestro Derecho; y
- (b) En este sentido, la aplicación, o no, de la *rebus sic stantibus* exige una interpretación eminentemente casuística, pues se trata de una institución inspirada en criterios de justicia conmutativa²⁰, esto es, un análisis caso por caso (incluyendo en lo que respecta al impacto de la duración contractual). Por ejemplo, en la ya mencionada sentencia de 30 de junio de 2014²¹, el Alto Tribunal aplicó esta doctrina en un contrato (también publicitario) con una duración prevista de cuatro años, contrato que, en abstracto, podría considerarse de «corto plazo». En todo caso, no se puede pasar por alto que esta sentencia fue objeto de fuertes críticas por un amplio sector de la doctrina, tanto con carácter general (e.g., BERCOVITZ²² y CARRASCO²³), como, en particular, por su aplicación a un contrato de la citada duración. Sobre esto último, por ejemplo YZQUIERDO²⁴ expuso «*no me parece que un contrato publicitario celebrado en agosto de 2006 y con una duración prevista de cuatro años pueda verse afectado por la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus en términos diferentes a los*

²⁰ MORALES MORENO, Antonio Manuel; «El efecto de la pandemina en los contratos: ¿es el derecho ordinario de los contratos la solución?», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, vol. 73, n.º 2, 2020, págs. 447-454.

²¹ Que, por cierto, nombra el Tribunal Supremo, al citar su sentencia de 18 de julio de 2019 para desestimar la aplicación de la *rebus* al caso enjuiciado en la sentencia objeto del presente comentario.

²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014. Cláusula *rebus sic stantibus*», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, n.º 97, enero-abril, 2015.

²³ También en lo que respecta a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2014, de la que igualmente fue Magistrado ponente don Francisco Javier Orduña Moreno, CARRASCO PERERA, Ángel; «Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014. Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic stantibus*», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid, n.º 98, mayo-agosto, 2015, págs. 175-206.

²⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; «Comentario de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 (1013/2013 y 679/2013)», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, volumen 6.º (2013-2014), 2014, Dykinson, Madrid, 2012.

que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido señalando en los últimos años».

- (c) Además, el hecho de que, en los contratos en los que la demora entre celebración y cumplimiento sea más extensa, exista una mayor posibilidad de concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles no implica automáticamente que la parte afectada no deba asumir el riesgo de su acaecimiento.

Así, el citado ESTRUCH²⁵, además de lo expuesto también matiza que en los casos donde el lapso entre la celebración y la ejecución sea mayor, las partes deberán prestar mayor atención al posible acaecimiento de circunstancias sobrevenidas o podrán quedar obligadas a asumir el riesgo de que éstas tengan lugar. En este sentido, CASTIÑEIRA JEREZ²⁶ señala que: «*cuanto mayor sea el tiempo durante el cual se prolonga el contrato, menor será la capacidad de previsión de las partes acerca de los sucesos que puedan acontecer*», pero igualmente que «*mayor será el riesgo que deban asumir*»²⁷, concretando que «*si el diferimiento del contrato es mínimo, entonces en sentido inverso, el deber de previsión de las partes se acentúa*».

Sobre estos últimos, podría entenderse que, al considerar que, conforme incrementa el plazo del contrato, lo hace igualmente el riesgo que deben asumir las partes, se contradice el argumento utilizado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de marzo de 2020 para rechazar la aplicación de la *rebus*. No obstante, lo cierto es que en la resolución aquí comentada el Alto Tribunal incide en que, al conocer ZGM el mínimo que debía abonar al aceptar la prórroga, asumía (o debía asumir) el riesgo (de no alcanzar esa facturación mínima), y más cuando sólo iba a estar ligada por un año, lo que cuadra con ese incremento del deber de previsión exigible a las partes en los contratos de corto plazo, es decir, de la mayor dificultad para apreciar la imprevisibilidad y, por tanto, la necesaria asunción del riesgo por ser inherente al negocio.

²⁵ ESTRUCH ESTRUCH, Jesús; «La aplicación de la cláusula...», *op. cit.*

²⁶ CASTIÑEIRA JEREZ, Jorge; «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Madrid, n.º 29, 2012, págs. 71-106.

²⁷ En términos similares se pronuncia Carrasco en CARRASCO PERERA, Ángel; «Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 2014...», *op. cit.*, pero donde también hace constar que «*es común sostener que la cláusula hardship / rebus se aplica a contratos de larga duración*».

5. Impacto del pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de marzo de 2020

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020 ha sido objeto de duras críticas por algún sector doctrinal. Destacan ORDUÑA MORENO²⁸ y SÁENZ DE JUBERA²⁹, quienes, entre otros motivos³⁰, entienden que, con ella, el Alto Tribunal ha introducido una nueva distinción (contratos de largo plazo *versus* contratos de corto plazo), como «*criterio restrictivo de aplicación de la cláusula rebus*», que se considera incorrecta («*por carecer de un fundamento válido que lo sustente*»), innecesaria e inoportuna («*fuera de tiempo y de lugar*»).

En definitiva, este sector doctrinal opina que la sentencia aquí analizada: (a) yerra al distinguir entre contratos de corta y de larga duración, al carecer esta distinción de sentido en el marco de la *rebus sic stantibus*, por lo que, en su caso, debía haber distinguido entre contratos de tracto sucesivo y contratos de tracto único (y respecto de estos últimos, entre los de ejecución instantánea y los de ejecución diferida); y (b) ha venido a determinar que en los contratos de corta duración no sería aplicable la regla *rebus sic stantibus*.

No obstante, en mi opinión:

- (a) Esta diferenciación entre contratos de corta y de larga duración sí es acertada en el seno de la potencial aplicación de la *rebus sic stantibus*, por cuanto, aunque la distinción entre ambos no haya sido, en efecto, acuñada en la doctrina civil española (y requiera, por tanto, una labor de interpretación casuística —propia de la *rebus*—), ello no significa que esta diferencia no refleje un factor económico y jurídico relevante al enjuiciar la posible aplicación de la regla.

Así, en un contrato cuya duración pueda calificarse como corta, según se ha expuesto, es más difícil que se produzcan circunstancias que puedan considerarse sobrevenidas e imprevisibles, en tanto que el corto plazo es, con carácter general, más previsible que el largo plazo. Y, además, en particular en lo que respecta a los contratos de tracto sucesivo (como el que fue objeto de la discrepancia dirimida por la sentencia aquí comentada), en principio, cuanto menor sea la duración contractual, menor será el impacto negativo o, dicho de otra forma, el desequilibrio prestacional, que pueda comportar una alteración de las circunstancias. Piénsese en, por ejemplo, la mayor onerosidad que hubiese experimentado ZGM si hubiese tenido que soportar la caída de facturación publicitaria durante un plazo mucho más extenso y no, únicamente, durante un año. En

²⁸ ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; «Cláusula rebus y modernización del Derecho contractual: tratamiento doctrinal y jurisprudencial», Dykinson, Madrid, 2009; y *Claves Prácticas*. Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

²⁹ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz; «Cláusula rebus sic stantibus: fundamento y...», *op. cit.*

³⁰ Véase a este respecto el apartado IV siguiente.

tal caso, y aunque la sentencia de 6 de marzo de 2020 no se pronuncie expresamente a este respecto, considero que hubiese sido más factible argumentar que el cumplimiento de la prestación había devenido excesivamente oneroso.

- (b) Y, en cualquier caso, precisamente lo que ha hecho el Tribunal Supremo con esta sentencia, es confirmar que el ámbito característico de la *rebus sic stantibus* lo constituyen aquellas relaciones contractuales donde el lapso entre celebración y ejecución es más dilatado en el tiempo, algo sobre lo que ya había cierto consenso en parte de la doctrina, pero no considero que la intención de la Sala haya sido vetar, total y absolutamente, la aplicación de esta regla a los contratos cuya duración es más reducida, aunque sea más difícil su invocación, dado el carácter eminentemente casuístico de la institución.

Sobre esto último, adviértase que, al pronunciarse sobre la posibilidad de que concurran circunstancias que puedan justificar la aplicación de la mencionada doctrina, el Alto Tribunal se cuida mucho de utilizar expresiones como «*más probable*» (al hablar de los contratos de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo) y «*difícilmente*» o «*difícil*» (en lo que respecta a contratos cuya duración puede calificarse como corta). Es cierto que la manifestación que también incluye el fundamento jurídico cuarto, prácticamente al final de su apartado segundo, y que reza según sigue «*la bajada de demanda de publicidad en TV, al venir referida a un corto periodo de tiempo, un año, no dejaba de ser un riesgo cubierto por el contrato*» podría considerarse más categórica y, por tanto, no demasiado acertada. Pero, en mi opinión:

- (a) Esta última no debe considerarse de forma aislada, sino conjuntamente con las anteriormente mencionadas; y
- (b) Sobre todo, debe tenerse presente que la relación contractual objeto de la controversia consiste en una prórroga, libremente asumida por quien venía cumpliendo con idénticas prestaciones en los dos años anteriores y ahora pretendía la modificación del contrato por aplicación de la *rebus sic stantibus*³¹. Dado que la activación de la prórroga conllevaba la

³¹ Cabe recordar que el motivo de casación alegado por la recurrente incluía la contravención de la doctrina de los actos propios, por cuanto ZGM había aceptado libremente la prórroga siendo conocedora de la situación económica imperante, situación que, posteriormente, calificaría como imprevisible al invocar la aplicación de la *rebus sic stantibus*. Es cierto que, en la sentencia, el Tribunal Supremo no se pronuncia expresamente sobre la doctrina de los actos propios, pero también podría inferirse que, de alguna manera, el Alto Tribunal la tiene en cuenta al cargar sobre ZGM la asunción, junto con la prórroga, del riesgo que posteriormente denuncia. A este respecto, recordamos que en su sentencia de 23 de abril de 2012 (que podría haber citado la sentencia objeto del presente comentario, pero lo cierto es que no lo hizo), el Tribunal Supremo desestimó la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* al descartar la concurrencia de los requisitos para su aplicación, entre otros motivos, «ya que según los hechos probados el contrato de 1980 se prorrogó en 1989, es decir cuando el hoy recurrente venía explotando las minas desde varios años antes y se encontraba

obligación de abonar un mínimo garantizado, que no podía ser inferior a la facturación del año anterior (como decíamos, conocida por ZGM), la prestadora de servicios, al aceptar la prórroga, asumía (o debía asumir) igualmente el riesgo de que la facturación del año 2008 fuera inferior al mínimo garantizado de aplicación y, por tanto, de tener que indemnizar a la recurrente por la diferencia. Es decir, el Alto Tribunal considera que se trataba de un riesgo que debía haber previsto y, en consecuencia, inherente a la relación contractual, lo que se acentúa por el periodo durante el cual se asumía, eliminando así la posibilidad de apreciar uno de los requisitos para la aplicación de la mencionada doctrina: la imprevisibilidad.

En definitiva, considero que lo que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2020 ha venido a confirmar es que es más probable que se dé una alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias (requisito fundamental para la aplicación de la *rebus*) en los contratos en los que la demora entre el momento de su celebración y el de cumplimiento de la prestación es más prolongada (los que denomina de «larga duración») y que, en consecuencia, la aplicación de esta doctrina tiene menor cabida en los contratos donde tal demora es menor. Pero no me parece que el Alto Tribunal haya pretendido establecer que estos últimos, aunque la procedencia de la *rebus sic stantibus* sea más difícil, no puedan ser, en ningún caso, objeto de aplicación de esta regla, en tanto qué debe considerarse como «corta duración», así como, en general, la posibilidad de aplicación de tal doctrina, exige un análisis del caso concreto (incluyendo, pero sin limitación, la sujeción del acaecimiento de la circunstancia que se alegue al test de imprevisibilidad y el análisis del reparto contractual de riesgos).

En todo caso, cabe recordar que, aunque para los contratos que se consideren de corta duración la posibilidad de acudir a la *rebus sic stantibus* esté disponible sólo con dificultad, sí cabría acudir en éstos a otras figuras afines como pudiera ser la fuerza mayor, en su dimensión potencialmente modificativa o resolutoria del contrato, siempre que se cumplieran los requisitos para su aplicación.

IV. BREVES REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19

Según se ha indicado, la sentencia del Tribunal Supremo objeto del presente trabajo, se dictó tan solo unos días antes de la declaración por el Gobierno el 14 de marzo de 2020 del estado de alarma en toda España en el contexto de la crisis sanitaria del COVID-19.

en condiciones de calcular el riesgo empresarial que asumía al prorrogar la vigencia del contrato hasta el año 2020».

Tal proximidad temporal ha hecho que varios autores criticaran el contenido de esta sentencia, además de por los motivos expuestos en el apartado III anterior, por considerarla extemporánea. Destaca el ya citado ORDUÑA MORENO³², quien critica la «inoportunidad» de esta sentencia, «*restrictiva de la aplicación de la cláusula rebus, en un contexto social y económico que ya está en “modo rebus”*». En esta misma línea, entre otros, la también citada SÁENZ DE JUBERA³³ entiende que «*es llamativo que esta resolución, dictada pocos días antes de decretarse la pandemia sanitaria consecuencia del COVID-19 y acordarse el estado de alarma y el confinamiento generalizado de personas y el cese de múltiples actividades empresariales y profesionales en España, cabe advertir que, paradójicamente, no cabe pensar que tal circunstancia fuera previsible para el ponente y la Sala que dictó esta sentencia.*»

Es cierto que esta coincidencia temporal es relevante, por cuanto la sentencia se hacía eco y reafirmaba la jurisprudencia de aplicación más restrictiva generada por el Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*, en los albores de la que quizás sea, por su dimensión global, la mayor crisis sanitaria de la historia reciente. Cabría matizar, no obstante, que en la fecha en la que tuvo lugar la votación y fallo (13 de febrero de 2020) e incluso en la que se dictó la sentencia (6 de marzo de 2020), no parecía tan fácil vislumbrar la entidad de las desastrosas consecuencias de toda índole que la crisis del COVID-19 tendría en nuestro país.

En todo caso, la pregunta que cabría hacerse es en qué medida los efectos de esta crisis pueden producir una variación en los elementos caracterizadores de la regla *rebus sic stantibus* tal y como han sido definidos por el Tribunal Supremo hasta la sentencia comentada.

En este sentido, hasta la fecha son numerosos los autos de juzgados de primera instancia resolviendo sobre la adopción de medidas cautelares (especialmente en materia de arrendamientos para uso distinto del de vivienda), en controversias que giran en torno a la aplicabilidad de la regla *rebus sic stantibus*, como consecuencia de la crisis del COVID-19. De estas resoluciones podemos coleccionar: (a) en primer lugar, que no se cuestiona la configuración de esta crisis como hecho «imprevisible» (en los términos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para considerar la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*, y cuya relevancia ha vuelto a poner de manifiesto, según se ha expuesto, la sentencia de 6 de marzo de 2020), incluso sin previa acreditación; y (b) en segundo lugar, que estos autos no se alejan del principio expresado por el Tribunal Supremo relativo a la necesaria existencia de un nexo causal entre el hecho imprevisible y el desequilibrio en las prestaciones generado³⁴. Destacamos que, en autos relativamente recientes

³² ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; *Cláusula rebus y modernización del Derecho contractual... op. cit.*

³³ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz; «Cláusula *rebus sic stantibus*: fundamento y...» *op. cit.*

³⁴ Merece especial mención, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015, de la que don Francisco Javier Orduña (declarado defensor de la aplicabilidad de la regla *rebus sic stantibus* y de su positivación en nuestro ordenamiento), fue Magistrado ponente, y en la

sobre este particular, se han adoptado medidas tendentes a la modificación de los términos y condiciones contractuales como medida cautelar hasta la resolución del objeto de la controversia³⁵.

Más allá de lo anterior, y tomando en consideración los tiempos procesales, estamos todavía a varios años de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre controversias acaecidas durante la pandemia, por lo que es difícil anticipar la línea que se seguirá en ese momento. No obstante, analizando las sentencias dictadas por nuestro Alto Tribunal con posterioridad a que el virus desplegara sus devastadores efectos, no se aprecia cambio alguno a la línea mantenida en relación con la regla *rebus sic stantibus* hasta el momento³⁶, continuando con la exigencia del nexo causal anteriormente mencionado. Es cierto que dichas sentencias se refieren a controversias enclavadas en momentos temporales muy distintos al actual, pero no es menos cierto que las mismas podrían haberse visto informadas, en caso de considerarlo procedente, por las circunstancias del momento y las numerosas discusiones doctrinales sobre la materia, lo que no ha tenido lugar, por lo que, de momento, no hay motivos para pensar que tal posición vaya a cambiar drásticamente en el futuro.

En definitiva, es posible anticipar que la crisis generada por el COVID-19 y las medidas adoptadas para combatir la pandemia pueda merecer la consideración de «imprevisible» y que, por tanto, en principio y dependiendo del caso concreto, que sea posible argumentar que su acaecimiento no constituye un riesgo inherente al negocio de quien invoque la *rebus sic stantibus* (a diferencia de la calificación que otorgó, en el caso enjuiciado, la sentencia de 6 de marzo de 2020 a la crisis económica y, en particular, a la caída del mercado publicitario en televisión), pero que, en todo caso, según se ha dicho, será necesario probar el nexo causal entre tal circunstancia imprevisible y el desequilibrio prestacional que se alegue. Tal presunta imprevisibilidad y no asunción del riesgo será potencialmente predicable de los contratos celebrados con anterioridad a que la pandemia desplegara sus efectos, pero desde luego será más difícil de argumentar en los contratos celebrados a partir de entonces. Y, por último, está por ver si nuestros juzgados y tribunales mantienen, al resolver sobre las controversias relacionadas con el COVID-19, el criterio restrictivo de aplicación de la *rebus sic stantibus* a los contratos de menor duración que ha venido a reafirmar, en mi opinión de forma acertada, la sentencia objeto del presente comentario.

que se aclara que «el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula «*rebus sic stantibus*» a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate.»

³⁵ Por ejemplo, los autos 136/2020, de 23 de septiembre de 2020, del juzgado de primera instancia número 89 de Madrid, y 447/2020, de 25 de septiembre de 2020, del juzgado de primera instancia n.º 81 de Madrid, aprueban, como medida cautelar, la concesión de bonificaciones a la renta arrendaticia hasta la resolución del procedimiento principal.

³⁶ En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2020 y 8 de julio de 2020.

Por último, no quería dejar de mencionar los intentos de positivización de la regla *rebus sic stantibus* que, actualmente, se encuentran en discusión y desarrollo y que, de cristalizar, obligarían a una nueva revisión a la luz de los límites que marque la normativa que al efecto se apruebe.

En este sentido, destaca el mandato contenido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que dispone que «*el Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en derecho comparado, de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla rebus sic stantibus. El estudio incluirá los datos disponibles más significativos sobre el impacto de la crisis derivada de la COVID-19 en los contratos privados.*»³⁷

V. CONCLUSIONES

- (A) La aplicación de la regla *rebus sic stantibus* requiere que se produzca una alteración extraordinaria, sobrevenida e imprevisible de las circunstancias en el momento de la ejecución de la prestación debida respecto de las existentes en el momento de celebración del contrato, no imputable a las partes, cuyo riesgo no haya sido asumido de forma expresa o implícita por ninguno de los contratantes, y de tal forma que el cumplimiento de la prestación contractual devenga excesivamente oneroso para la parte que la invoca.
- (B) Se exige, por tanto, que haya un lapso temporal o demora entre el momento de la celebración del contrato y el de su ejecución, lo que ocurre en los contratos de tracto sucesivo, así como en los contratos de tracto único con ejecución diferida.
- (C) Parte de la doctrina ha venido sosteniendo que, cuanto mayor sea la duración de tal lapso temporal o del plazo de ejecución de las prestaciones, mayores son las posibilidades de que ocurran alteraciones extraordinarias e imprevisibles y, por tanto, de que concurran los presupuestos necesarios para la aplicación de la *rebus sic stantibus*.
- (D) La sentencia de 6 de marzo de 2020 desestima la aplicación de la referida doctrina por considerar que la alteración de las circunstancias alegada (caída del mercado publicitario de televisión) no fue de una magnitud

³⁷ Igualmente, los grupos parlamentarios de Ciudadanos, Compromís y PdCat plantearon sendas enmiendas en el seno de la tramitación de la citada Ley dirigidas a la adición de un apartado 2 al artículo 1.258 del Código Civil como forma de positivizar la regla *rebus sic stantibus*, que fueron finalmente rechazadas.

tal que justificara su aplicación, así como, sobre todo, por entender que, en tanto quien alegó la procedencia de aplicar la *rebus sic stantibus* había venido obligado contractualmente a cumplir con la prestación debida durante los dos años anteriores, consintiendo voluntariamente a la prórroga por un año adicional, era consciente, en consecuencia, tanto de la situación del mercado como del mínimo garantizado que debía abonar si aplicaba tal extensión del contrato. Así, entiende el Alto Tribunal que dicha parte asumía, o debía asumir, el riesgo de acaecimiento de la alteración en la que basa su pretensión, y más considerando la escasa duración de la relación contractual (la prórroga de un año), lo que impide apreciar su imprevisibilidad.

- (E) En la referida resolución, la Sala hace hincapié en la mencionada corta duración de la relación contractual, lo que dificulta la posibilidad de acaecimiento de circunstancias extraordinarias que resulten imprevisibles y que el Tribunal liga con la necesaria asunción de riesgo. Con ello, se ha venido a reforzar la idea de la mayor posibilidad de aplicación de la *rebus sic stantibus* cuanto más prolongada sea la demora entre celebración del contrato y cumplimiento de la prestación, y, por tanto, la mayor dificultad de aplicar esta doctrina en contratos cuya duración se considere corta, si bien sin eliminar totalmente la posibilidad de aplicar la regla a estos últimos.
- (F) La citada sentencia fue dictada apenas ocho días antes de la declaración en España del estado de alarma como consecuencia de la pandemia del COVID-19 y es, por tanto, la última resolución del Tribunal Supremo en relación con la regla *rebus sic stantibus* de la «era pre-COVID-19», habiendo recibido críticas por parte de un sector doctrinal, además de por distinguir entre contratos de «larga duración» y de «corta duración», por considerarla «inoportuna» y «extemporánea», al mantener criterios restrictivos de aplicación de esta regla en un momento de grave alteración de las circunstancias.
- (G) Sin embargo, en mi opinión, tal diferenciación entre contratos de larga y de corta duración es acertada en el seno de la *rebus sic stantibus* aunque no haya sido acuñada en la doctrina civil española (lo que conllevará la necesidad de realizar una labor de interpretación casuística, por otro lado tan propia de la *rebus*), pues refleja un factor económico y jurídico relevante al enjuiciar la posible aplicación de la regla, al concurrir en los contratos que puedan considerarse de corto plazo tanto la menor probabilidad de que ocurran sucesos extraordinarios e imprevisibles, no inherentes al riesgo contractual, como, en particular en los contratos de tracto sucesivo, por la menor onerosidad para la parte que la alegue en caso de tal acaecimiento cuanto más reducido sea el plazo del contrato.

- (H) Que se trate del último pronunciamiento del Alto Tribunal sobre esta materia antes de que se declarara el estado de alarma es de relevancia teniendo en cuenta la creciente invocación de regla a resultados de la crisis ocasionada por la pandemia y por las medidas adoptadas para combatirla, que ha cristalizado tanto en la adopción de medidas cautelares por juzgados de primera instancia en controversias que giran en torno a su aplicabilidad, como en intentos de su positivización (que, en caso de cristalizar, obligarían a una nueva revisión del ámbito de aplicación y requisitos para la aplicación de la *rebus*).
- (I) No obstante, aunque las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo con posterioridad a la analizada en el presente comentario versen sobre cuestiones no relacionadas con la pandemia, no se aprecia en éstas cambio alguno a la línea de aplicación restrictiva mantenida en relación con la regla *rebus sic stantibus* hasta el momento (incluyendo en la sentencia de 6 de marzo de 2020), por lo que, de momento, no hay motivos para pensar que tal posición vaya a cambiar drásticamente en el futuro.
- (J) En cualquier caso, es posible anticipar que, dependiendo del caso en concreto, y para los contratos celebrados con anterioridad de que el COVID-19 desplegara sus efectos, la crisis ocasionada por la pandemia podrá merecer la consideración de «imprevisible» pero que, igualmente, será necesario probar el nexo causal entre tal circunstancia imprevisible y el desequilibrio prestacional que se alegue. En este sentido, está por ver si nuestros juzgados y tribunales mantienen, al resolver sobre las controversias relacionadas con el COVID-19, el criterio restrictivo de aplicación de esta regla a los contratos de menor duración que ha venido a reafirmar el Tribunal Supremo con su sentencia de 6 de marzo de 2020.

*(Trabajo recibido el 16/10/2020
y aceptado para su publicación el 26/10/2020)*

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

GASTÓN AUGUSTO ZAVALA

*Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado de la República Argentina
Profesor de la Universidad Notarial Argentina
Notario de la Ciudad de Choele Choel — Patagonia Argentina*

RESUMEN

El TC en Sentencia 46/2020 del 15 de junio, mediante la admisión de un recurso de amparo, prioriza el derecho fundamental del *principio de autonomía de la voluntad* de quienes confrontaban en una *litis* y de los medios alternativos a la solución de controversias frente al orden público. Aprecia que el derecho a la tutela judicial efectiva es extensivo a la virtualidad de un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes cuando no media una norma prohibitiva que lo restrinja, lo que se conjuga con el principio dispositivo o de justicia rogada en el proceso civil.

Palabras claves: autonomía de la voluntad, acuerdo transaccional, orden público, amparo, arbitraje.

THE CONSTITUTIONAL COURT OF SPAIN AND THE ALTERNATIVE MEANS OF SOLUTION OF CONTROVERSIES

GASTÓN AUGUSTO ZAVALA

*Full Member of the National Academy of Notaries of the Argentine Republic
Professor at the Notarial University, Argentina
City Notary of Choele Choel — Patagonia, Argentina*

ABSTRACT

The TC in Sentence 46/2020 on June 15th, through appeal admission, prioritizes the fundamental right of *autonomy principle about the willingness* from who confronted in

a *litis* and the alternative means to the solution of controversies facing public order. It is appreciated that the right of effective legal protection is applicable to the virtuality of an agreement based on the power of disposal of the parties when there is no mediation of a prohibitive rule that restricts it, that what is conjugated with the principle of disposal or party disposition in the civil proceedings.

Keywords: autonomy of the will, transactional agreement, public order, legal protection, arbitration.

SUMARIO: I. FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. Interés. 2. Hechos. 3. Instancia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. 3.1. Acuerdo extrajudicial y solicitud de terminación del procedimiento. 3.2. Rechazo de la solicitud. 3.3. Incidente de nulidad. 3.4. Resolución del TSJM. 3.5. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. 3.6. Ministerio Fiscal. 3.7. Actuación del Tribunal Constitucional. 3.7.1. El principio de rogación jurisdiccional. 3.7.2. El orden público y los intereses privados. 3.7.3. Sentencia.—II. PONDERACIÓN DE LA SENTENCIA.—III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. 1. La autonomía de la voluntad en el ámbito jurisdiccional. 2. Métodos de solución de controversias. 3. El notariado y su actuación alitigiosa.—IV. PRINCIPIO DE ROGACIÓN JURISDICCIONAL.—V. SEGURIDAD JURÍDICA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Interés

El 23 de junio de 2020 se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la Sentencia 46/2020, de 15 de junio, del Tribunal Constitucional, que contiene una declaración a favor del principio de autonomía de la voluntad de las partes y de los medios alternativos para la solución de controversias.

2. Hechos

El 1 de junio de 2014 las partes del proceso judicial habían celebrado un contrato de locación de *vivienda*, con una cláusula por la que habían acordado someter toda discrepancia al arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE)¹.

Ante el incumplimiento de pago de varias mensualidades la parte arrendadora instó el arbitraje acordado cuyo laudo declaró resuelto el contrato, condenando a los demandados al pago de las rentas, intereses, abono del suministro de agua, desalojo de la vivienda y costas arbitrales.

3. Instancia ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Los arrendatarios demandaron la anulación del laudo ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM), esgrimiendo su

¹ La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE-A-2003-23646) —última modificación 6/10/2015, configura la institución arbitral como un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes.

condición de *consumidores* y la de profesionales del sector de arrendamiento inmobiliario de los arrendadores —entre otros argumentos²—, lo que fue refutado por éstos últimos.

EL TSJM, el 31 de enero de 2017, dio traslado a las partes para que se pronunciasen sobre la «*posible infracción al orden público*» como *causa de nulidad del laudo*, al evaluar *extra petita* una posible falta de imparcialidad objetiva de la Corte Arbitral, auto contra el que la demandada interpuso infructuosamente recurso de reposición al entender que el tribunal matritense se constituía en juez y parte.

3.1. *Acuerdo extrajudicial y solicitud de terminación del procedimiento*

El 13 de febrero de 2017 las partes presentaron un escrito conjunto, por el que manifestaron al órgano judicial «*haber alcanzado un acuerdo para la solución del litigio, solicitando la terminación del procedimiento de anulación por satisfacción extrajudicial*».

3.2. *Rechazo de la solicitud*

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal matritense, el 4 de abril de 2017, rechaza por mayoría la petición de archivo de la causa por desistimiento de ambas partes, al considerar que existe un interés general en depurar aquellos procedimientos que sean contrarios al orden público y/o de intereses generales cuya protección y salvaguarda no puede ser declinada, *ope legis*, quedando habilitado de esa manera a actuar *ex officio*. El presidente de la Sala, en cambio, gesta la nueva doctrina al sostener que debe accederse al archivo solicitado, por tratarse de una decisión sometida a la propia voluntad de las partes y no contravenir precepto legal alguno.

3.3. *Incidente de nulidad*

Contra esta decisión, la demandada con la adhesión de la parte actora interpone el 19 de abril de 2017 incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, alegando vulneración del ***derecho fundamental a la libertad constitucional*** y a la ***tutela judicial efectiva***, y ninguna de las «partes» —ya sin intereses contrapuestos— se presenta a la vista convocada para el 26 de abril de ese año.

² Conf. Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

3.4. Resolución del TSJM

Mientras el 3 de mayo de 2017 el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el incidente, al día siguiente dicta sentencia, estimando la nulidad del laudo arbitral por entender que se había dictado con manifiesta pérdida de la imparcialidad objetiva y la consiguiente lesión del orden jurídico, al quedar sujetos a la sumisión de un tercero que debe ser imparcial e independiente.

3.5. Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

Ante el infructuoso derrotero procesal, arrendador y arrendatario acudieron ante el Tribunal Constitucional en amparo por la vulneración a su derecho fundamental a una **tutela judicial efectiva**.

Alegan que la decisión del TSJM confronta con la «*libertad constitucional*» de las partes al disponer del objeto del proceso civil en contra de lo que ellos acordaran, referido a una cuestión estrictamente patrimonial que no trasciende a las mismas ni afecta a terceros.

Agregan que la actuación del Tribunal se expide sobre una cuestión litigiosa fenecida por su propia voluntad, con lo cual el *principio de contradicción procesal* queda en abstracto y la sentencia incongruente a los términos del debate³; como también el *principio de legalidad procesal y constitucional* basado en el art. 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴.

La Sección Segunda del Tribunal Constitucional de España expone que el recurso planteado afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina y admite su tratamiento.

3.6. Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal alega la estimación del recurso de amparo imputando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de lo resuelto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, circunscribiendo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la *afectación a la libre*

³ El Tribunal Constitucional ha declarado de manera reiterada que la satisfacción extraprocésal es uno de los supuestos de terminación que no admite que pueda continuarse con un proceso concluido por transacción. (STC 133/2017, de 4 de junio y ATC 400/2005, de 10 de noviembre).

⁴ Ley de Enjuiciamiento Civil: «Artículo 22. Terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto. Caso especial de enervación del desahucio. 1. Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Letrado de la Administración de Justicia la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas.»

disposición del procedimiento por las partes, libertad que se les ha impedido ejercer en una motivación incorrecta y arbitraria, al interpretar de manera extensiva e injustificada el concepto de orden público.

El fiscal subraya su conformidad con el argumento de la sala sobre su legitimación para analizar de oficio la posible nulidad de un laudo arbitral que pueda ser contrario al orden público, pero discrepa sobre el momento en que lo hizo porque la pretensión de las partes era otra.

Recuerda además que los medios alternativos de composición, han sido estructurados como herramienta de facilitación para los ciudadanos, reforzando la autonomía de la voluntad de las partes, e incluso desahogar la carga de trabajo de los tribunales.

3.7. *Actuación del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional, en consonancia con lo afirmado por el Fiscal, ciñe su análisis a determinar si la decisión de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al no atender la petición de archivo del proceso por pérdida sobrevenida de objeto y, por consiguiente, entrar en el fondo de la demanda de anulación del laudo arbitral, vulneró el derecho fundamental de los recurrentes a la tutela judicial efectiva en términos de razonabilidad.

La Corte Constitucional destaca que las partes habían alcanzado un **acuerdo transaccional sobre la controversia que afectaba a la pervivencia de su interés en seguir litigando**, y solicitado de consuno y por escrito el archivo del proceso por pérdida sobrevenida de objeto.

Refiere el Tribunal Constitucional que el art. 24.1 de la Constitución española⁵ garantiza el derecho a obtener de los órganos judiciales una *resolución motivada*, es decir, que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y que la motivación esté fundada en Derecho, exigencia que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad.

En este sentido, considera el Tribunal Constitucional que la decisión impugnada es cuando menos irrazonable y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Destaca que las partes en litigio solicitaron de consuno el archivo del procedimiento —con efectos equivalentes al desistimiento por pérdida sobrevenida de interés en continuar con el mismo—, dado que se había alcanzado un acuerdo de satisfacción extrajudicial.

⁵ Art. 24.1 Constitución Española: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

3.7.1. *El principio de rogación jurisdiccional*

Recuerda el Tribunal Constitucional que el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero), se inspira en el principio básico de disposición de las partes para regular sus intereses privados, o lo que es lo mismo, para iniciar la actividad jurisdiccional, determinar el objeto del proceso y ponerle fin en el momento que estimen conveniente, sin necesidad de esperar a la sentencia y siempre que la relación jurídica discutida responda, únicamente, a una naturaleza subjetiva-privada.

Pone de relieve la esencia del proceso civil, cuya exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento civil destaca que «... sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias...».

3.7.2. *El orden público y los intereses privados*

Resalta, además, que el concepto de orden público es poco nítido⁶ y que, por ello, se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas —en el caso en un procedimiento arbitral—, vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes⁷. Frente a ello, entiende que la decisión del TSJM fue contraria al canon constitucional de razonabilidad de las resoluciones judiciales, yendo más allá de los límites constitucionales del deber de motivación y congruencia. En este sentido, el Tribunal de Madrid en su fundamentación realiza una analogía de la naturaleza civil del proceso con la naturaleza del procedimiento penal y su carácter irrenunciable⁸.

3.7.3. *Sentencia*

Concluye el Tribunal Constitucional que la sentencia recurrida es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, al negar virtualidad

⁶ El Tribunal Constitucional entiende por **orden público material**, el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de junio, y 54/1989, 23 febrero); y desde el punto de vista **procesal**, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios del ordenamiento jurídico procesal.

⁷ Para MANZANEDO y TALLÓN, algunos órganos jurisdiccionales venían abusando al anular ciertos laudos escudados en razones de orden público. MANZANEDO, Fernando y TALLÓN, Fernando; «Un respaldo decisivo al arbitraje en España», *Diario Cinco Días* [en línea], 6 de julio de 2020 [fecha de consulta: 18/09/2020]. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/06/opinion/1594034501_587460.html.

⁸ Conf. LALAGUNA, Marta; «STC de 15 de junio de 2020: Una sentencia favorable al principio de autonomía de voluntad de las partes y a los medios alternativos de solución de controversias», *cms.law/es* [en línea], 2020 [fecha de consulta: 18/09/2020]. Disponible en: <https://cms.law/es/esp/publication/stc-de-15-de-junio-de-2020-una-sentencia-favorable-al-principio-de-autonomia-de-voluntad-de-las-partes-y-a-los-medios-alternativos-de-solucion-de>.

a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes, sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice, imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada.

II. PONDERACIÓN DE LA SENTENCIA

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España, tiene por virtud sentar bases sólidas en una temática que no registra precedentes en su ámbito jurisdiccional, cuyos cimientos se nutren de una materia prima esencial en las relaciones intersubjetivas como lo es la autonomía de la voluntad.

Esta resolución se destaca además por encontrar claridad en un contexto en el que inciden una multiplicidad de fuerzas subjetivas y objetivas de jerarquía, públicas y privadas como, por ejemplo, el derecho del consumidor esgrimido en la presentación inicial por una de las partes o el orden público que de oficio trajo a colación el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El Tribunal Constitucional se aparta del argumento rector incorporado por el Tribunal de Madrid relativo al interés general afectado, concepto en torno al cual ni la jurisprudencia ni la doctrina^{9, 10} ha logrado armonizar. SEGOVIA, el primer comentarista del Código Civil de la República Argentina elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield, destaca la gran dificultad que representa determinar que debe entenderse por *orden público* y —en su cita a Acollas—, predica que «es la armonía de todas las libertades, derechos e intereses»¹¹.

Un claro ejemplo de esa armonía en el juego de intereses y derechos es el que ha sabido dilucidar el Constitucional español, al rescatar la opinión del Presidente del TSJM y poner coto a la activación o prosecución jurisdiccional cuando los miembros de la sociedad claman por sus derechos y encuentran solución extra-judicial a sus diferencias, en un espectro de libertad, munidos de discernimiento

⁹ LLAMBIAS predica que una teoría asocia al orden público con el *interés público*, criterio que sostiene que las leyes de orden público son aquellas dictadas en mira del interés de la sociedad, en tanto que las demás, serían suscitadas para satisfacer el interés de los individuos. Para el brillante jurista argentino, orden público es el «conjunto de principios eminentes —religiosos, morales, políticos y económicos—, a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida». LLAMBIAS, Jorge Joaquín; *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, p. 158, Perrot, Buenos Aires, 1986.

¹⁰ Para BORDA, una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de derecho privado, en las que solo juega un interés particular; quien afirma que la virtualidad de las leyes de orden público, se ejerce sólo con relación a la autonomía de la voluntad de los particulares; concluye, que leyes imperativas y leyes de orden público son conceptos sinónimos. BORDA, Guillermo A.; *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. I, p. 64, Perrot, Buenos Aires, 1987.

¹¹ SEGOVIA, Lisandro: *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. I, p. 9, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881.

y con la plena intención de evitar toda situación contenciosa o la manera de soslayarla.

Corresponde destacar la revalorización que se realiza del principio de autonomía de la voluntad de las partes y la consideración de los medios alternativos de solución de controversias, como actividad que coadyuva a la función jurisdiccional que deben desplegar los jueces y tribunales.

Las primeras críticas del reciente fallo se nuclean además en resaltar y ponderar que este pronunciamiento significa un respaldo decisivo al arbitraje en España¹² al ver que los laudos dictados no son objeto de anulaciones por los órganos jurisdiccionales, por razones de fondo relativas al objeto del proceso.

III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

1. La autonomía de la voluntad en el ámbito jurisdiccional

El principio de autonomía de la voluntad es un factor esencial y fundamental en el desarrollo de la normalidad de las relaciones jurídicas y de la resolución alternativa de controversias, sin que esta consideración confronte con cierta intervención del Estado en favor de las personas con menor poder de negociación o frente a ciertos límites impuestos al ejercicio de derechos subjetivos.

Esa autonomía de la voluntad se enlaza, necesariamente, con una seguridad jurídica preventiva y con un asesoramiento integral e imparcial, que tenga por virtud aconsejar al ciudadano acerca de los efectos y consecuencias del acto que pretende otorgar. Avanza, además, sobre la factibilidad, riesgos y ventajas de poder arribar a la solución de un conflicto acudiendo a un acuerdo, a una conciliación, a un punto de entendimiento entre las partes, desnaturalizándose así la controversia —eventualmente canalizada en una *litis* judicial entre partes adversas—, para pasar a conformar un **consentimiento negocial** entre partes.

La seguridad, en el sentido pleno de la palabra a la que aspiran los ciudadanos, es aquella en la que pueden desarrollar sus hechos, realizar sus actos y entablar situaciones jurídicas en un ámbito de libertad, con respeto a la autonomía de su voluntad, bajo el amparo del ordenamiento jurídico, sin necesidad de la intervención de los jueces a quienes, necesariamente, se habrá de acudir para recomponer

¹² MANZANEDO, Fernando y TALLÓN, Fernando; «Un respaldo decisivo al arbitraje en España», *Diario Cinco Días* [en línea], 6 de julio de 2020 [fecha de consulta: 18/09/2020]. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/06/opinion/1594034501_587460.html; RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS; «Espaldarazo para el arbitraje en España», *ramonycajalabogados.com* [en línea], 26 de junio de 2020 [fecha de consulta: 18/09/2020]. Disponible en: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/espaldarazo-para-el-arbitraje-en-espana>.

un derecho vulnerado cuya solución exceda el ámbito de los derechos intersubjetivos.

2. Métodos de solución de controversias

Acudir a cualquier método alternativo para la solución de conflictos, representa múltiples ventajas para la sociedad y para el Estado. Para la sociedad porque encuentra respuestas inmediatas —o con abreviación de plazos—, a situaciones caracterizadas por la incertidumbre, evita la continuidad o prolongación de preocupaciones que la afligen emocionalmente, en un contexto de disminución de costos. Para los operadores jurídicos significa allanar el camino y encontrar soluciones a las pretensiones de sus clientes. Mientras que, para el Estado, se traduce en la descompresión de los estrados judiciales de procesos que no son contenciosos o han dejado de serlo.

Cualquiera de estas alternativas son fundamentales durante una emergencia sanitaria como la actual —o ante una situación extraordinaria—, en la que la justicia, a partir del aislamiento obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional, se ha encontrado prácticamente paralizada durante más de tres meses y los plazos procesales suspendidos¹³.

Tanto en España como en México —entre otros países—, el despliegue funcional desarrollado por el notariado, ha sido significativo para el mantenimiento de la actividad no solo negocial, sino también para arribar a determinados acuerdos o fijar determinadas situaciones jurídicas al amparo de los derechos subjetivos, canalizando en escrituras o escrituras-actas notariales las más diversas pretensiones o reclamos, como también la solución extrajudicial a planteos que pudieran desarrollarse entre partes, asistidos por sus abogados patrocinantes.

3. El notariado y su actuación alitigiosa

La Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado aprobó en Roma, el 8 de noviembre de 2005, las Bases o Principios del Sistema del Notariado Latino para el ejercicio de su ministerio. El tercero de ellos establece que *«La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y*

¹³ En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) mediante Acordada 4/20 del 16 de marzo de 2020 estableció la Feria Extraordinaria y declaró la inhabilidad de los días 16 al 31 de marzo del corriente año para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integren el Poder Judicial de la Nación. Decisión que fue prorrogada por las Acordadas 8/20, 10/20, 13/20, 14/20, 16/20 y 18/20 hasta el 28 de junio de 2020; mientras que a partir de la Acordada 19 del 10 de junio de 2020 —y otras que la sucedieron—, se dio inicio al levantamiento de la Feria por jurisdicciones.

conflictos que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia».

De esta manera, la Asamblea de la Unión Internacional contempla, en un principio, el pronunciamiento al que se arribó en el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, 2001), donde se destacó como fin primordial del Notariado «servir a la prevención de los conflictos y litigios, a la descongestión de la Jurisdicción del Estado y a la salvaguarda de la paz jurídica y social».

El notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes del servicio de manera imparcial e independiente. Imparcialidad en la que, dentro de un profundo respeto a las libertades individuales constitucionalmente reconocidas, asume un rol dinámico que amerita brindar un oportuno asesoramiento a cada interviniente, a fin de lograr la real comprensión de los intereses y consecuencias del acto, para equiparar a cada interviniente del requerimiento del servicio notarial en la negociación y celebración de un acto.

Asimismo, representa una herramienta inigualable para todo estado jurídicamente organizado, no solo en tiempos de emergencia sanitaria —como se ha registrado en diversos países que integran la citada organización internacional (UINL)—, sino durante la anhelada *normalidad* de toda estructura jurídica.

Es esencial destacar que la función notarial difiere sustancialmente de la del juez. El notario, no juzga ni resuelve contiendas sino que, mediante su actuación neutral, ayuda a las partes en conflicto a lograr la autocomposición del litigio que las enfrenta, sin que con ello se convierta en un juez preventivo¹⁴. Carece de *imperium* para ordenar la realización práctica o el cumplimiento de lo acordado en las declaraciones obrantes en la escritura pública autorizada, razón por la cual, en caso de incumplimiento del acuerdo, la parte interesada debe promover el reclamo correspondiente.

Por lo tanto, toda competencia que se atribuya al notariado ha de corresponder con el ejercicio de su función pública fedante, distante de controversias relevantes.

¹⁴ Esta diversidad de situaciones se puede visualizar en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, en autos «Ocampo, Alessio Matías Yair c/ BGH S.A. s/ Despido», CNT 46778/2014/1/RH1, 10/09/2020, cuando reconoce que el art. 241 de la Ley de Contratos de Trabajo (Ley 20.744 sancionada el 05/09/1974, publicada en el Boletín Oficial el 27/09/1974) establece expresamente la posibilidad de que la extinción contractual se produzca «mediante escritura pública» y añade que la necesidad de la homologación solo es requerida por el art. 15 de la citada ley para los «acuerdos, transacciones, conciliatorios o liberatorios».

IV. PRINCIPIO DE ROGACIÓN JURISDICCIONAL

La existencia de un *elemento controvertido*, siempre ha sido un factor esencial en la línea divisoria entre lo jurisdiccional judicial y lo extrajudicial¹⁵. El principio de justicia rogada, en consonancia con el poder dispositivo motivado por la voluntad de las partes que destaca el Tribunal Constitucional, debe establecerse y ponderarse, inevitablemente, para dirimir aquellas materias que deben mantenerse en la órbita judicial de lo que puede extraerse de ese ámbito, al menos como alternativa.

Lo expuesto no es una petición innovadora, es atenernos a la filología legal, a su esencia y finalidad. Así es como se sentaron las bases —que aún hoy perviven—, para la organización del Poder Judicial de la Nación en la República Argentina, cuyo artículo 2.º de la Ley 27 establece que la justicia nacional *«nunca procede de oficio y solo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte»* (el destacado fue agregado). Esta clara y terminante disposición normativa, se encuentra aún vigente, pese a la consideración omisa, que de ella se hace, por parte de algunas corporaciones profesionales operadoras del derecho.

No obstante ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado recientemente este principio procesal fundamental¹⁶. El Ministro de la Corte Horacio Rosatti predica en su voto en los autos «Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza» que el accionar del máximo Tribunal se encuentra condicionado a la presentación de «casos justiciables», lo cual se configura cuando concurren dos recaudos:

- tratarse de una controversia que persiga la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo o inmediato atribuible al litigante; y
- la causa no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo prematuro o que hubiera devenido insustancial.

El magistrado Carlos F. Rosenkrantz —en sus fundamentos vertidos en los autos antes citados—, amplía el concepto y aclara que no puede haber caso sin contraparte respecto de la cual exista una controversia actual que deba ser saldada para resolver una colisión de intereses o derechos. Y recuerda que «en nuestro sistema constitucional la existencia de un caso judicial es una precondition para

¹⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que «para que haya caso contencioso, en el sentido del art. 2 de la ley federal n.º 27, se requiere una controversia entre partes que respectivamente afirman y contradicen sus pretendidos derechos». Autos: «Ferrocarriles del Estado». Fallos: 186:414.

¹⁶ CSJN, en autos «Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza». CSJ 353/2020/CS1. 24/04/2020.

la intervención de los tribunales nacionales y constituye un requisito *sine qua non* de su accionar (artículo 116, Constitución Nacional; artículo 2.º, ley 27). ... Tan central resulta la concurrencia de un «caso» que su existencia es comprobable de oficio y, en cualquier estado del proceso que, como ha sostenido esta Corte, su desaparición importa también la desaparición del poder de juzgar (doctrina de Fallos: 340:1084; 341:1356; 342:853, entre otros)».

V. SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica tanto sustancial como formal, se traduce en la configuración de instrumentos precisos, la existencia de negocios válidos, con una eficacia privilegiada, ajustados al ordenamiento jurídico, evitándose múltiples controversias a fin de lograr la normal y extrajudicial realización del derecho.

Para que la seguridad jurídica exista, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, es preciso contar con un Poder Judicial eficiente que vele por su cumplimiento, amparando los derechos de los ciudadanos en caso de verse conculcados, máxima garantía en un Estado de Derecho. Pero ese Estado, debe arbitrar los medios necesarios para prevenir en la medida de lo posible o facilitar su resolución, en caso de que surjan.¹⁷

La verdadera seguridad a la que aspiran los ciudadanos es aquella que le permite desenvolver sus conductas y relaciones jurídicas en libertad, con respeto a la autonomía de su voluntad bajo el amparo de la ley, gozar de la protección del ordenamiento jurídico sin necesidad de la intervención de los jueces. Con la virtud de que, si surgieran inevitablemente cuestiones litigiosas, se cuente con herramientas adecuadas para la justa aplicación y acreditación de los derechos, que agilice la resolución del conflicto.

Para que haya seguridad en el tráfico jurídico privado deben circular documentos válidos y eficaces que contengan negocios ajustados a la ley y reúnan los requisitos personales, reales y formales previstos.

En la consecución de la seguridad jurídica preventiva y tutelar en el ámbito del tráfico jurídico privado, la verdadera esencia de la función notarial (donde radica su función social), consiste, no tanto, en preconstituir medios de prueba o títulos ejecutivos de cara a un eventual proceso, sino en evitar que ese proceso se produzca¹⁸.

¹⁷ Conf. ARMELLA, Cristina Noemí; COSOLA, Sebastián Justo; ESPER, Mariano; GUARDIOLA, Juan José; LAMBER, Néstor Daniel; MOREYRA, Javier Hernán; OTERO, Esteban Daniel; SABENE, Sebastián E.; SALIERNO, Karina Vanesa; SCHMIDT, Walter César; ZAVALA, Gastón Augusto; *Emergencia, pandemia, tecnología y notariado*. Argentina: Rubinzal — Culzoni. Cita: RC D 2091/2020. 2020.

¹⁸ Conf. FERNÁNDEZ EGGA, María Ángeles; *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*, p. 131. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2015.

El gran maestro RODRÍGUEZ ADRADOS, recuerda la conocida expresión de D'Orazi Flavoni «el negocio perfecto en el documento perfecto», donde destaca que los litigios nacen de los conflictos, impedir que el conflicto surja, hará que los litigios necesariamente disminuyan¹⁹. El notariado está tan fuertemente vinculado a la Justicia civil que ambos, fundamentalmente, comparten la misión de encauzar las relaciones jurídico-privadas de la vida en sociedad conforme al Derecho y a la Justicia, dejando su protagonismo a los ciudadanos y a su libertad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARMELLA, Cristina Noemí; COSOLA, Sebastián Justo; ESPER, Mariano; GUARDIOLA, Juan José; LAMBER, Néstor Daniel; MOREYRA, Javier Hernán; OTERO, Esteban Daniel; SABENE, Sebastián E.; SALIERNO, Karina Vanesa; SCHMIDT, Walter César; ZAVALA, Gastón Augusto; *Emergencia, pandemia, tecnología y notariado*, Rubinzal – Culzoni, Argentina, 2020. Cita: RC D 2091/2020.

BORDA, Guillermo A.; *Tratado de derecho civil. Parte General*, T. I, Perrot, Buenos Aires, 1987.

FERNÁNDEZ EGEA, María Angeles; *La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2015.

LALAGUNA, Marta; «STC de 15 de junio de 2020: Una sentencia favorable al principio de autonomía de voluntad de las partes y a los medios alternativos de solución de controversias», *cms.law/es* [en línea], 2020 [fecha de consulta: 18/09/2020]. Disponible en: <https://cms.law/es/esp/publication/stc-de-15-de-junio-de-2020-una-sentencia-favorable-al-principio-de-autonomia-de-voluntad-de-las-partes-y-a-los-medios-alternativos-de-solucion-de>.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, Perrot, Buenos Aires, 1986.

MANZANEDO, Fernando y TALLÓN, Fernando; «Un respaldo decisivo al arbitraje en España», *Diario Cinco Días* [en línea], 6 de julio de 2020 [fecha de consulta: 18/09/2020]. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/07/06/opinion/1594034501_587460.html.

RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS; «Espaldarazo para el arbitraje en España», *ramon-ycajalabogados.com* [en línea], 26 de junio de 2020 [fecha de consulta:

¹⁹ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; «Jurisdicción civil y notariado». En: *Estudios acerca de la reforma de la justicia en España*. Revista Jurídica del Notariado n.º 51. Madrid: julio-septiembre 2004. ISSN: 1132-0044.

18/09/2020]. Disponible en: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/es-paldarazo-para-el-arbitraje-en-espana>.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; *Jurisdicción civil y notariado*, en «Estudios acerca de la reforma de la justicia en España», *Revista Jurídica del Notariado* n.º 51, Madrid, julio-septiembre 2004.

SEGOVIA, Lisandro; *Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, T. I, Imprenta de Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1881.

*(Trabajo recibido el 02/09/2020
y aceptado para su publicación el 01/10/2020)*

RECENSIONES

DERECHO DE SOCIEDADES. LOS DERECHOS DEL SOCIO / COMPANY LAW. SHAREHOLDER RIGHTS

Directoras: GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén/
COHEN BENCHETRIT, Amanda

Valencia, Tirant lo Blanch, 2020

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

Catedrático Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia

1. Dentro de los diversos sectores que forman parte del moderno Derecho mercantil, corresponde al Derecho de sociedades una posición de evidente predominio. No se trata de afirmar con ello —sería improcedente— una hipotética «superioridad» del mismo frente a materias, por otra parte tan relevantes, como son el Derecho de contratos mercantiles, el Derecho de la competencia o el Derecho concursal, por limitarnos a enunciar algunas de las más características. Lo cierto es, no obstante, que en la fragmentación sistemática de la disciplina jurídico-mercantil, producida desde hace tiempo por razones de todos conocidas, muestra el Derecho de sociedades una notable coherencia y una llamativa unidad conceptual.

A la vez resulta notoria en muy diversos ordenamientos la *vis expansiva* de la materia societaria, sobre todo si nos situamos en el ámbito de las sociedades mercantiles (verdadero núcleo de la disciplina); y es que la regulación de ciertas personas jurídicas, ya sean de base asociativa, como las cooperativas, o puramente institucional, como las fundaciones, ha experimentado en las últimas décadas una llamativa evolución precisamente derivada de la significativa influencia que, a tal efecto, ha de atribuirse al régimen jurídico de las sociedades mercantiles, sobre todo las de naturaleza capitalista.

Se comprende, así, la proliferación de las publicaciones relativas al Derecho de sociedades, por lo común centradas en temas particulares, como consecuencia, entre otros extremos, de la incesante demanda de respuesta a los numerosos y diversos supuestos conflictivos que se viven, de continuo, en aquellas empresas, sin

duda las más numerosas, de las que resulta titular una sociedad. Se comprende, de igual modo, la frecuencia con la que se organizan encuentros y jornadas que toman, por referencia central, el tratamiento de específicas cuestiones societarias, bien derivadas de alguna reforma legislativa (de escasa presencia, por lo demás, en los últimos tiempos frente a lo sucedido en épocas no lejanas), bien consecuencia de su relieve en el tráfico empresarial cotidiano, sin perjuicio, claro está, de otros motivos de distinto orden.

Frente a este planteamiento singular, también es apreciable en nuestro país la tendencia a organizar reuniones de mayor alcance y de más ambicioso programa. Dentro de éstas, destaca, con particular relieve, el congreso de Derecho de sociedades que, desde 2017 y con carácter anual, se celebra en Málaga, más concretamente, en la Facultad de Derecho de su Universidad, gracias al decidido impulso del Departamento de Derecho mercantil, bien coordinado a estos efectos por el profesor Juan Ignacio Peinado. El congreso de Málaga, que se ha convertido en tan escaso tiempo *nemine discrepante* en un «clásico» de nuestra disciplina, se distingue por diversas características que conviene destacar: de una parte, aun surgido en el ámbito académico, se ha convertido en un lugar de encuentro, no sólo para los profesores universitarios, sino también para todos aquellos sectores profesionales directamente relacionados con la práctica societaria. De esa plural concurrencia (abogados, jueces, notarios, registradores) sólo cabe obtener resultados positivos, tal y como habrán apreciado en las sucesivas ediciones del congreso sus muy numerosos asistentes.

Pero, de otra parte, hay una segunda característica del congreso de Málaga que conviene destacar y de la que, precisamente, se deduce la presente reseña. Hasta la fecha, y ojalá siga siendo así en el futuro, todos los congresos han conseguido plasmar su amplia actividad en libros de tomo y lomo, como bien saben los que, por razones investigadoras o profesionales, se ven impelidos a la consulta de la amplia bibliografía societaria disponible entre nosotros. Se trata, por lo común, de obras bien editadas, correctamente organizadas, desde el punto de vista sistemático, y por lo común centradas con carácter monográfico en ámbitos significativos y precisamente delimitados del Derecho de sociedades, lo que acrecienta el interés de los estudiosos.

2. En la presente ocasión, el libro que nos ocupa es el resultado del congreso celebrado en 2019 y que tuvo como tema central de referencia los derechos del socio. Así se plasma en el título de la obra, sin perjuicio de que, de acuerdo con lo habitual entre nosotros, se trate mayoritariamente de los derechos del socio de una sociedad de conformación capitalista. Como en anteriores entregas, el libro reseñado ha sido dirigido por las profesoras María Belén GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y Amanda COHEN BENCHETRIT, actuando como coordinadoras las también profesoras Patricia MÁRQUEZ LOBILLO, María Teresa OTERO COBOS y Zofia BEDNARZ, todas ellas pertenecientes a la Universidad de Málaga. Se trata de una obra extensa y minuciosa (supera holgadamente las mil páginas) y lleva un exhaustivo prólogo del profesor Juan Ignacio Peinado Gracia, que, con variadas y pertinentes citas

literarias, informa adecuadamente al lector sobre su razón de ser y sobre su contenido esencial.

No es fácil dar el debido tratamiento a una materia tan extensa, seguramente propicia para la elaboración de un detallado a la vez que ambicioso tratado; pero quizá el formato del congreso, por la amplitud y variedad de los que en él intervienen, resulte idóneo a tal fin, en cuanto que sirve para dar cuenta y razón no sólo del «estado del arte», sin cuya precisa exposición no puede haber aportación doctrinal segura, sino también para objetivar las cuestiones disputadas, así como para bosquejar, finalmente, las tendencias evolutivas y los temas del futuro.

En el caso de libro reseñado, la materia que constituye su razón de ser, es decir, los derechos del socio, tiene la ventaja de contar con una base normativa nítida, aunque pueda ser considerada no exhaustiva, según se deduce, entre otros preceptos, de lo que dispone, desde su mismo enunciado, el art. 93 LSC. Al mismo tiempo, es sumamente rica, desde antiguo, la aportación doctrinal, y no faltan pronunciamientos jurisprudenciales de diverso alcance, idóneos en todo caso para aclarar y resolver las numerosas dudas que la diversidad de supuestos plantea.

En esa rica conjunción de elementos auxiliares para el adecuado encauzamiento de los conflictos y problemas suscitados por los, así llamados, «derecho del socio», se echa en falta un preciso análisis dogmático de esa misma fórmula, consagrada, como se acaba de advertir, en el propio Derecho positivo. De este modo, y antes que hablar, sin mayores matizaciones, de forma tan genérica, quizá fuera conveniente meditar sobre la entera posición jurídica del miembro de una sociedad (no sólo mercantil, aunque sobre todo de esa naturaleza), para distinguir y, en su caso, separar los diversos elementos que la componen. Y, dentro de los que reflejan posibilidades activas, para determinar, en cada caso, la noción jurídica idónea que permita comprender debidamente su sentido y su razón de ser.

Calificar a todas esas posibilidades como «derechos», aun teniendo tal postura a su favor razones de diverso orden, no termina de ser una opción dogmática enteramente correcta, al menos como punto de partida; y es que, como resulta evidente, además del derecho subjetivo, propiamente dicho, encontramos en el repertorio de conceptos del Derecho privado otras nociones, como las facultades o las potestades, dotadas de cierta especificidad y susceptibles, al mismo tiempo, de explicar con mayor exactitud jurídica cada una de las posibilidades activas atribuidas al socio.

La labor procedente, entonces, sería la de decidir en qué categoría conceptual deberían encuadrarse los distintos supuestos o figuras que hoy denominamos, sin más, derechos, para, seguidamente y por último, llevar a cabo el estudio de su particular régimen jurídico, lo que, quizá —es sólo una hipótesis— podría depa-
rarnos más de una sorpresa.

Hecha esta salvedad, derivada de una apreciación jurídica genérica, que, como tal, sólo puede constituir un motivo de reflexión dogmática, procede exponer sin dilación el contenido esencial del libro reseñado, que aparece dividido en tres partes: la primera (pp. 61-238) se titula «sobre los derechos del socio en general»; la segunda, con diferencia la más extensa (pp. 243-1080), comparece bajo la rúbrica «sobre los derechos del socio en particular»; la tercera y última (pp. 1085-1305) responde a la fórmula «sobre los derechos del socio en situaciones particulares». Completado este elenco de materias con muy útiles índices (analítico y de autores, además del correspondiente sumario inicial), se aprecia en la sistemática descrita una clara línea metodológica, que parte de la materia estudiada en su conjunto, para desglosar y tratar individualmente, después, sus distintos componentes; se llega, por último, a una nueva zona de especialidad, si bien en este caso no derivada de un concreto derecho, sino de un evento societario específico donde se ponen de manifiesto circunstancias susceptibles de singularizar, aún más, su peculiar contenido.

Por el elevado número de estudios (casi sesenta) recopilados en la obra analizada, se me disculpará que me refiera a los autores sólo nominalmente y que, por evidentes razones de espacio, no mencione en la mayor parte de los casos el título íntegro de cada trabajo, limitándome a señalar los temas considerados por cada autor. Así, y por lo que a la primera parte de la obra se refiere, encontramos un variado elenco de aportaciones, que van desde el estudio de la realidad jurisprudencial de los derechos del socio (Pedro-José VELA TORRES), hasta su operatividad en el ámbito digital, con el derecho a solicitar copia impresa (Ángela María PÉREZ RODRÍGUEZ), pasando por su relación con esos documentos tan relevantes para la organización y el funcionamiento de las sociedades que son los pactos parasociales (Antonio F. GALACHO ABOLAFIO).

Del mismo modo, y en este contexto de tratamiento general de los derechos del socio, hay que aludir a las aportaciones que se ocupan de los mecanismos idóneos para su tutela, como pueden ser las pólizas de seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos (Elena PÉREZ CARRILLO), la renovada vigencia de la jurisdicción voluntaria (Eduardo SÁNCHEZ ÁLVAREZ), las garantías financieras sobre acciones (María Isabel CONTRERAS DE LA ROSA) o, en el contexto de los grupos, las particulares exigencias relativas al ejercicio de la dirección unificada en esa singular modalidad de empresa (Patricia MÁRQUEZ LOBILLO). Y todo ello, sin ignorar la consideración del socio en el contexto de la minoría, en relación, por ejemplo, con el ejercicio de la acción social de responsabilidad (Mánuel GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ).

El estudio de los derechos del socio en particular, del que se ocupa la segunda parte del libro, permite e, incluso, favorece el análisis individualizado de cada uno de ellos, siguiendo el curso de lo dispuesto en el art. 93 LSC y continuando por otros derechos situados al margen de dicha norma. En este sentido, y como punto de partida, encontramos varias aportaciones sobre el derecho al dividendo, que incluyen consideraciones de orden genérico, en el contexto de su evolución

reciente (María Ángeles ALCALÁ DÍAZ), así como referencias específicas, relativas a asuntos de máximo interés, como el usufructo de acciones, considerado en general (Mónica MARTÍN DE VIDALES GODINO), y en relación con los *scrips dividends* (Enrique SANJUÁN Y MUÑOZ), la incidencia del concurso en el derecho (Luis HERNANDO CEBRIÁ) o la retribución al socio mediante la devolución de la prima de emisión (Jorge MOYA BALLESTER).

Corresponde el turno, a continuación, al derecho al voto, quizá la facultad del socio más estudiada en el libro. La mayor parte de las contribuciones se refieren al ejercicio del mismo, con particular referencia a las reglas de presunción y deducción del voto (Javier GARCÍA DE ENTERRÍA), al accionista que sea parte vinculada (Nerea IRÁCULIS ARREGUI), al significado, a tal efecto, de un pacto parasocial (Marta CERVERA MARTÍNEZ), al relieve derivado de un posible conflicto posicional (Paula DEL VAL TALENS) o al significado de este derecho en el contexto del acta notarial de la Junta (Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA). El omnipresente mundo digital hace su aparición también aquí, con dos trabajos distintos, uno relativo al uso de la tecnología *blockchain* (Zofia BEDNARZ) y otro referido a la convocatoria, asistencia y votación por medios telemáticos (José Miguel CORBERÁ MARTÍNEZ).

Las aportaciones restantes en este ámbito se refieren a cuestiones de orden heterogéneo, pero de igual interés, como son la inscribibilidad de las modificaciones estatutarias relativas al derecho de voto (Juana CUADRADO CENZUAL), la tutela del socio ante la propuesta de adquisición y enajenación de activos esenciales (Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL) y la imposición abusiva de acuerdos sociales por la mayoría como causa de impugnación (Amador NAVARRO MORALES).

Seguidamente, se pasa revista al derecho de información, que incluye estudios dedicados al ejercicio del derecho, en diferentes contextos, así como reflexiones de alcance más general. Entre los primeros, cabe citar el relativo a la vertiente procesal del derecho que nos ocupa en el contexto de la impugnación de acuerdos (Antonio CABA TENA), la información contable como mecanismo de control de los minoritarios (Antonio LÓPEZ RODRÍGUEZ), la negativa a proporcionar información a propósito de los ordenamientos español e italiano (María Teresa OTERO COBOS), o la designación del auditor por la minoría en las sociedades de capital (Rafael JORDÁ GARCÍA). La «cuota digital» se refiere, en la presente ocasión, a la convocatoria de la junta general de sociedades no cotizadas a través de la página web (Altea ASENSI MERÁS), y concluye la sección con una meditación sobre la transparencia en las sociedades (Francisco VEGA AGREDANO).

Al «derecho de arrastre» (quizá, más bien, una potestad), no reconocido normativamente, pero muy vivo en la realidad estatutaria, se le dedican dos estudios: el primero de ellos lo sitúa en el contexto de las modificaciones estructurales (Manuel GONZÁLEZ-MENESES), en tanto que el segundo lo trata, junto con el «derecho de acompañamiento» (para el que quizá sirva la misma calificación jurídica), en el ámbito del *Equity Crowdfunding* (María José VERDÚ CAÑETE).

Por su parte, tres son los trabajos que se ocupan del derecho de suscripción preferente, centrados, el primero, en su significado y evolución histórica en las sociedades de capital (Iñaki ZURUTUZA AGIRITA), y los otros dos en la órbita, siempre relevante, de su exclusión, según su alcance (Inmaculada SOLAR BELTRÁN), o en relación con determinados aumentos de capital (Diego Eusebio NAVARRO LÓPEZ).

El derecho de separación merece considerable atención en el libro, destacando, entre las correspondientes aportaciones, aquellas dedicadas al análisis del art. 348 bis LSC, fundamentalmente alrededor de la disponibilidad y eficacia del precepto (Esperanza GALLEGO SÁNCHEZ, Rafael ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Aránzazu PÉREZ MORIONES); y ello, naturalmente, sin perjuicio de otros planteamientos referidos, bien a la vertiente jurídico-contable del supuesto (Eduardo MIRANDA RIBERA), bien a las analogías y diferencias con la impugnación de acuerdos sociales desde una perspectiva comparada (Eliseo SIERRA NOGUERO).

Otras contribuciones al estudio del derecho de separación aparecen orientadas, por lo común, alrededor de la causa que le da soporte y fundamento. Se estudia, así, la separación por justa causa (Salvador TORRES RUIZ), por la alteración de la obligación de realizar prestaciones accesorias (Marina VÁZQUEZ ESTEBAN), por reactivación de la sociedad disuelta (Ignacio RABASA MARTÍNEZ) o por modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales (Andrea GARCÍA MARTÍNEZ). Hay tres estudios, finalmente, que tienen una dimensión genérica, susceptible de aplicarse a todos los supuestos reconocidos: el primero de ellos analiza el ejercicio abusivo del derecho (Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA), el segundo se dedica a la determinación del momento en que se pierde la condición de socio (Amanda COHEN BENCHETRIT) y el tercero a la valoración y reembolso de las participaciones o acciones del socio que se separa (Petra M. THOMAS PUIG).

Sólo un trabajo aparece referido al derecho a la cuota de liquidación, específicamente dedicado a analizar la responsabilidad del socio ante el pasivo sobrevenido cuando percibe la cuota de liquidación en especie (Nikolas AUGOUSTATOS ZARCO).

La tercera parte de la obra, como sabemos, aparece circunscrita al tratamiento de los derechos del socio en situaciones particulares. Al importante sector de las modificaciones estructurales, como asunto inicial, se dedican tres trabajos referidos, respectivamente, a la posición del socio en las distintas modalidades de dicha categoría (Francisco Javier GONZÁLEZ DEL VALLE GARCÍA), a la defensa del minoritario en la fusión (Augusto PIÑEL RUBIO) y a la vertiente tributaria del asunto en el marco del impuesto de sociedades (Miguel GUTIÉRREZ BENGOCHEA).

La segunda situación particular considerada es la que se deriva del conocido fenómeno del *Crowdfunding*, gracias a estudios relativos a la posición del socio no acreditado (Mercedes SÁNCHEZ RUIZ), a los socios con participación significativa

en las plataformas (Fernando DE LA VEGA GARCÍA), a los pactos parasociales en el *Equity Crowdfunding* (Inmaculada GONZÁLEZ CABRERA), a la figura del *Nominee*, como nueva modalidad de inversión en *Crowdfunding* (Beatriz FONTICIELLA HERNÁNDEZ), así como, en fin, a los límites de inversión y protección del inversor, comparando la situación de Estados Unidos y España (Esperanza PASTOR NÚÑEZ DE CASTRO).

La última sección de esta parte se ocupa de los derechos del socio en sociedades especiales y otros entes. Se analizan aquí, en primer lugar, los derechos de los socios en el contexto de un fondo de inversión (Carmen Lorena ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA), para considerar, seguidamente, el régimen jurídico del socio fundador en las *Start-ups* (Vicente GIMENO BEVIÁ), y, finalmente, la privación al socio de una sociedad anónima deportiva de sus derechos políticos por infracción del régimen de adquisición de acciones (Segismundo TORRECILLAS LÓPEZ).

3. Hasta aquí el contenido, sumariamente expuesto, del libro sobre los derechos del socio, derivado del congreso sobre Derecho de sociedades celebrado en Málaga el año pasado. Hubiera merecido la pena dedicar más atención a cada uno de los trabajos recopilados en la obra con el fin de destacar su relieve y proseguir, en la medida de lo posible, el esfuerzo analítico de los autores con el objetivo, según recordaba el maestro de Girón en el prefacio de su obra magna sobre nuestra materia, de «conseguir un poco más de saber objetivo, con el esfuerzo de todos». A pesar de este esquematismo, confío, no obstante, en que la breve presentación a la que se contrae esta reseña pueda servir al lector para hacerse idea cabal del libro y, sobre todo, para mostrar el considerable interés que atesoran sus distintos apartados.

Resulta obligado, por ello, felicitar sinceramente a los autores por la obra lograda, que enriquece nuestro Derecho de sociedades y contribuye a su evolución y desarrollo. Mención especial merecen, del mismo modo, las profesoras GONZÁLEZ FERNÁNDEZ y COHEN BENCHETRIT, por su excelente desempeño como directoras del libro reseñado, tarea en la que se han visto auxiliadas por la colaboración de las también profesoras MÁRQUEZ LOBILLO, OTERO COBOS y BEDNARZ. Gracias a su esfuerzo, que reproduce y actualiza el llevado a cabo en entregas anteriores, podemos disponer de una obra valiosa que, a buen seguro, se convertirá en un trabajo de referencia en relación con la materia objeto de análisis.

Sólo cabe esperar, en conclusión, que se pueda proseguir en el inmediato futuro con la importante labor que suponen tanto la celebración anual en Málaga del congreso sobre Derecho de sociedades, como la edición de las ponencias y comunicaciones que a él se presentan. Y ello, en un momento, como el actual, en el que tantas iniciativas valiosas se detienen o incluso se pierden, sin que resulte posible su prosecución. No veo, sin embargo, razones para el pesimismo y sí, más bien, a favor de un confiado optimismo, dado que el equipo de mercantilistas de Málaga, que, con la eficaz coordinación del profesor PEINADO, hace posible esta valiosa aventura, ha interiorizado el «vehemente imperativo de continuidad» del que nos

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

habló ORTEGA; se evitan, de este modo, las nefastas consecuencias del adanismo y de la voluntad de comenzar desde cero, oportunamente censuradas por Julián MARÍAS y tan frecuentes, por desgracia, entre nosotros. Estoy convencido de que no será así por el bien del Derecho de sociedades y por el de quienes, desde diversas perspectivas, se interesan por su estudio, difusión y conocimiento.

*(Trabajo recibido el 12/07/2020
y aceptado para su publicación el 17/07/2020)*

EL INVENTOR ARTIFICIAL. UN RETO PARA EL DERECHO DE PATENTES / ARTIFICIAL INVENTOR. A CHALLENGE FOR PATENT LAW

Autor: LUZ SÁNCHEZ GARCÍA

Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 188

GONZALO DAMIÁN MONTOYA ALCOCER

Abogado y Politólogo

*Titular de la Beca Doctoral de la Fundación de Promoción de la Investigación
José Luis de Oriol — Catalina de Urquijo*

1. La obra que nos ocupa, cuya autoría corresponde a Luz SÁNCHEZ GARCÍA, Profesora de la Universidad Católica San Antonio de Murcia, desarrolla un enfoque riguroso y bien documentado en torno a la interesante figura del inventor artificial, término que da título a este trabajo en referencia a la innovación emanada de una inteligencia no procedente del ámbito natural. Esta monografía, estructurada en cuatro capítulos, plantea los eventuales problemas de carácter jurídico, especialmente en relación con el Derecho de Patentes, que conlleva el tratamiento clásico de las invenciones cuando estas se producen por entes artificiales, proponiendo un marco novedoso para su adecuada protección.

2. Desde el inicio de la misma, tras un interesante prólogo de la Profesora de la Universidad de Murcia, Rosalía ALFONSO SÁNCHEZ, la autora enmarca la actualidad de la cuestión propuesta en la denominada *Artificial Invention Age*, era en la que la colaboración entre máquinas y humanos resulta clave, en línea con la resolución de problemas por parte de las primeras, una vez que estos se han detectado y concretado, por parte de los segundos.

3. El primero de los capítulos, dedicado a la inteligencia artificial y la robótica, procura delimitar, histórica y conceptualmente, la primera de las mismas, revisando sus categorías; y establece, respecto de la segunda, que la robótica constituye la rama que mejor se adecua, en principio, a la esfera de la invención llevada a cabo por un ente artificial. En esta línea, aborda el estado de la regu-

lación de la cuestión en el ámbito internacional, especialmente en los aspectos civiles, que han sido objeto de un mayor desarrollo.

4. Para ello, en su primera parte lleva a cabo una aproximación a la propia inteligencia artificial, presentando los datos existentes sobre la misma, claramente crecientes en las últimas dos décadas, tanto en relación con el desarrollo industrial, como con la investigación en la materia. Presenta sus antecedentes y evolución como disciplina científica, tratando del origen de su concepto en la década de los cincuenta del pasado siglo, su década dorada a partir de finales de los noventa y su desarrollo más reciente, a través de múltiples ejemplos muy ilustrativos, alguno de ellos incluso inquietante, en cierto modo, por su imparable progreso. También delimita el concepto de inteligencia artificial y sus ramas, presentando una interesante y útil clasificación al respecto, estructurada en sistemas que piensan como humanos, —enfoque cognitivo—; que piensan racionalmente, —enfoque racional—; que actúan como humanos, —enfoque de la Prueba de Turing—; y que actúan racionalmente, —enfoque del agente racional—.

5. En la segunda parte de este primer capítulo, relativa a los desarrollos normativos sobre robótica, como categoría de inteligencia artificial, se presenta el concepto de robot como dispositivo susceptible de realizar tareas previamente reservadas a los humanos, cuya regulación deberá incidir en el futuro reciente en cuestiones clave como la responsabilidad penal, la personalidad jurídica, la privacidad y la propiedad intelectual. Respecto al panorama comparado del sector de la robótica, la autora presenta la situación en países punteros en la materia como Corea del Sur, que cuenta desde 2007 con una Carta Ética de Robótica y desde 2008 con una Ley de Promoción del Desarrollo y Distribución de Robots Inteligentes; Japón, que por su parte, introdujo en 2015 su *Robot Revolution Initiative* a través de la Estrategia de Robótica Japonesa, con el fin de mantener su estatus de potencia en el sector; y Estados Unidos, destacando su Iniciativa Nacional de Robótica.

6. En referencia a la relación entre la robótica y el Derecho Civil, en orden a una futura regulación europea al respecto, la autora aborda los trabajos de la Unión Europea en la materia desde 2012, los cuales confluyen en la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, relativa a la necesidad de regular la nueva realidad tecnológica, a los principios y límites de su regulación, a la investigación e innovación en robótica, a sus principios éticos, a la correspondiente protección de datos personales y especialmente, a la responsabilidad civil de los robots.

7. En el segundo capítulo, referente a los agentes inteligentes artificiales, la autora propone el concepto de estos agentes en atención a la capacidad de los mismos para ser titulares de derechos y deberes y, por tanto, a su posible condición de inventores; y remarca la capacidad de iniciativa y de toma de decisiones como principales elementos de la figura. Respecto a la conciencia de la propia existencia, los agentes inteligentes artificiales, actualmente, carecen de la misma y se torna complejo que la posean en el futuro cercano. Se atiende también a su

toma de decisiones autónoma, lo que unido a su falta de voluntad y «sintiencia», entendida como capacidad de sentir, sufrir o disfrutar de las cosas, refrenda la falta de conciencia de estos agentes.

8. Respecto a la caracterización jurídica de estos agentes inteligentes artificiales, la Profesora Sánchez lleva a cabo una aproximación a la cuestión mediante el análisis de la condición de persona, de la personalidad jurídica de las sociedades, del tratamiento jurídico de los animales, de la subjetivación de las cosas y del estatus de esclavo. Aborda la pretendida «personalidad electrónica» de estos agentes, que debería ser entendida como una especie de personalidad jurídica con un carácter meramente funcional y cuya regulación atendería, entre otras múltiples cuestiones, a la responsabilidad por los daños que el agente artificial pudiera causar. A este respecto, la autora expone, muy acertadamente, los muchos y complejos problemas que la aceptación de esta personalidad electrónica traería consigo. Para finalizar este capítulo, se analiza a estos agentes inteligentes como entes intermedios entre la idea de sujeto y de instrumento, analizando su consideración como centros de imputación de actuaciones, en lugar de como personas.

9. En el tercer capítulo, relativo al agente inteligente artificial como generador de invenciones, es decir, al inventor artificial, la autora propone la incorporación de esta nueva categoría de inventor a nuestro sistema de patentes, lo cual permitiría incluir las invenciones producidas por estos agentes entre las susceptibles de patentarse. A propósito de esta cuestión, analiza si estas invenciones deben ser protegidas por patente, exponiendo claramente cuál sería el objeto de esta protección.

10. La autora plantea la cuestión del agente inteligente artificial entendido como autor, señalando que ya desde la década de los sesenta, en el ámbito de la propiedad intelectual, se han sucedido intentos de registro de creaciones artísticas generadas por ordenadores, surgiendo aquí el punto clave relativo a si estos agentes pueden ser creativos o no, pues aun admitiendo que una obra generada por estos pueda ser objeto de protección jurídica, resulta controvertido que el ente en cuestión deba ser reconocido como inventor de la misma. En este sentido, en cuanto al carácter del agente artificial como inventor, surge la cuestión de la imposibilidad actual de registrar una invención generada por el mismo, al carecer de la condición de persona.

11. Este capítulo tercero concluye con la referencia al agente inteligente artificial como inventor artificial, exponiendo la autora que estos agentes podrían ser considerados inventores cuando hubieran participado en la propia concepción de la invención, es decir, en el caso de que hubieran conformado la idea completa de la misma, definiéndola entera y permanentemente, aportando la solución a un problema de carácter técnico, sin recibir ninguna instrucción para ello. También se les podría considerar inventores cuando hubieran concebido el objeto de, por lo menos, una reivindicación de la patente, pero no cuando solo pongan en práctica el invento o cuando conciban el resultado final pero no la idea de cómo lograrlo, o cuando habiendo descubierto un problema, no hayan contribuido a su solución.

12. Para la Profesora SÁNCHEZ GARCÍA, en el momento en que un concreto agente inteligente artificial, actuando de forma autónoma, sea clave en el desarrollo de la solución de carácter técnico a un problema del mismo tipo, debería poder ser parte actora en el propio proceso inventivo, es decir, constituirse como inventor artificial, lo que implica que el mencionado agente ha contribuido activamente a formular la solución completa y definitiva del problema objeto de resolución. En cualquier caso, esta nueva categoría de inventor es reconocida para estos agentes artificiales en cuanto «cosas que producen efectos», que carecen del derecho moral a ser reconocidos como inventores y como requisito formal para identificar el auténtico centro de imputación de la actividad inventiva en cuestión que, a su vez, permite la localización de las actuaciones que han derivado en la invención y, además, concretar al ser humano supervisor.

13. La aproximación a estos agentes como inventores artificiales se lleva a cabo en el libro desde la mencionada condición de centros de imputación de actuaciones, constituyendo estos, por tanto, objetos capaces de intervenir para generar invenciones nuevas. Esta propuesta no requiere el reconocimiento de personalidad para los agentes inteligentes artificiales pero, sin embargo, permite proteger sus resultados, con el fin de establecer un criterio de atribución de obligaciones y derechos derivados de estos. La categoría de inventor artificial contribuye, según SÁNCHEZ GARCÍA, a distinguir entre las personas que, realmente, han participado activamente en la invención y las que solo pretenden la protección jurídica, que la patente otorga en relación a una invención verdaderamente generada por un agente inteligente artificial.

14. El cuarto y último capítulo de esta obra, toda ella absolutamente actual e innovadora, constituye, en sí mismo, una propuesta de régimen jurídico en relación con las invenciones generadas por un agente inteligente artificial, planteando un régimen de titularidad de la patente sustentado en el grado de autonomía y participación del agente en cuestión, en la consecución de una determinada invención. Para esta labor, la autora propone la utilización del *Invention's Conception Contribution Test*, mecanismo, por ella ideado, para determinar la participación de un actor concreto en la concepción de una determinada invención y su razón de ser como tal, y detalla los aspectos procedimentales a desarrollar en las propias oficinas de patentes. Una vez superado el test, se expediría el correspondiente certificado de inventor artificial.

15. En relación con las invenciones obtenidas por estos agentes y su patentabilidad, la autora presenta los requisitos negativos y positivos para ello, poniendo atención especial en el requisito de la «actividad inventiva», planteando al respecto la utilidad de un «sistema experto en la materia», en cuanto sistema computarizado sustitutivo de la persona física para la evaluación del agente inteligente artificial en cuestión, cuya actuación sería siempre supervisada por el experto humano.

16. En referencia a la titularidad de las invenciones obtenidas por estos agentes, la Profesora SÁNCHEZ desarrolla la cuestión de la identificación previa de los participantes en la concepción de la invención, habida cuenta que una multiplicidad de sujetos, como el programador, el fabricante, el operador, el comprador, el propietario, el usuario y el propio agente artificial, pueden haber intervenido en el proceso inventivo. Ahora bien, a través del *Invention's Conception Contribution Test*, se podrá establecer si el agente artificial ha constituido un mero instrumento en la invención o un verdadero inventor, aunque solo sea en régimen de colaboración.

17. En cuanto a la clasificación de las invenciones generadas por estos agentes y la propuesta de un régimen de titularidad para las mismas, la autora distingue entre la pertenencia de las invenciones al creador del agente, al usuario del mismo o al propio agente inteligente artificial, siendo las dos primeras opciones más asumibles en el corto plazo que la tercera de ellas. En cuanto a la propuesta de un sistema de registro para estos agentes, SÁNCHEZ expone la razón de ser del mismo, que pasaría por la identificación de la persona que estuviera detrás del agente artificial en el momento de la generación por este de la invención. La autora realiza también una propuesta de régimen jurídico para este registro, exponiendo su concepto y delimitación objetiva como registro público y jurídico para las inscripciones relacionadas con estos agentes, la obligatoriedad de la inscripción y los rasgos característicos del mismo, como registro jurídico, con sistema de folio real y soporte electrónico, con un ámbito de cobertura territorial nacional y con eficacia constitutiva de la inscripción.

18. Finalmente, se propone la creación de un fondo para la gestión de las invenciones generadas por estos agentes inteligentes artificiales, planteando su diseño como fondo individual para cada uno de los mismos, la procedencia de su dotación y su destino, orientado a la futura conservación, reparación o mejora del agente, así como la constancia de este fondo para la gestión de invenciones en un documento registrado a tal efecto. El encargado de la orientación y dirección de este fondo sería, en todo caso, el sujeto titular del concreto agente inteligente artificial.

19. A modo de conclusión, resta simplemente destacar que esta obra de la Profesora SÁNCHEZ constituye un trabajo completo y sintético a propósito de una interesante, novedosa y compleja cuestión jurídica como es la del reconocimiento del inventor artificial; sin duda, un verdadero desafío para el Derecho de Patentes. Una importante aportación susceptible de dar lugar a un prolífico desarrollo doctrinal y legislativo en el Derecho del futuro.

(Trabajo recibido el 04/06/2020
y aceptado para su publicación el 08/06/2020)

INFORMACIÓN PARA AUTORES

PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica con la finalidad de garantizar no solo la calidad de su contenido sino también la ética del mismo.

En este sentido, la revista se basa en el Código de Conducta para Editores de Revistas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE), con el fin de establecer normas y pautas dirigidas a promover un comportamiento ético en todas las fases del proceso de publicación y a asegurar la calidad científica de los trabajos y su contenido ético.

Pautas de actuación para los autores

1. Los autores no podrán presentar para su publicación trabajos que estén sometidos o hayan sido aceptados para su publicación en otra publicación.

2. Los autores deberán reconocer en sus trabajos la bibliografía empleada en la investigación y citar las publicaciones que hayan influido en la redacción de sus manuscritos. Si fuere necesario, deberán obtener la autorización correspondiente para reproducir el contenido de una fuente.

3. Los autores deberán informar, en su caso, sobre quién ha financiado la investigación, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación.

4. Los autores deben presentar trabajos originales y propios. Se considera plagio, además de apropiarse de un trabajo ajeno en todo o en parte; atribuirse ideas de otros sin citar a su autor; parafrasear sin citar la fuente correspondiente o parafrasear en exceso aun citando la fuente; no emplear las comillas cuando se trate de citas literales; o no informar correctamente sobre la fuente en cuestión. Junto al plagio, constituye fraude científico la fabricación, falsificación u omisión de datos, la publicación reiterada o redundante y los conflictos de autoría.

5. Si un autor descubre una inexactitud, omisión o errata importante en su artículo publicado, tendrá que notificarlo al editor de la revista, prestando toda su colaboración con la finalidad de corregir o retirar el artículo correspondiente.

6. La autoría corresponde a todos aquellos que hayan contribuido de forma significativa en la redacción, estructuración o concepción del trabajo, debiendo figurar necesariamente el autor o coautores de la obra. En los supuestos de coautoría, todos los que hayan contribuido en la creación del artículo habrán de prestar su conformidad con el manuscrito definitivo.

7. Las citas, opiniones o referencias consignados en cada artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

Pautas de actuación para los miembros del Consejo Editorial

1. El Consejo Editorial velará en todo momento por la calidad de los trabajos publicados y su adecuación a la revista, teniendo en cuenta la importancia, originalidad y claridad de los mismos y evaluando únicamente su contenido intelectual.

2. El Consejo Editorial de la revista podrá rechazar los textos presentados para su publicación cuando no respeten las normas de la misma sin necesidad de someterlos a evaluación externa. A tal fin, el Consejo Editorial habrá de analizar si se trata de una publicación original y que el manuscrito no contiene plagio, utilizando para ello el programa a que se hace referencia en «Instrucciones para publicar».

3. El Consejo Editorial aceptará, rechazará o devolverá los manuscritos para su corrección o modificación por el autor como resultado de la revisión por expertos evaluadores.

4. En caso de detectar plagio o cualquier otra mala conducta, el Consejo Editorial deberá publicar las aclaraciones, retracciones, rectificaciones o disculpas que fueren necesarias.

5. Los miembros del Consejo Editorial habrán de guardar la debida confidencialidad en relación con los artículos enviados para su publicación.

6. Los miembros del Consejo Editorial deberán abstenerse de realizar gestión alguna en relación con los manuscritos enviados cuando exista cualquier tipo de conflicto de intereses con los autores. Tanto el Consejo Editor como el Coordinador de la evaluación externa cuidarán de que no se produzca una situación de conflicto de intereses entre el autor y los evaluadores externos.

Pautas de actuación para el equipo técnico

Lo dispuesto sobre confidencialidad, conflicto de intereses o imparcialidad en relación con los miembros del Consejo Editor será de aplicación también a los miembros del equipo técnico de la revista.

Pautas de actuación para los evaluadores externos

1. El Consejo Editorial garantiza el anonimato de los evaluadores a los que se encomiende la revisión de los trabajos, de manera que ni el autor conozca la identidad de quienes hayan evaluado su trabajo ni éstos la del autor.

2. Los evaluadores externos tendrán un plazo de 15 días desde la recepción de los trabajos para emitir su informe de evaluación. Cualquier revisor que considere que no va a poder cumplir con el plazo de revisión establecido o que el artículo que le ha sido remitido queda fuera de su campo de investigación deberá comunicarlo de inmediato al Coordinador de la evaluación externa.

3. En caso de apreciar cualquier interés contrapuesto, deberán comunicarlo al Coordinador de la evaluación externa antes de comenzar con la evaluación.

4. Los evaluadores externos están obligados a guardar confidencialidad sobre los trabajos que se les remitan para su evaluación, no pudiendo enseñarlos o discutirlos con terceras personas salvo autorización expresa del editor.

5. La evaluación de los manuscritos deberá realizarse de forma objetiva, pudiendo determinar qué trabajos publicados en la materia deben ser citados y verificar que las opiniones o argumentos divulgados previamente se acompañen de la cita correspondiente. Al terminar la evaluación deberán emitir un informe valorando los trabajos sometidos a examen y recogiendo, en su caso, las correcciones o sugerencias que fueren pertinentes.

ETHICAL PRINCIPLES OF PUBLICATION

The journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* is committed to the ethical principles by which scientific activity must be guided, so as to guarantee not only the quality but also the ethical standards of its content.

In this regard, the journal is based on the Code of Conduct for Journal Publishers established by the Committee on Publication Ethics (COPE) in order to promote ethical conduct at all stages of the publication process and to ensure the scientific quality of works and their ethical content.

Practical guidance for authors

1. Authors must not present for publication any works that have been submitted or accepted for publication elsewhere.

2. Authors must acknowledge in their works the bibliography employed in the research, and cite those publications that influenced the authoring of their texts. Where necessary, the relevant authorisation must be obtained in order to reproduce content from a source.

3. The authors must, where applicable, declare who funded the research and also the role in research played by the funding party, if any.

4. Authors must present their own original work. Plagiarism is deemed to include not only the appropriation of all or part of another's work, but also the claiming of others' ideas without citing their author; paraphrasing without citing the corresponding source, or excessively paraphrasing even if the source is cited; failing to use inverted commas in the case of verbatim quotations; or not properly declaring the source in question. Alongside plagiarism, scientific misconduct constitutes the fabrication, falsification or omission of data, repeated or redundant publication, and conflicts of authorship.

5. If an author discovers any inaccuracy, omission or major error in their published article, they must notify the publisher of the journal and offer all possible cooperation in order to correct or withdraw the article in question.

6. Authorship lies with all those who made a significant contribution to the authoring, structuring or conception of the work, all of whom must be recorded as authors or co-authors of the work. In cases of co-authorship, all those who contributed to the creation of the article must register their approval of the definitive text.

7. The citations, opinions or references included in each article are the sole responsibility of the authors.

Practical guidance for members of the Editorial Board

1. The Editorial Board shall at all times oversee the quality of the works published and their appropriateness for the journal, in accordance with their significance, originality and clarity, evaluating only their intellectual content.

2. The Editorial Board of the journal may reject texts presented for publication if they do not comply with its standards, without the need to submit them to external evaluation. The Editorial Board will to this end need to analyse whether the publication is original, and ensure that it is free of plagiarism by using the program referred to in «Instructions for publishing».

3. The Editorial Board will accept, reject or return manuscripts for correction or modification by the author, as a result of the review conducted by expert appraisers.

4. If any plagiarism or other misconduct is detected, the Editorial Board shall publish any clarifications, retractions, rectifications or apologies that might be necessary.

5. The members of the Editorial Board must maintain due confidentiality with regard to the articles sent for publication.

6. The members of the Editorial Board must refrain from conducting any procedures in connection with the texts submitted if there is any type of conflict of interest with the authors. Both the Editorial Board and the external evaluation coordinator shall ensure that no situation of conflict of interest arises between the author and the external evaluators.

Practical guidance for the technical team

The terms regarding confidentiality, conflict of interest and impartiality with regard to the members of the Editorial Board shall likewise apply to the members of the technical team of the journal.

Practical guidance for external evaluators

1. The Editorial Board guarantees the anonymity of the evaluators entrusted with reviewing the works, and as a result neither will the author be aware of the identity of those evaluating their article, nor the evaluators know who the author is.

2. External evaluators shall be granted 15 days from receipt of the works to issue their evaluation report. Reviewers who believe they will be unable to meet

the review deadline that has been set, or that the article sent to them lies outside their field of research, must immediately inform the external evaluation Coordinator.

3. If any contradictory interest is noted, they must inform the external evaluation Coordinator before embarking on the evaluation.

4. External evaluators are obliged to maintain confidentiality regarding the works sent to them for evaluation, and must not show them to or discuss them with third parties without the explicit authorisation of the publisher.

5. The evaluation of texts must be performed on an objective basis, serving to establish which works published in the field should be cited, and to verify that opinions or arguments previously disclosed are accompanied by the corresponding citation. Upon conclusion of the evaluation a report must be issued, evaluating the works examined and setting out any corrections or suggestions that might be deemed relevant

INSTRUCCIONES PARA PUBLICAR

ORIGINALIDAD

Todos los trabajos enviados a la revista deberán ser originales, inéditos y plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico.

A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

Con el fin de garantizar la originalidad y carácter inédito, la revista analizará que los trabajos enviados por los autores no adolezcan de plagio a cabo a través de la aplicación informática TURNITN.

En todo caso, las opiniones, los comentarios y los datos consignados en cada trabajo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, no haciéndose responsable la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* ni cualquiera de sus órganos de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, el autor consiente la cesión a la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* de los derechos de distribución, comunicación pública, transformación y reproducción de su trabajo. La cesión alcanza a la publicación en cualquier país, a la edición en cualquier formato y a su inclusión en las bases de datos en las que la revista esté indexada o incluida.

ENVÍO DE LOS TRABAJOS

Los trabajos se remitirán como documento adjunto al correo electrónico cdc@notariado.org, indicando en el asunto el título del trabajo.

Antes del envío el autor deberá conocer la «Información para autores». Se entiende que con el envío el autor se somete plenamente al contenido de la misma y, en particular, a la exigencia de originalidad y a las derivadas de los principios éticos de publicación, normas de estilo y cesión de derechos de autor.

Los trabajos habrán de enviarse dentro de los tres primeros meses de cada semestre para poder ser incluidos en el número correspondiente a dicho semestre.

POLÍTICA DE DISTRIBUCIÓN, ACCESO Y REUSO

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, 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.

POLÍTICA DE PRESERVACIÓN DIGITAL

La revista Cuadernos de Derecho y Comercio para asegurar su preservación y disponibilidad en el futuro toma una serie de medidas detalladas en los siguientes apartados:

- **Conservación:** Las revistas en formato digital se producen en los formatos PDF y HTML. Dichos formatos al ser ambos formatos estándar ampliamente asentados y utilizados en el mercado nos aseguran su permanencia en el tiempo y su adaptabilidad ante los posibles cambios y evoluciones tecnológicas que pudieran surgir, ya que son tecnologías fácilmente actualizables y extrapolables a otros formatos.
- **Copias de seguridad:** Las revistas se albergan en los sistemas de la biblioteca en un proveedor en Madrid, adicionalmente se almacenan copias en nuestras oficinas y en diferentes sistemas en la nube emplazadas en diferentes ubicaciones en previsión a su recuperación ante posibles desastres tecnológicos y/o naturales.

Ante cualquier posible cambio en las revistas se mantendrán copias de todas las versiones existentes con una clara catalogación de versiones.

- **Metadatos:** Se incluyen en los archivos de la revista metadatos con información sobre su contenido y tecnologías de uso para facilitar su posible recuperación futura.

PROTECCIÓN DE DATOS

En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que los datos de carácter personal de los autores serán tratados y quedarán incorporados a los ficheros responsabilidad de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio*.

En este sentido, le informamos que la recogida y tratamiento de sus datos tienen como finalidad el funcionamiento y organización de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Los datos de carácter personal obtenidos se usarán exclusivamente para los fines de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* y no se proporcionarán a terceros, salvo por obligación legal.

El envío de trabajos por los autores implica que expresan su consentimiento para el tratamiento e incorporación al fichero, así como el uso de los datos en los fines indicados.

En todo caso, se podrán ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, previstos por la Ley, dirigiendo un email a cdc@notariado.org o un escrito al Consejo Editorial de la revista *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Calle de Silvano, 55, 28043 Madrid.

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING

ORIGINALITY

All works sent to the journal must be original, unpublished, and fully compliant with the standards in force from time to time regarding intellectual property, and in particular the prevention of plagiarism and other forms of scientific misconduct.

By way of example, the literal or substantial copying of content without quote marks and/or without citing the source, paraphrasing or reproducing ideas without citing the source, and the abusive or concealed reuse of the author's own previously published texts would all be considered to be plagiarism. Scientific misconduct is deemed to include, among other cases, the deliberate use of false or falsified information, the appropriation of another's works, and concealment of the existence of a significant conflict of interest affecting the author.

In order to guarantee originality and unpublished status, the journal will conduct an analysis to ensure that works submitted by authors are not subject to plagiarism, using the computer application TURNITN.

In any event, all opinions, comments and data included in each work are the sole responsibility of the authors, as the magazine *Cuadernos de Derecho y Comercio* and its bodies decline all responsibility for the credibility and authenticity of the works.

TRANSFER OF RIGHTS

By submitting original texts the author agrees to grant the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* rights of distribution, public communication, transformation and reproduction of the work. This assignment extends to publication in any country, in any format, and inclusion in those databases in which the journal is indexed or included.

WORKS SUBMISSION

Works should be sent as an attached document to the email address cdc@notariado.org, indicating the title of the work in the subject line.

Authors must be familiar with the «Information for authors» before making a submission. By submitting a work authors acknowledge full acceptance of the contents thereof, and in particular the demand for originality and those derived from ethical principles of publication, style guides and assignment of copyright.

Works must be sent within the first three months of each half-year in order to be included in the issue corresponding to that half-year.

DISTRIBUTION, ACCESS AND REUSE POLICY

Works belonging to *Cuadernos de Derecho y Comercio* may only be copied, shared, distributed and publicly exhibited in part for purely academic purposes, and provided that the authorship and original source of publication are cited (journal, publisher, publication and identifying details of the work).

Works published in the journal may only be reused or published subsequently in other media outlets if the author holds the corresponding authorisation from the publisher, in which case the author must clearly indicate that the work was published initially in this journal.

No form of reproduction, distribution, public communication or transformation of the journal or its content for commercial purposes is permitted.

POLICY ON DIGITAL PRESERVATION

In order to ensure its preservation and availability in the future, the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* takes a number of measures detailed in the following sections:

- **Conservation**: Magazines in digital format are produced in PDF and HTML formats. These formats, being both standard formats widely established and used in the market, ensure their continuity over time and their adaptability to possible changes and technological developments that may arise, since they are technologies that can be easily updated and extrapolated to other formats.
- **Backup copies**: Journals are housed in library systems at a provider in Madrid, additionally copies are stored in our offices and in different cloud systems based in different locations in anticipation of their recovery from possible technological and/or natural disasters.

In the event of any possible change in the magazines, copies of all the existing versions will be kept with a clear cataloguing of versions.

- **Metadata**: Metadata with information about their content and technologies of use are included in the archives of the magazine to facilitate their possible future recovery.

DATA PROTECTION

In accordance with the provisions of Spanish Personal Data Protection Act 15/1999, we hereby inform you that the personal data of authors will be processed and included in filing systems the controller of which is the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio*.

We inform you in this regard that the gathering and processing of your data are intended for the functioning and organisation of the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio*. The personal data obtained will be used solely for the purposes of the journal *Cuadernos de Derecho y Comercio* and will not be provided to third parties, other than by legal obligation.

Submission of works by authors constitutes their acceptance of processing and inclusion in the filing system, and the use of the data for the stated purposes.

The legally established rights of access, rectification, cancellation and objection may in any event be exercised by sending an email to cdc@notariado.org or by writing to the Editorial Board of the journal at *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Calle de Silvano, 55, 28043 Madrid.

NORMAS DE ESTILO

– **Idioma:** *Cuadernos de Derecho y Comercio* publica trabajos en español y ocasionalmente en inglés, francés, alemán o italiano.

– **Contenido y extensión:** la revista se divide en cuatro secciones: estudios doctrinales, práctica jurídica, comentarios de sentencias y resoluciones y reseñas.

- Los **estudios doctrinales** son trabajos científicos originales sobre una determinada materia dentro de alguna de las diversas ramas que nos ofrece el Derecho Mercantil. Han de tener una extensión mínima de 15 páginas y una extensión máxima de 40 páginas, a razón de 3.520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12). Y habrán de incluir una bibliografía completa al final que incluya todas las obras citadas y cualesquiera otras consultadas para la elaboración del estudio.
- La sección de **práctica jurídica** está destinada a trabajos cuyo contenido o finalidad sea eminentemente pragmático, y sin que sea imprescindible realizar al efecto un análisis bibliográfico exhaustivo previo. Deberán tener una extensión mínima de 10 páginas y una extensión máxima de 25 páginas, a razón de 3.520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12).
- Los **comentarios de sentencias y resoluciones** pueden tener por objeto alguna materia o cuestión jurídica específica, sentencias de las diversas instancias o resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, cuyo interés derive de la propia índole de la materia tratada o de su carácter reciente o controvertido. Han de tener una extensión mínima de 4 páginas y una extensión máxima de 15 páginas, a razón de 3.520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12).
- La última sección tiene por objeto **reseñas** de libros, tesis doctorales, jornadas, congresos u otro tipo de eventos que sean de interés académico. No podrán superar una extensión de 5 páginas, a razón de 3.520 caracteres con espacios por página (en Times New Roman tamaño 12).

– **Formato:** Los trabajos habrán de ser remitidos en formato Word. La alineación de párrafos deberá ser justificada a izquierda y derecha.

– **Fuente:** Los cuerpos de texto habrán de utilizar la fuente Times New Roman, tamaño 12 e interlineado sencillo. Las notas al pie de página habrán de constar en la misma fuente en tamaño 10.

– **Título:** El título del trabajo a publicar ha de constar en mayúscula, en negrita y en fuente Times New Roman, tamaño 14. Deberá constar en español e inglés (éste último a continuación de las «palabras clave»).

En el caso de haberse redactado el trabajo en el marco de un proyecto de investigación, deberá hacerse referencia al mismo mediante una nota a pie de página del título en español.

– **Autoría:** Los autores o coautores deberán constar a continuación del título en mayúsculas, fuente Times New Roman, tamaño 12. A renglón seguido, se hará constar su profesión o cargo, fuente Times New Roman, tamaño 12, en cursiva. Y en un tercer renglón, a continuación, se ha de reflejar la afiliación institucional del autor en fuente Times New Roman, tamaño 12, en cursiva.

– **Resumen:** Todos los trabajos deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés, con un mínimo de cuatro líneas cada uno. El resumen en español deberá constar a continuación de la autoría y el resumen en inglés o «abstract» a continuación del título en inglés.

– **Palabras clave:** Todos los trabajos deben ir precedidos de las palabras claves en español y en inglés, con un mínimo de cinco palabras. Las palabras clave en español deberán constar a continuación del resumen y las palabras claves en inglés o «keywords» habrán de figurar a continuación del «abstract».

– **Sumario:** Todos los trabajos, a excepción de las reseñas, deberán ir precedidos de un sumario, que seguirá el siguiente esquema:

- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúsculas y numerarse a partir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1., 1.2. etc.
- Los epígrafes subsiguientes se redactarán también en minúsculas y se numeran como 1.1.1., 1.1.2. etc.
- De existir más subepígrafes irán también en minúsculas y se ordenarán correlativamente con letras A), B) etc.

– **Citas:** toda cita consignada a lo largo del texto debe ir acompañada de su correspondiente referencia bibliográfica a pie de página con una llamada numérica consecutiva escrita como superíndice. La referencia de la obra habrá de ser completa la primera vez, si bien podrá figurar de forma abreviada las siguientes,

debiendo indicarse la página o páginas a que corresponde. Todas las citas deberán seguir la Norma UNE-ISO 690.

– **Bibliografía:** La bibliografía podrá quedar reflejada mediante las correspondientes notas a pie de página numeradas de forma correlativa. No obstante, en los estudios doctrinales deberá necesariamente constar la bibliografía completa consultada al final de los mismos. Las referencias bibliográficas deberán seguir la Norma UNE-ISO 690.

Reglas especiales extraídas de la norma citada a tener en cuenta:

- Los nombres de personas pueden abreviarse poniendo solo la inicial.
- Si el manuscrito tiene dos o tres autores, deberán incluirse todos en la referencia poniendo primero el/los apellido/s y seguido de una coma, el nombre o la inicial del nombre de cada autor. Si son más de tres autores se puede poner solo el primero y omitir el resto seguido de «et al.» o «y otros».
- La edición se hará constar en la forma que aparece en la fuente cuando sea edición distinta a la primera.
- Si no tenemos datos de la fecha de publicación se puede poner una fecha aproximada precedida de la abreviatura «ca.» (circa).
- La responsabilidad secundaria de la obra se hará constar únicamente si procede.
- En caso de obras anónimas, el primer elemento de referencia será el título.

A continuación, se detalla cómo han de constar las referencias bibliográficas de acuerdo con la norma citada y que resulta de aplicación:

– **Referencias bibliográficas de monografías:**

APELLIDO(S), Nombre, *Título del libro en cursiva*, responsabilidad secundaria (en su caso), número de edición, editorial, lugar de publicación, año.

Si la monografía consultada es un **libro electrónico**:

APELLIDO(S), Nombre, *Título del libro en cursiva* [en línea], responsabilidad secundaria (en su caso), número de edición, editorial, lugar de publicación, año de publicación (o de actualización o revisión), [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI.

– **Referencia bibliográfica de capítulos de monografías:**

APELLIDO(S), Nombre autor del capítulo, «Título del capítulo» en APELLIDO(S), Nombre director/es de la monografía o coordinador, *Título de la monografía que contiene el capítulo en cursiva*, número de edición, editorial, lugar de publicación, año, numeración (tomo, volumen...), primera y última página del capítulo.

Si el capítulo consultado pertenece a un **libro electrónico**:

APELLIDO(S), Nombre, «Título del capítulo» en *Título de la monografía que contiene el capítulo en cursiva* [en línea], número de edición, editorial, lugar de publicación, fecha de publicación (o de actualización o revisión), numeración (tomo, volumen...), primera y última página del capítulo, [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI

– **Referencia bibliográfica de artículos de revistas:**

APELLIDO(S), Nombre, «Título del artículo», responsabilidad secundaria (en su caso), *Título de la publicación seriada en cursiva*, año del fascículo en que está incluido el artículo, volumen/número del fascículo, rango de página(s).

Si la revista publicada es **electrónica**:

APELLIDO(S), Nombre, «Título del artículo», responsabilidad secundaria (en su caso), *Título de la publicación seriada en cursiva* [en línea], año del fascículo en que está incluido el artículo, volumen/número del fascículo, rango de página(s), [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI.

– **Referencia bibliográfica de sitios web o portales:**

APELLIDO(S), Nombre o (Institución), «Título de la parte correspondiente» en *Nombre del sitio web en cursiva* [en línea], fecha [fecha de consulta: día mes año]. Disponible en: URL del recurso o DOI.

– **Referencia bibliográfica de tesis doctorales no publicadas:**

APELLIDO(S), Nombre, *Título de la tesis/TFG/TFM en cursiva*, clase de trabajo inédito, Institución académica en que se presente, lugar, año.

STYLE RULES

– **Language:** *Cuadernos de Derecho y Comercio* publishes works in Spanish, and occasionally in English, French, German and Italian.

– **Content and length:** the journal is divided into four sections: academic studies, legal practice, discussions of rulings and decisions, and reviews.

- **Academic studies** are original scientific works addressing a particular subject within any of the various branches of Commercial Law. They must be of a minimum length of 15 pages and a maximum of 40, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font, size 12). They must also include a full bibliography at the end, including all works cited and any others consulted in preparing the study.
- The **legal practice** section is intended for works of predominantly pragmatic content or purpose, without the need for a comprehensive prior bibliographic analysis. They must be of a minimum length of 10 pages and a maximum of 25, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font, size 12).
- **Discussions of rulings and decisions** may refer to any specific legal matter or question, rulings of the various courts or decisions of the Directorate-General for Legal Security and Public Records, which are of relevance given the inherent nature of the matter discussed, or its recent or controversial nature. They must be of a minimum length of 4 pages and a maximum of 15, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font).
- The final section is dedicated to **reviews** of books, doctoral theses, seminars, conventions or any other events of academic interest. They must be no more than 5 pages, at a rate of 3,520 characters with spacing per page (using Times New Roman font, size 12).

– **Format:** Works must be submitted in Word format. Paragraphs must be justified.

– **Font:** The body text should use the Times New Roman font, size 12, with single line spacing. Footnotes should be in the same font, size 10.

– **Title:** The title of the work to be published must be in Times New Roman font, size 14, bold type, and must be given in Spanish and English (the latter after the «keywords»).

If the work was authored within the context of a research project, reference to this must be made by means of a footnote to the title in Spanish.

– **Authorship:** The authors or co-authors must be indicated after the title in capitals, Times New Roman font, size 12. Their profession or position should be indicated on the next line, Times New Roman, font size 12, in italics. And on a third line below, the institutional affiliation of the author should be stated, in Times New Roman font, size 12, in italics.

– **Abstract:** All works must be preceded by a brief summary in Spanish and in English, of a minimum of four lines each. The abstract in Spanish should be included after the authorship details, and the abstract in English after the title in English.

– **Keywords:** All works must be preceded by a minimum of five keywords in Spanish and in English. The keywords in Spanish must be placed after the abstract in Spanish, and the key words in English after the abstract in English.

– **Summary:** All works except for reviews must be preceded by a summary with the following structure:

- Section headings should be printed in upper case and numbered with Roman numerals.
- Subsection headings should be printed in lower case and numbered in sequence from 1.
- If there are sections within the subsections, they will likewise be printed in lower case and numbered 1.1., 1.2., etc.
- Subsequent subdivisions will likewise be printed in lower case and numbered 1.1.1., 1.1.2., etc.
- Any further subsections should likewise be printed in lower case and ordered in sequence as letter A), B), etc.

– **Citations:** all citations included throughout the text must be accompanied by the corresponding bibliographic footnote with a consecutive numerical superscript reference. The reference to the work must be complete on the first occasion but may be abbreviated in subsequent references, although the corresponding page or pages must be indicated. All citations must comply with Standard UNE-ISO 690.

– **Bibliography:** The bibliography may be indicated by means of the corresponding footnotes numbered in sequence. However, in academic studies the full bibliography consulted must be included at the end, as a mandatory requirement. Bibliographic references must comply with Standard UNE-ISO 690.

Specific rules drawn from the stated standard to be taken into account:

- Forenames may be abbreviated to simply the initial.
- If the text has two or three authors, they must all be included in the reference, placing first the surname, followed by a comma and the forename or initial of each author. If there are more than three authors, the first may simply be stated, with the remainder being replaced with «et al.».
- The edition should be indicated in the form that it appears in the source, if it is not the first edition.
- If details are not available for the publication date, an approximate date may be indicated, preceded by the abbreviation «c.» (circa).
- Secondary responsibility for the work will be stated only where genuinely relevant.
- In the case of anonymous works, the first reference element will be the title.

Details are set out below as to how to record bibliographic references in accordance with the stated standard, as applicable:

– **Bibliographic references to monographs:**

SURNAME(S), Forename, *Book title in italics*, secondary responsibility, edition number, publisher, place of publication, year.

If the monograph consulted is an **electronic book**:

SURNAME(S), Forename, *Title of the book in italics* [online], secondary responsibility, edition number, publisher, place of publication:, year of publication (or year of update or revision). [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI.

– **Bibliographical references to monograph chapters:**

SURNAME(S), Forename of the author, «Chapter title» in SURNAME(S), Forename of the director/s of the monograph or coordinator, *Title of the work containing the chapter in italics*, edition number, publisher, place of publication, year, numbering (tome, volume...), first and last page of the chapter.

If the chapter consulted corresponds to an **electronic book**:

SURNAME(S), Forename, «Chapter title» in *Title of the work containing the chapter in italics* [online], edition number, publisher, place of publication, publication date (or date of update or revision), numbering (tome, volume...), first and last page of the chapter. [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI1.

– **Bibliographic references to articles in journals:**

SURNAME(S), Forename, «Article title», secondary responsibility, *Title of the serial publication in italics*, year of the periodical including the article, periodical volume/issue, page range.

If the published journal is **electronic**:

SURNAME(S), Forename, «Article title», secondary responsibility, *Title of the serial publication in italics* [online], year of the periodical including the article, periodical volume/issue, page range. [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI.

– **Bibliographic references to websites or portals:**

SURNAME(S), Forename (or Institution), «Title» in: *Name of the website in italics* [online], date. [Date consulted: day month year]. Available at: Resource URL or DOI.

– **Bibliographic references to unpublished doctoral theses:**

SURNAME(S), Forename, *Title of the thesis/master's dissertation in italics*, class of unpublished work, Academic institution where presented, location, year.

SISTEMA DE ARBITRAJE

La dirección de la revista remitirá los estudios doctrinales que cumplan los requisitos formales y normas de estilo, al Coordinador de la evaluación externa, el cual los remitirá a su vez a un mínimo de dos expertos en la materia, los cuales llevarán a cabo una valoración del artículo. Ni los autores conocerán la identidad de quienes les han evaluado ni los evaluadores la identidad de los autores. El resultado del proceso de evaluación podrá ser la aceptación o denegación del trabajo para su publicación, o, en su caso, la aceptación condicionada a la corrección o revisión por el autor.

La dirección de la revista, en base a la evaluación externa recibida, deberá comunicar al autor si el artículo ha sido rechazado, ha sido aceptado y, en este último caso, si han de introducirse mejoras o modificaciones. El plazo máximo para esta comunicación será de dos meses a contar desde la recepción del artículo por la revista.

Cualquier reclamación frente a la decisión o no de publicar deberá dirigirse al correo electrónico cdc@notariado.org y deberá ser sometida al Comité Asesor de la revista para su revisión y, en su caso, modificación de la decisión previamente adoptada. La decisión última, por tanto, recaerá en el Comité Asesor, debiendo comunicarse al autor la decisión adoptada en el plazo de un mes desde la recepción de la reclamación.

En todo caso, al final de cada estudio doctrinal figurarán las fechas de recepción y aceptación.

ARBITRATION SYSTEM: EXTERNAL EVALUATION

The journal's editorial management will forward those academic studies that fulfil the formal requirements and style guides to the external evaluation Coordinator, who will in turn forward them to at least two experts in the field, who will conduct an evaluation of the article. The authors will not know the identity of their evaluators, nor the evaluators that of the authors. The outcome of the evaluation process may be acceptance or rejection of the work for publication, or otherwise acceptance conditional on correction or revision by the author.

The journal's editorial management must, on the basis of the external evaluation received, inform the author whether the article has been rejected, has been accepted, and in this latter case, if any improvements or amendments must be made. The deadline for this notification will be two months from receipt of the article by the journal.

Any claims against the decision to publish or otherwise must be sent by email to cdc@notariado.org and must be referred to the Advisory Committee for review and, if so decided, amendment of the decision previously reached. The final decision will therefore lie with the Advisory Committee, which must inform the author of the decision reached within one month of receipt of the claim.

In all cases the receipt and acceptance dates will be indicated at the foot of each academic study.